

La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano

Illegal and illicit evidence, its treatment of probationary exclusion in the colombian criminal procedure

Autores: Omar Huertas Díaz, Jhoanna Caterine Prieto Moreno, Nayibe Paola Jiménez Rodríguez

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.106>

LA PRUEBA ILEGAL E ILÍCITA, SU TRATAMIENTO DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO*

ILLEGAL AND ILLICIT EVIDENCE, ITS TREATMENT OF PROBATIONARY EXCLUSION IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROCEDURE

A EVIDÊNCIA ILEGAL OU ILÍCITA, SEU TRATAMENTO DE EXCLUSÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL COLOMBIANO

Omar Huertas Díaz^a

ohuertasd@unal.edu.co

ohuertasd@uincca.edu.co

Jhoanna Caterine Prieto Moreno^b

jhoannaprieto@hotmail.com

Nayibe Paola Jiménez Rodríguez^c

napojiro@yahoo.es

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2014

Fecha de revisión: 30 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 07 de mayo de 2015

RESUMEN

El proceso penal Colombiano tiene en la actualidad el desarrollo de la cláusula de exclusión probatoria, cuando de pruebas ilegales o ilícitas se refiere, así como las excepciones a esta regla general. También se ha dado un desarrollo por parte de los altos tribunales colombianos en materia de la prueba ilícita y se ha incorporado, a través de estos fallos y de la ley, el modelo norteamericano, toda vez que se propende por la nulidad o exclusión de las pruebas dentro de determinado proceso, si estas se han obtenido con violación a las garantías fundamentales de la persona.

**Artículo de Investigación desarrollado en colaboración entre los Grupos de Investigación "Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN"; Reconocido y Clasificado en D COLCIENCIAS (registro COL00) 2014; Grupo de Investigación en Derecho Penal Romagnosi UNINCCA, registro COLCIENCIAS COL0078929; y el Grupo de Investigación en Derecho Penal, Criminología y Política Criminal Cesar Bkria de la FUAC con registro en Colciencias COL0061256, Reconocido 2014.*

a. Abogado, Candidato a Doctor en Derecho, Especialista en Derecho Penal y Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia; Ph.D. © en Ciencias de la educación Universidad Simón Bolívar; Maestría en Derecho Penal Universidad Libre; Maestría en Educación Universidad Pedagógica Nacional; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá; Profesor Investigador Universidad Incca de Colombia. Par académico del Ministerio de Educación Nacional. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co; ohuertasd@uincca.edu.co

b. Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia. Magister © en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Instituciones Jurídico Penales © Universidad Nacional de Colombia. Investigadora en formación como estudiante de Maestría vinculada al Grupo de Investigación Romagnosi Unincca; Profesora Corporación Universitaria Republicana. Email: jhoannaprieto@hotmail.com

c. Abogada y Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Magíster y especialista en Docencia e Investigación Universitaria de la Universidad Sergio Arboleda. Magister © en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Profesora Universidad Autónoma de Colombia e Investigadora del grupo "Antonio Nariño y Álvarez". E-mail: napojiro@yahoo.es

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales

Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Nacionales

Núm. 9, Año 2015

Junio - Diciembre, pp. 229 - 238

ISSN 1794-600X

PALABRAS CLAVE.

Prueba ilegal, Prueba ilícita, regla de exclusión, modelos, excepciones a la regla.

ABSTRACT

The Colombian criminal process at present has the development of evidentiary exclusion clause when it refers to illegal or illicit evidence, as well as the exceptions to this general rule. Also there has been a development by senior Colombian Courts in relation to illegal evidence and it has been incorporated through these faults and the law, the European and Anglo-Saxon model of the exclusionary rule, every time it tends to nullity or exclusion of proof in a particular process, if evidence has been obtained with a violation of the fundamental rights of a person.

KEY WORDS

Illegal evidence, illicit evidence, exclusionary rule, models, exceptions to the rule.

