

LA PRUEBA ILÍCITA Y LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA
EN EL NUEVO SISTEMA PENAL, ¿CUÁL ES SU ALCANCE Y
APLICACIÓN?

CARLOS ALBERTO BUELVAS NIETO

CRISTIAN ANTONIO URBANO GOMEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL

Y

JUSTICIA MILITAR

BOGOTA, 2011

La prueba ilícita y la cláusula de exclusión probatoria en el nuevo Sistema Penal, ¿Cuál es su alcance y aplicación?

*CARLOS ALBERTO BUELVAS NIETO

*CRISTIAN ANTONIO URBANO GOMEZ

RESUMEN

En Colombia, no está permitido otorgar ningún efecto jurídico a las pruebas practicadas con desconocimiento de las garantías inherentes a toda persona dentro de un Estado social de derecho, entendiéndose por tales no sólo las enunciadas en el aludido artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, sino también todas aquellas que comprenden todos los derechos fundamentales, que como es bien sabido, son de rango constitucional; en tal virtud, son inadmisibles aquellas pruebas obtenidas como resultado de torturas, tratos degradantes, inhumanos o crueles, o las que se generan con violación de los derechos y garantías establecidos en la Carta Política, cualquiera que sea la naturaleza de la prueba, ya que la prohibición no sólo se contrae a declaraciones o confesiones, sino a todos los medios de prueba, así las cosas la consecuencia jurídica de la prueba inconstitucionalmente obtenida no es otra que su definitiva y estricta exclusión, como corresponde a la expresión "*es nula de pleno derecho*", la cual, sólo afecta la prueba de fraudulento origen, no así al proceso a la cual ha sido allegada, sin perjuicio, claro está, de otra clase de sanciones que de ella surgen, por ejemplo, desde el punto de vista disciplinario y aun penal respecto del funcionario que la practica, aporta, permite o admite.

PALABRAS CLAVE

Rango constitucional, inadmisibles, inconstitucional, violación de los derechos y garantías constitucionales, nula de pleno derecho, exclusión.

*Abogado Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Subteniente en servicio activo de la Policía Nacional, Estudiante Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar.

*Abogado Universidad de Nariño, Estudiante Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar.

INTRODUCCION

Nuestro ordenamiento jurídico acoge con el régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de una función disuasiva, en relación con la conducta futura de las autoridades, especialmente de las de policía judicial, protectora en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado social de derecho, aseguradora de la confiabilidad y credibilidad del sistema probatorio y, eventualmente, reparadora de los perjuicios causados al procesado en razón a una arbitrariedad.¹

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado reiteradamente sobre estos importantes aspectos, como se ilustra a continuación con algunas citas bien pertinentes:

“...conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de la autoridad que no se ajustan a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedentes, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria. (...). Además, resulta obvio en el proceso de exclusión de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. SU- 159, marzo 6 de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

resultados investigativos, que estos evidencien nexo causal con la práctica ilegal que los genera”.²

“Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada al proceso, y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión que como mecanismo de saneamiento opera en estos casos, y que la Constitución Nacional establece en su artículo 29, al declarar que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”³

Según la doctrina seguida por la Corte Suprema, si se presenta un vicio sustancial en la práctica de la prueba, la prueba afectada debe ser excluida del acervo probatorio, pero ello no implica necesariamente la anulación de todo lo actuado.

Los vicios que puedan afectar la legalidad de una prueba no trascienden a la estructura del proceso, ni las irregularidades que ocurran en desarrollo de su incorporación, se comunican a la actuación procesal, de ahí que si una probanza es recaudada con el quebrantamiento de los presupuestos para su formación o introducción al proceso, es falencia que debe conducir a que jurídicamente el medio no sea tenido en cuenta, pero en ningún momento puede llegar a interesar la actuación.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de octubre de 1990. M.P. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de julio de 2001, radicado 13.810, M. P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

En la doctrina la terminología no es uniforme, se utilizan diferentes términos para referirse a la prueba ilícita, algunos consideran llamarla prueba ilegalmente o ilegítimamente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula o prueba viciada; llegando incluso a tener conceptos que difieren unas de otras; pero a la vez podemos advertir que los términos más utilizados en la doctrina son “la prueba prohibida o la prueba ilícita”⁴. Para un sector de la doctrina la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de la persona. Este autor citando a Montón Redondo señala que “la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba lo que determina su ilicitud y consecuentemente su ineficacia”⁵.