RESUMO

O processo penal colombiano atual tem desenvolvido a cláusula de exclusão das provas, quando se refere à evidência ilegal ou ilícita, assim como a exceções a essa regra geral. Também se desenvolveram os altos tribunais colombianos no que tange à prova ilegal, incorporando o modelo americano através dos julgamentos e da lei, toda vez que existe tendência à anulação ou à exclusão das provas dentro de determinado processo, se estas foram obtidas com a violação dos direitos fundamentais da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE

Prova ilegal; prova ilícita; princípio da exclusão; modelos; exceções à regra.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Desde el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, el derecho que tienen tanto la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, así como para la defensa, permite el desarrollo del principio de contradicción probatoria, siendo necesario para ello el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los sujetos en el proceso

penal, so pena de que esos medios probatorios que violenten este mandato constitucional sean nulos, trayendo como consecuencia la exclusión de esos elementos de convicción del proceso penal. De lo anterior se desprende la denominada regla de exclusión probatoria en el proceso penal, siendo el objeto de este artículo identificar cuáles son los elementos que estructuran esta regla así como las excepciones a ésta que el ordenamiento jurídico Colombiano trae, vista desde la interpretación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución de 1991 se creó una cláusula constitucional de exclusión de las pruebas ilícitas. Cláusula que fue desarrollada en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal como una regla general de exclusión probatoria, pero que también contempló una serie de criterios que el juez debe tener en cuenta a la hora de hacer un juicio de exclusión en materia de pruebas.

En el presente artículo se tratará de dar claridad acerca de los conceptos de prueba ilegal e ilícita, para lo cual se tendrán presentes los conceptos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, se hace referencia a los diferentes modelos de reglas de exclusión que existen actualmente, en especial al modelo anglosajón partir de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y a los modelos italiano y alemán. Posteriormente se hace el estudio de las excepciones que trae el artículo 455 de la ley 906 de 2004, haciendo referencia a la interpretación realizada por la Corte Constitucional en sentencia C 591 de 2005, y tomando posición acerca de la conceptualización que hace dicha sentencia respecto a que no existen tales excepciones, sino que son criterios que ayudan al juez a la hora de analizar un juicio de exclusión probatoria.

METODOLOGÍA

El artículo se desarrolla a partir de un enfoque descriptivo de las normas constitucionales y decisiones judiciales, para abordar el ordenamiento jurídico de tal manera que permita conocerlo, resignificarlo y transmitirlo. Desde una perspectiva descriptiva, se busca establecer la relación entre la jurisprudencia, la doctrina y el ordenamiento legal que la contempla.

RESULTADOS

El artículo se desarrolla a partir de la conceptualización de prueba ilegal e ilícita, como punto inicial para poder abordar la regla de exclusión, definirla desde la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pasando por el desarrollo en los Estados Unidos y Europa occidental, para por último identificar las excepciones legales que el ordenamiento penal colombiano tiene para que las pruebas que han tenido un cierto contacto o se derivan de un medio probatorio ilegal o ilícito, pueda tener validez en el proceso penal.

1. PRUEBA ÍLCITA Y PRUEBA ILEGAL

Según advierte el precepto constitucional agregado en el inciso final del artículo 29 Superior, “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta primera definición pone de presente que el constituyente de 1991 estableció, como sanción, la inexistencia de la prueba que viole derechos fundamentales instituidos en el debido proceso.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, se cambió el modelo de juzgamiento penal y, así, el legislador desarrolló en todo su contenido el ya mencionado inciso final del artículo 29, y trajo la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con la violación de las “garantías fundamentales”, con lo cual se sanciona al sujeto procesal, quien violentó dichas garantías, con la anulación de su medio probatorio y la exclusión del mismo del debate probatorio y de la misma sentencia.

Sin embargo, su desarrollo no paró ahí. De la lectura del artículo 360, el mismo legislador de 2004 incluyó una nueva forma en que los medios probatorios pueden ser excluidos del proceso penal, refiriéndose a la ilegalidad de las pruebas.

Entonces, de acuerdo con la Constitución Política, y los artículos 23 y 360 del estatuto procesal penal colombiano, son nulas, y deben excluirse, las pruebas ilegales y las ilícitas. A continuación se hará una introducción en la conceptualización de estos términos, utilizando para ello la jurisprudencia del tribunal constitucional y del tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria de Colombia.

1.1. Concepto de prueba ilícita e ilegal en la Corte Suprema de Justicia

Desde el punto de vista de la Corte Suprema de Justicia encontramos las sentencias de Casación números 33.621 y .21. 529 del Magistrado Ponente Sigilfredo Espinoza Pérez, Así mismo, la sentencia de Casación número 29.416 del Magistrado ponente Yesid Ramirez Bastidas, la sentencia con radicado número 26.836, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortíz, (entre otros) en donde definen que

(...) prueba ilícita es aquella que se obtiene con vulneración a los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; 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”¹.

La jurisprudencia ha explicado que la prueba ilícita puede tener su origen en varias causas, 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).

1. Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado en los autos expedidos por la sala de casación penal, Corte Suprema de Justicia, de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1º de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621. Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152. Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

“(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 c. penal), o de una falsedad en documento público o privado (art 286. 287 y 289 del C penal)”. (Cort. Supr. De Just., 2008, Auto del 10 de septiembre, radicado No. 29.152.)²

El añadir al proceso una prueba obtenida por medio de cualquiera de los anteriores escenarios, determina su indudable exclusión e impide que se tenga en cuenta por parte del examen del juez y, claro, que haga parte del acervo probatorio (Bernal y Montealegre, 2013, 319).

Así las cosas, el derecho a probar se encuentra condicionado por el respeto a los derechos y libertades fundamentales, pues si el proceso es el medio de realización de la justicia, resultaría un contrasentido que se admitiera la comisión de una injusticia del tipo destacado con el fin de alcanzar ese objetivo.

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas en un Estado de Derecho, es una garantía procesal encauzada a resguardar al individuo de esporádicos excesos en las investigaciones que buscan la obtención de pruebas.

(...) “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. 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 prueba (Cort. Supr. De Just., 2005, sentencia del 2 de marzo, radicado No. 18.103).

Ahora bien, tradicionalmente se consideró que tanto la prueba ilícita como la ilegal, producen efectos de exclusión, que no de nulidad del proceso, en el entendido de que son los medios de prueba, por sí mismos considerados, los que se predicen “nulos de pleno derecho” (artículo 29 de la Carta Política), produciendo una “inexistencia

2. Este criterio jurisprudencial ha sido reiterado en los autos expedidos por la sala de casación penal, Corte Suprema de Justicia, de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1º de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621. Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152. Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

jurídica” que, incluso, se transmite a los demás elementos que dependan o sean consecuencia de aquellas, o a las que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas. (Cort. Supr. de Just., radicado 33.621).

1.2. La prueba ilegal e ilícita en los términos de la Corte Constitucional

La doctrina constitucional en materia de pruebas ilegales e ilícitas no ha sido pasiva, desde el año 1998 ha diseñado toda una argumentación para la definición de estos dos términos que, aunque con una consecuencia igualitaria, la exclusión probatoria, su contenido no es el mismo, y no puede ser confundido en razón a que cada uno de ellos conlleva un análisis diferente a la hora de evaluar el medio probatorio correspondiente.

1.2.1. Sentencia T 008 de 1998

El caso que en esa ocasión analizó la sala de revisión de la Corte Constitucional, consistió en la falta de los requisitos legales que no se satisficieron en su totalidad a la hora de tomar la declaración de un testigo, quien tenía reserva de identidad, pues, en esa ocasión, se omitieron dos aspectos normativos: (i) la presencia de un delegado del Ministerio público y (ii) la ausencia de un acta en donde figurara la información del declarante, que por obvias razones, por encontrarse como testigo con reserva de su identidad, no podía ir en la declaración.

Así expresó el alto tribunal que:

En resumen, esta Corporación ha estimado que la validez constitucional de las declaraciones de testigos con reserva de identidad depende, por entero, de la aplicación cabal de las garantías que rodean la realización y valoración de la prueba, así como de la posibilidad cierta de que esta pueda ser ampliamente controvertida por la defensa técnica. Por lo tanto, si durante la declaración del testigo secreto no está presente el representante del Ministerio Público; si no se levanta el acta separada con la identidad del declarante; si el juez no puede conocer esa identidad para valorar adecuadamente la declaración; si, por ello, la defensa no puede contrainterrogar al testigo, la prueba será nula por violación del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso (Cort. Const. 1998. T 008) (Subrayado fuera del texto original).