El termino de “prueba prohibida” fue acuñado a inicios del siglo anterior por Ernst Beling en su obra “Las Prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”, y la define diciendo: “La prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba como la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal; José maría Bosch Editor, Barcelona; 1999; cita a Gimeno Sendra quien distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Dice: “Para este autor mientras la primera es la que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Distinta es la opinión de PICÓ JUNOY, para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración” Pág. 16.

⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: Ob. Cit. Pág. 18.

fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”⁶.

Conforme a lo anterior diremos que la prueba ilícita es aquella contraria al ordenamiento legal, es decir, la prueba que es obtenida e incorporada al proceso habiéndose infringido las normas o el ordenamiento jurídico, violándose las formalidades que prevé la ley, motivo por el cual el juez no puede formarse convicción de la veracidad o no, de los hechos, ni fundar su sentencia en ella.

Por su parte la *exclusionary rule* surge originariamente en 1914 mediante una interpretación de la IV enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos en el caso WEEKS Vs. USA, aunque algunos autores consideran que el inicio de esta línea jurisprudencial sería el caso BOYD Vs. USA⁷; sin embargo, esta postura no sería tan acertada debido a que BOYD solo constituye un antecedente de la *Exclusionary Rule* debido a que la decisión tomada en dicho caso se sustenta en argumentos que posteriormente (ADAMS Vs. NY 1904) serían rechazados y no vueltos a utilizar.

⁶ ASCENCIO MELLADO, José María: La prueba prohibida y prueba pre constituida; Trivium Edt., Madrid 1989; págs. 81,82.

⁷ La Constitución de los Estados Unidos fue redactada en la Convención Constitucional en Filadelfia en 1787, firmada el 17 de septiembre de 1787 y ratificada por el número requerido de estados (nueve) el 21 de junio de 1788. Sustituye los Artículos de la Confederación, los estatutos originales de los Estados Unidos que estaban vigentes desde 1781. La Constitución contiene un preámbulo y siete artículos. También incluye 27 enmiendas, de las cuales las 10 primeras se conocen como la Carta de Derechos o Bill of Rights. La IV Enmienda (Ratificada el 15 de diciembre de 1791) está formulada de la siguiente forma: “El derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las Órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o Declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo”.

Es así que mediante WEEKS queda establecido como precedente vinculante que “la Constitución exige implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos con violación de los derechos procesales constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones civiles, penales administrativas o de cualquier otro tipo que se impongan al responsable de esa violación”⁸.

Un punto que no debe ser pasado por el alto es el referido al nacimiento solamente jurisprudencial de la *Exclusionary Rule* debido a que dicha consecuencia no se encontraba expresamente prevista en la Constitución Federal Norteamericana. Esta aclaración no es ociosa pues permite explicar el porqué de las críticas, avances y retrocesos que esta institución ha tenido que soportar con el paso de los años en dicho país⁹.

La imposición por parte de la Corte Suprema Federal en Estados Unidos se desarrolló de manera vertiginosa hasta llegar incluso a imponerse no solo en el ámbito federal, sino también estatal. Así mediante la sentencia en el caso MAPP Vs. OHIO en 1961 y con una cuestionable interpretación de la enmienda XIV¹⁰, se derogó el precedente WOLF Vs. COLORADO¹¹.

⁸ En ese sentido véase: QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. El derecho a la presunción de inocencia. Palestra editores. Lima. 2001. p. 117-118.

⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Las pruebas ilegales: de la Exclusionary Rule estadounidenses al artículo 11. I. LOPJ. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.p.82-83.

¹⁰ En sentido crítico se pronuncia FIDALGO GALLARDO cuando señala que “pues la cuarta enmienda no contiene mención alguna sobre las consecuencias que deben seguir a la violación de sus prescripciones. Su mandato no es autoejecutable, y los Tribunales y sistemas de justicia penal en los (Estados Unidos) llevan mucho tiempo acosados por cuestiones relativas a los métodos apropiados para asegurar su observancia. La exclusión de los materiales probatorios no es sino una posibilidad entre otras de las que caben dentro del texto constitucional”. véase también en su libro abundante bibliografía norteamericana que nos habla de esta problemática: FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. Cit.p.67-68.

¹¹ Enmienda XIV. (Ratificada el 9 de julio de 1868) Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley

Pero así como la *exclusionary rule* tuvo su apogeo, también poco a poco pero decididamente se fue acercando a su decadencia, muestra de ello fue la sentencia en el caso CALANDRA Vs. ESTADOS UNIDOS de 1974, en la que se dejó clara la naturaleza meramente remedial de aquella, señalando que ésta “es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho Constitucional de la parte agraviada”.

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

El vicio in iudicando de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso”, imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 ejusdem en lo correspondiente con las elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de “inexistencia jurídica” y por ende de exclusión cuando de pruebas “ilícitas” o “ilegales” y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes.

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima¹²; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior, en esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba¹³.

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de

¹² Constitución Política, artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18103 M. P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita¹⁴.

Veamos que dijo la Corte en un caso concreto

9. Desde aquella óptica, puede afirmarse que es ilegal el reconocimiento a que fue sometido CRISTIAN MAURICIO CORTÉS RAMÍREZ, por parte de las señoritas Diana Catherine Parra Ramírez, Yeraldine Cristina Vallez Murillo y a Ángela Yazmín Cardona Arce, en las instalaciones de la SIJIN Armenia, después de su captura.

Y ese reconocimiento fue ilegal, porque en su práctica se omitieron todas las formalidades de trámite y sustanciales exigidas en el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal, pues no acudió el Fiscal a dirigir la diligencia, no se confeccionó una fila de personas, no se interrogó previamente a los testigos y el implicado no estuvo asistido por su defensor, todo lo cual conspiró contra el debido proceso y las garantías del implicado, la ilegalidad de ese medio practicado por inventiva de la SIJIN, cuando ya la investigación estaba abierta, genera como consecuencia su exclusión en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, lo que comporta inexistencia jurídica e imposibilidad de valoración, como en forma acertada lo entendió el Tribunal Superior.

10. Un poco más complejo resultaba decidir la ilegalidad y, por ende, la exclusión de las pruebas lícitas derivadas de aquél reconocimiento sustancialmente ilegal. Acertó también el Ad-quem al declarar

¹⁴ A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

“contaminados” los testimonios de Diana Catherine Parra Ramírez, Yeraldine Cristina Vallez Murillo y Ángela Yazmín Cardona Arce, en cuanto pudieron referirse a la presunta participación criminal de CRISTIAN MAURICIO CORTÉS RAMÍREZ, después que lo reconocieron ilegalmente en la SIJIN.

No es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la discusión acerca de los efectos de la declaratoria de ilegalidad o ilicitud de una prueba, sobre la validez jurídica de las pruebas legales y lícitas que se derivan de aquella, la regla general consiste en que las pruebas lícitas derivadas de una prueba ilícita o de una prueba sustancialmente ilegal también deben excluirse.

No obstante, en la jurisprudencia y en la doctrina se han venido aceptando los criterios de la fuente independiente, del vínculo atenuado y del descubrimiento inevitable como excepciones, para preservar la existencia jurídica de las pruebas lícitas derivadas y no afectarlas con la exclusión.