Cabe aclarar que la sentencia citada tiene como fundamento normativo el decreto 2700 de 1991, que para la época era el Código de Procedimiento Penal vigente, pero que, sin que en su contenido específico se refiriera a la ilegalidad de las pruebas, toma el concepto de validez constitucional como una garantía fundamental de quien está siendo interrogado bajo la reserva de su identidad, no solo como protección a la prueba en su contenido formal (legal), sino en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales de esa persona que rinde su declaración.

Ahora bien, de la lectura de esta providencia no se puede buscar una primera definición de lo que se entiende como prueba ilegal o prueba ilícita, pues, como se observa, el caso analizado se refirió a la falta de requisitos legales en la asunción de un medio probatorio, pero también tiene una argumentación dirigida a la protección de la ley y de los derechos fundamentales.

1.2.2. Sentencia SU 159 de 2002

En este caso la Corte constitucional tuvo en sus manos la decisión respecto al proceso adelantado contra el entonces Ministro de Comunicaciones Arboleda Gómez por la Corte Suprema de Justicia, quien condenó a éste a la pena de 54 meses de prisión por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. En esta ocasión se discutió sobre la obtención y publicación de una comunicación entre los ministros de Comunicaciones y de Minas y Energía, donde se conversaba acerca de la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali. Dicha conversación dio pie para abrir las investigaciones correspondientes, lo cual concluyó en la ya mencionada condena. También se le conoce a este caso como el “miti-miti”.

La Corte, en esta sentencia, tomó el modelo de exclusión propio del sistema norteamericano, *exclusionary rule*, como también identificó las diferentes fuentes jurídicas de la exclusión probatoria. En esa oportunidad se refirió a las pruebas inconstitucionales, siendo éstas obtenidas a partir de violaciones de derechos fundamentales, y a las pruebas ilícitas, cuyo concepto está referido a la forma en que se obtiene la prueba, siendo esa forma violatoria de las garantías fundamentales que tiene quien está siendo investigado o juzgado.

También se refirió a aquellas pruebas que, teniendo relación con los medios probatorios que son ilegales o ilícitos, pueden servir como tal y pueden ser consideradas por el juzgador a la hora de indilgar responsabilidad penal o absolución de la misma. Se habló entonces de las excepciones a la regla de exclusión: las derivadas de la atenuación, de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el acto de voluntad libre. Respecto de los tres primeros, éstos serán materia de estudio más adelante.

1.2.3. Sentencia C 591 de 2005

Por último, el tribunal constitucional colombiano analizó las anteriores excepciones a la regla de exclusión probatoria en materia penal, concluyendo que éstas no se deben entender como una forma de excepción, sino como un criterio que debe tener el juez para evaluar la exclusión o inclusión del elemento material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida que se demanda como ilegal o ilícito.

Así, el tribunal entregó una herramienta de interpretación para que el juez evalúe cuándo se está en presencia de una prueba derivada, directa o indirectamente, de la que se está excluyendo del debate probatorio, y cuándo esta prueba se puede explicar en razón a su existencia propia; para ello:

(...) el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito (...) (Cort. Const., 2005).

2. LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA: ANTECEDENTES

Hasta aquí tenemos que en el ordenamiento jurídico colombiano, desde la Constitución, pasando por la ley y en la interpretación que han hecho la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, existe una sanción para los sujetos procesales quienes, participando de forma activa en el proceso penal acusatorio, quieran presentar en el debate probatorio una prueba que sea ilegal respecto de su forma de asunción al proceso, o

ilícita por haberse violentado derechos y garantías fundamentales (Huertas Martín, M.I., 1999, 132-133). Dicha sanción consiste en la nulidad de pleno Derecho de este medio probatorio, y como consecuencia la exclusión del mismo del juicio.

Ahora bien, ya la sentencia SU 159 de la Corte Constitucional arriba analizada, delineó el derrotero de esta figura, adscribiéndose al modelo estadounidense de la *exclusionary rule*, pero también mencionado otro modelos utilizados en Europa continental.