El tratadista argentino Eduardo M. Jauchen¹⁵, explica que la fuente independiente es aquella que no tiene conexión causal con la prueba ilícita original, por lo cual, si al conocimiento de los hechos se llega por una prueba lícita sin relación causal con la ilícita que trata sobre los mismos hechos, entonces aquella prueba lícita no es alcanzada por la regla de exclusión.

¹⁵ JAUCHEN Eduardo M. Tratado de la prueba en materia penal. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pág. 646.

Con relación al hallazgo inevitable –o descubrimiento inevitable- el mismo autor sostiene que esta excepción a la regla de exclusión se presenta “cuando, dadas las circunstancias, a pesar de la ilegalidad, es dable deducir sin duda que la prueba hubiera sido obtenida lo mismo por otro medio legítimo”.

Sobre el vínculo atenuado, la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, indicó: “se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad”.

Veamos ahora la tesis de la Corte Constitucional que en la Sentencia C-591 de 2005, dijo que pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaratoria de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial:

“La Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue

practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.”

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia –como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema

informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹⁶.

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen “nulos de pleno derecho” y que, de consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional,

¹⁶ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 47.

las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas”.

En efecto: si de acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias¹⁷.

Exclusión de las pruebas derivadas.

Existe en el derecho comparado, sobre un tema tan complejo, una variedad de sistemas que oscilan entre el que le concede al juez plena libertad para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba principal, inconstitucionalmente obtenida¹⁸ al que sienta, como principio general, que la invalidez de la prueba primaria no se pueda

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de abril de 2008, radicado 29416 M. P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

¹⁸ Código de Procedimiento Penal Francés. Artículo 174 inc. 2°. Inglaterra : Art. 78 Del police and Criminal Evidence.

extender a otras que le sean relacionadas o causalmente vinculadas¹⁹ y, otro intermedio, conforme al cual los efectos de la exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ella,²⁰ sistema éste sobre el cual la doctrina ha venido estableciendo una serie de distinciones o excepciones, tales como la prueba proveniente de una fuente independiente, o la conocida como de atenuación, cuando la regla oculta complejidades concretas, o de la prueba inevitable, esto es, la que de todas maneras habría sido conocida por otra vía, así como la denominada “acto de voluntad libre” consistente en que el vínculo de esta prueba se rompe con la prueba inicialmente viciada cuando es ratificada mediante decisión libre de la persona afectada.²¹

Como se dijo el inciso final del artículo 29 de la Carta Política y las normas que lo desarrollan, señala que tanto la estructura del Estado de derecho, como de la sociedad para la cual se consagra esencialmente, y de la administración de justicia, soportadas dogmática y orgánicamente en la Constitución, no admiten pruebas obtenidas con violación al debido proceso, instituido en defensa de derechos fundamentales y garantías ciudadanas, por consiguiente, exige la exclusión estricta de la prueba

¹⁹ Si bien la ley penal guarda silencio al respecto, la jurisprudencia tiende a establecer esta limitante, si bien, en algunas decisiones recientes, la doctrina tiende a ser favorable a admitir el principio del “*efecto lejano*”. Sentencia de la Corte Constitucional en cita, SU – 159.

²⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos, desde 1920, invocando la Cuarta Enmienda, La Suprema Corte expuso *que* “la esencia de una disposición que prohíbe la obtención de la evidencia por cierta vía es no sólo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una Corte sino que no sea usada de ninguna manera”, *dejando a salvo el conocimiento ganado a partir de una prueba independiente*. A partir de la década de los años treinta, precisó aún mas la extensión de la regla de exclusión cuando aplicó la doctrina de los frutos del árbol envenenado (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”), según la cual, las pruebas ilícitas no pueden apreciarse y todos los resultados obtenidos *contra legem* deben excluirse como fundamentos de las decisiones en las actuaciones administrativas y judiciales. Esta regla general ha sido moderada a través de elementos correctores, como, por ejemplo, sopesar en cada caso si procede la exclusión (“*balancing test*”) o admitir de manera restringida el efecto reflejo de la contaminación para reconocerle validez a ciertas pruebas obtenidas razonablemente (“*good – faith excepcion*”), o cuando el sentido común puede indicar que esa conexión se han vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada, excepción conocida ahora como de *atenuación*.