Esta Sentencia, explica que

(...) el origen del artículo 29, inciso último, en la Asamblea Constituyente, se justificó para incluir expresamente una regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, fue que ésta era una sanción común a las democracias más garantistas de los derechos y un mandato contenido en varios tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia. Por ello, resulta pertinente referirse a dicha experiencia, así sea brevemente y sin pretender agotar una materia tan extensa como compleja.

La pertinencia de esta alusión al derecho comparado y a los tratados está determinada por algunos puntos específicos abordados en la presente providencia y, por lo tanto, no es necesario adentrarse en todos los aspectos del régimen de las pruebas en otros países. Los puntos específicos relevantes son los siguientes: primero, dado que en los debates en la Asamblea Constituyente se dijo que la regla establecida finalmente en el inciso último del artículo 29 existía en las democracias más garantistas, se hará referencia a la forma como en otros países se trata el problema de las pruebas viciadas para determinar si hay diferencias significativas entre ellos o si por el contrario hay una tendencia caracterizada por una serie de coincidencias básicas. Se escogen los sistemas que ilustran diversas tradiciones jurídicas, en especial la romano germánica y la anglosajona. (SU, 159 de 2002)

En este marco, existen dos modelos de regla de exclusión probatoria: de un lado se encuentra el diseñado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América; del otro, el diseño construido en Europa, en especial en los altos tribunales de Italia, Alemania y España, aunque este último aplica los dos modelos (Miranda, 2010, 131).

2.1. La regla de exclusión en los Estados Unidos de América.

Esta regla de exclusión, denominada *exclusionary rule*, tiene como oficio principal desincentivar a las autoridades judiciales encargadas de la investigación y recolección de pruebas. Esta posición inició en caso *Bram Vs United States*, en donde se analizó las violaciones a la quinta Enmienda, por las confesiones obligadas que se hicieron en este caso a quien estaba siendo investigado. Aunque puede ser el primer precedente sobre el tema, solo fue hasta el caso *Boyd Vs United States* en donde se incursionó en la regla de exclusión probatoria al considerar que obligar al investigado a aportar pruebas, en este caso una factura, eran actividades que atentaban contra los derechos reconocidos en la Cuarta y Quinta Enmienda. En el caso *Weeks v. U.S.*, de 1914, se continuó con la misma posición, aunque limitando este precedente a los casos federales.

La evolución del concepto de exclusión probatoria fue ampliada en los casos *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* de 1920 y *Nardone Vs. U.S.* en 1939, en los cuales se creó la teoría de la prueba derivada, siendo ésta también excluida por tener relación con la prueba ilícita; así se creó la teoría del fruto del árbol envenenado.

En la década de los años 70 se inició un proceso de limitación de la regla de exclusión, para lo cual se diseñaron teorías acerca de presentación de pruebas que tenían alguna relación pruebas ilícitas, siempre y cuando las primeras encuadraran dentro de alguno de los siguientes supuestos: fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el *balancing test*, la teoría del riesgo y el *purged taint*. (Hairabedian, M., 2002).

2.2. La regla de exclusión en Europa continental

En Italia, Luigi Ferrajoli (1995, 537) sostiene que la Constitución, como norma superior, es el eje central del estado de Derecho, razón por la cual no se puede atentar contra las garantías y derechos fundamentales del individuo, siendo esas garantías y esos derechos la base para la fundamentación de la regla de exclusión de las pruebas ilegales e ilícitas.

En Alemania, se creó la tesis de la ponderación, según la cual se debe verificar el caso en concreto tomando en cuenta los siguientes criterios:

(...) la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real (Cort. Const., 2002, SU 159).

También existen teorías en Alemania consistentes en prohibiciones de valoración dependiente e independiente: siendo la primera la lesión o prohibición de adquirir o incorporar una prueba, y que proviene de una norma, mientras que la segunda se desprende de la violación de derechos fundamentales (Guariglia, 2005, 103).

3. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN MATERIA PENAL

Como ya se dijo, las cortes colombianas en materia de exclusión probatoria, en especial en lo referente a los procesos penales, están inscritas en la tendencia anglosajona del exclusionary rule, tendencia que ya no es absoluta, es decir, hoy en día ya no se puede hablar de la exclusión de un medio probatorio sin, antes, realizar un análisis al mismo respecto de su legalidad e ilicitud.

Así el legislador del año 2004 incluyó como norma las excepciones que tiene la regla de exclusión del artículo 23 de la ley 906. De esta forma, el juez debe verificar que la prueba que solicita su exclusión, pese a tener relación con una prueba ilegal o ilícita, pueda ser tenida en cuenta bajo cualquiera de estos tres factores: vínculo atenuado, fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

En revisión de constitucionalidad, que hiciera la Corte Constitucional, y en su interpretación del artículo 23 y del artículo 455 del estatuto procesal penal, entendió que la regla de exclusión no tiene excepciones propiamente dichas, sino que estos términos del vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, son criterios que debe tener el juez al momento de decidir acerca de la exclusión de un medio probatorio.

Aunque en su argumentación se edifica una guía para el juez, si se revisa de fondo ambas normas (artículos 23 y 455 de la ley 906 de 2004), en una se encuentra una cláusula general que no permite realizar

ningún tipo de excepción, pero la otra crea dichas excepciones a la regla general, no como criterio para diferenciar las pruebas legales de las ilegales, sino como mandato al juez de revisar todos los medios probatorios que tengan relación con la prueba ilegal o ilícita, y así pueda decir sobre su admisión o exclusión. Entonces, nos encontramos frente a unas verdaderas excepciones a la regla de exclusión, que, bien puede ser más, si el legislador las constituye en norma.

3.1. El vínculo atenuado

Este primer criterio busca identificar el nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada de esta. Si el vínculo es tenue debe admitirse la segunda, tomando como base el postulado constitucional referido a la buena fe (Cort. Const., 2002, SU 159).

Aquí se deja con amplias facultades discrecionales al juez para tomar la decisión, en vista de que el término “tenue” permite múltiples apreciaciones, dependiendo del caso en concreto

3.2. La fuente independiente

Frente a este caso, el juez debe dilucidar entre la obtención de la prueba ilícita o ilegal, siendo que si la prueba que se deriva de la ilegal tiene una forma de obtención o fuente diferente de la primera, se rompe la teoría del fruto del árbol envenenado, razón por la cual la segunda prueba no puede tornarse como ilícita o ilegal.

Así mismo Guerrero (2009), plantea que las limitaciones a la aplicación a la regla de la de exclusión, con respecto a la evidencia secundaria, fueron formuladas en la famosa sentencia Silverthorne de 1920, toda vez que allí se sostuvo, no solo la posibilidad de exclusión de la evidencia derivada de prueba ilícita sino también la modificación de su efecto, al afirmarse: Como es obvio, esto (la exclusión) no significa que los hechos así obtenidos (ilegalmente) se conviertan en sacros e irresistibles. Si el conocimiento de hechos se obtiene a través de una fuente independiente pueden ser probados como cualesquiera otros (Guerrero, 2009, p. 257.).

La crítica jurídica se apresuró pronto a hablar de una excepción a la regla de exclusión, pero el desarrollo de la dogmática probatoria, realmente ha encontrado que una interpretación correcta de las palabras usadas por la Corte en la sentencia 1920 no permite, hablar de una excepción a la doctrina de los frutos

debido a que ella se refiere a los casos en los que la evidencia se ha obtenido por un medio perfectamente separado y distinto, de la producción ilegal, es decir, se trata de aquellas situaciones en los que para demostrar un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que concurra entre ellos vínculo alguno. Por esa razón se habla de una fuente independiente, o como se suele expresar en la doctrina, el problema para el juez es definir cuándo se cosecha el fruto de un árbol venenoso y cuando de un árbol sano (Guerrero, 2009, p. 258).

3.3. El descubrimiento inevitable

Se refiere este criterio a que, pese a encontrarse el juez frente a una prueba que se torna ilícita o ilegal, la obtención de otra prueba debe tornarse lícita en razón a que, de una u otra forma, se hubiese obtenido dicha medio probatorio. Aquí las partes deben entregar al juez la mejor argumentación y supuestos de hechos que conlleven al convencimiento del juez.