²¹ SU 159/02. p. 39. Así también PÉREZ PINZÓN Alvaro Orlando. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO PENAL. Ed. Universidad Externado de Colombia. Ps. 71, 72.

constitucionalmente ilícita (prueba principal) y, eventualmente, de la prueba derivada, entendiendo por tal aquella, con entidad igualmente constitucional, de ninguna manera tenue o atenuada, que tiene su fuente de conocimiento en dicha prueba básica y no en otra de carácter independiente; no tiene, pues, carácter de prueba derivada la prueba que tiene su arribo al proceso, inevitablemente, por otra vía lícita, como tampoco la que obtiene su ratificación mediante el ejercicio libre de la voluntad del afectado, pues en tales eventos no sufren los efectos expansivos de la prueba principal ilícita, por consiguiente, tienen validez suficiente para sustentar providencias judiciales.

La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, por tanto, su admisibilidad no puede sustentarse en el celoso propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad, fines loables que no admiten medios ilícitos para obtenerlos; las decisiones judiciales deben procurar la verdad obtenida bajo el supuesto de que el método para obtenerla se apoya en prueba recaudada con respeto a las garantías constitucionales, por ende, los medios probatorios, directa o indirectamente obtenidos al margen de la Carta Política o de los preceptos que la desarrollan, deben ser necesariamente excluidos²².

Finalmente y apoyándonos en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 17 de marzo de 2010 con ponencia del H. Magistrado Sigfredo Espinosa Pérez, se puede responder el interrogante final sobre el momento procesal último en el que se puede excluir una prueba.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2004, radicado 18451, M. P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

Está claro que es la audiencia del juicio oral, el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia.

Por ello debe resaltarse, que aunque el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad en el proceso tramitado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, cada una de ellas con sus propias características, aquéllas, en toda su dimensión, se concentran en el juicio oral, dado que, los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al mismo no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con total respeto de los principios arriba enunciados.

Por lo tanto, a diferencia del sistema procesal regulado en la Ley 600 de 2000, la etapa del juicio en el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004 se constituye en el centro de gravedad del proceso penal; como ha de recordarse, en el esquema de la primera, al comenzar el juicio ya existe un recaudo probatorio importante con vocación de permanencia, pues es durante la etapa de la investigación a cargo exclusivo de la Fiscalía donde se practican, por lo general, la mayoría de las pruebas que luego sirven en el juicio para sustentar el fallo respectivo; en tanto que, en el régimen plasmado en la segunda normatividad, la construcción probatoria cambia de escenario, se abandona el principio de permanencia

y en su lugar se activan con rigor los de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración; en este contexto, prueba es la que se practica en el juicio oral ante el juez de conocimiento, y sólo ella puede suministrar el fundamento de la sentencia sea absolutoria o condenatoria, la cual, valga agregar, será dictada por el mismo funcionario ante quien se recaudó la misma.

De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el ya citado artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Sobre lo anterior, ha hecho especial énfasis la jurisprudencia de la Corte Constitucional, refiriéndose a los principios de inmediación y concentración a la luz de la sistemática de la Ley 906 de 2004, destacando que se abandonó el principio de permanencia de la prueba, habida cuenta que ahora debe practicarse en el curso de un juicio oral, con todas las garantías procesales, para luego ser valorada por el funcionario judicial ante el cual se acopió la misma.

La prueba, entonces, no es la exposición anterior o entrevista previa, sino por ejemplo la declaración que rinde el testigo en el juicio oral, en el que estas pueden utilizarse para refrescarle la memoria o impugnar su credibilidad.

De lo anterior se concluye como lo ha dicho la Corte que no pueden introducirse las declaraciones previas como prueba autónoma e independiente, pues, en tratándose del sistema acusatorio penal, al juicio deben comparecer personalmente la víctima o los testigos que rindieron las mismas.

Así las cosas, no obstante que las entrevistas y declaraciones sean válidamente practicadas por la Fiscalía, ellas, por sí solas, no tienen vocación probatoria, dado que se precisa escuchar el testimonio de las personas que las suministraron, es decir, de la víctima o testigo que depusieron con antelación, con el fin de ser incorporadas debidamente a la actuación, como complemento de la prueba testifical.

De esta forma, si se incorporan las entrevistas y declaraciones rendidas previamente desconociendo las reglas que al efecto ha dictado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, deben ser excluidas de la actuación.

CONCLUSIONES

1. En nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar, como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales.

2. No resulta imperativa la exclusión cuando se trata de una prueba afectada por irregularidades menores, que por esa misma entidad no desconocen derechos fundamentales, ni afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa.

3. La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso, no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, por tanto, su admisibilidad no puede sustentarse en el celoso propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad, fines loables que no admiten medios ilícitos para obtenerlos.

4. la ilegalidad de un medio probatorio afecta su validez pero no la eficacia de la actuación procesal, los vicios que puedan afectar la legalidad de una prueba no trascienden a la estructura del proceso, ni las irregularidades que ocurran en desarrollo de su incorporación, se comunican a la actuación procesal. De ahí que si una probanza es recaudada con el quebrantamiento de los presupuestos para su formación

o introducción al proceso, es falencia que debe conducir a que jurídicamente el medio no sea tenido en cuenta, pero en ningún momento puede llegar a interesar la actuación.

5. Las decisiones judiciales deben procurar la verdad obtenida bajo el supuesto de que el método para obtenerla se apoya en prueba recaudada con respeto a las garantías constitucionales, por ende, los medios probatorios, directa o indirectamente obtenidos al margen de la Carta Política o de los preceptos que la desarrollan, deben ser necesariamente excluidos.

6. Cuando se alega que una prueba fue ilegalmente incorporada al expediente y pese a ello apreciada por los Jueces de instancia, no es atinado solicitar la nulidad de las actuaciones, puesto que la sanción correspondiente a las irregularidades sustanciales en el proceso de formación de las pruebas es la inexistencia jurídica de las mismas, y no la nulidad de las diligencias; toda vez que la invalidación del rito es excepcional y podría tener lugar exclusivamente cuando la irregularidad recae sobre un eslabón de la estructura procesal (por ejemplo, vinculación del implicado, definición de situación jurídica si procediere, clausura, calificación, audiencia pública, etc.), o cuando se evidencia la afectación en materia grave del derecho a la defensa.

6. Es el mismo órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria el encargado de excluir definitivamente las pruebas ilícitas que pudieron ser objeto de valoración en el proceso y que los operadores judiciales nada dijeron al respecto.

BIBLIOGRAFIA

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de octubre de 1990, M.P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de julio de 2001, radicado 13.810, M.P. Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

3. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU- 159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. CORTE CONSTITUCIONAL, Así también PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO PENAL. Ed. Universidad Externado de Colombia. Ps. 71, 72.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de julio de 2004, radicado 18451, M. P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18103, M. P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de octubre de 2006, radicado 23284, M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de abril de 2008, radicado 29416, M. P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de agosto de 2008, radicado 25917, M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

9. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de marzo de 2010, radicado 18451, M. P. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ.

10. MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. págs. 16 y 47.

11. A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

12. JAUCHEN Eduardo M., Tratado de la prueba en materia penal, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004, pág. 646.

13. ASCENCIO MELLADO, José María, La prueba prohibida y prueba pre constituida, Trivium Edt., Madrid 1989, págs. 81, 82.

14. Código de Procedimiento Penal Francés, Artículo 174 inc. 2º. Inglaterra, Art. 78, Del police and Criminal Evidence.