En el caso de la fuente independiente, se sabe que preexiste una información alterna de origen legal que enerva la falla de una fuente ilegal, mientras que con respecto a la teoría del descubrimiento inevitable, el escenario obra en forma similar, pero se necesita más que un origen independiente, o sea una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente conducirá a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. Por ello a la doctrina del descubrimiento inevitable también se le conoce con el nombre de extensión conceptual de la regla de la fuente independiente. (Guerrero, 2009.)

Habría que decir también, que el Doctor Guerrero, (2009) sostiene que

(...) la aproximación histórica al problema de las excepciones a la regla de exclusión se relaciona básicamente con los costos que supone para un sistema de Estado de Derecho aceptar que los delincuentes queden libres por cuenta de las falencias en la recolección probatoria o en las violaciones al debido proceso por parte de las autoridades de persecución penal. Desde la famosa sentencia *Mapp Vs Ohio* la exclusión se aceptó como un remedio de creación jurisprudencial secundario para mantener vigentes algunos derechos constitucionales, pero en todo caso no se ha asumido que la exclusión de la prueba ilícita sea un derecho de los ciudadanos sometidos al proceso penal. Los argumentos que apoyan esta concepción del problema van desde aquel que predica que la regla de exclusión no puede reparar los daños

que se generan por las actuaciones de persecución penal a determinados derechos, como por ejemplo el derecho a la intimidad, pasando por el rechazo de las posturas que ven en la regla una forma de protección secundaria de los derechos constitucionales hasta quienes le niegan el carácter de remedio disuasivo frente a la arbitrariedad policial o de un medio apto para mantener la integridad judicial y el principio de Estado de Derecho (Guerrero, 2009, p. 256).

CONCLUSIONES

- El ordenamiento jurídico colombiano tiene las herramientas necesarias para dar solución a los problemas que se derivan alrededor de la obtención de medios probatorios, cuando éstos contravienen la Constitución o la ley, o cuando se obtienen en clara violación de las garantías o derechos fundamentales de quien está siendo juzgado.

- La prueba ilegal es aquella que se construye con ausencia de alguno de los requisitos que el legislador dispuso para su asunción, mientras que la prueba ilícita es aquella que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales así como las garantías del enjuiciado. Tómese a modo de ejemplo las torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que miembros del Estado aplicaron a una persona, para lograr su confesión; o la interceptación telefónica, sin una orden judicial expedida por un juez de control de garantías.

- En Colombia se aplican los dos modelos de regla de exclusión estudiados. El anglosajón, en cabeza de los Estados Unidos de América, y el de Europa. Si bien es cierto que la Corte Constitucional se ha inscrito en el modelo estadounidense, también en su argumentación guarda estrecha relación con los derechos fundamentales que protege el modelo Europeo. Esto, en relación a los fines de la regla de exclusión, de un lado como forma de prevención de los desvíos por parte de los sujetos procesales e investigadores y, por el otro, como garantía de protección de los derechos fundamentales del acusado.

- Los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y de descubrimiento inevitable son verdaderas excepciones normativas a la regla general de exclusión, ya que no se comparte la idea de que estos conceptos sean guía para el juez, sino que por el contrario son argumentaciones encaminadas a “tumbar” ese revestimiento de ilegal o ilícita del medio probatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAMBURO. M.A., (2010). La prueba ilícita en Colombia: presupuestos de racionalidad. Recuperado 03/04/2013 de: <http://www.larazondelderecho.com/pdf/La-prueba-ilicita-en-Colombia-presupuestos-de-racionalidad-Aramburo.pdf>.
 - _____ La prueba en el sistema acusatorio en México (Prueba ilícita; eficacia y valoración). Recuperado 03/04/2013 de: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20\(Mag.%20Aguilar\)%20Modulo%20VII.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20(Mag.%20Aguilar)%20Modulo%20VII.pdf).
 - ARMENTA. T. En el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita). Recuperado 03/04/2013 de: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art14.pdf>.
 - BERNAL C. Jaime, Montealegre L. Eduardo (2013). El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales y teoría general del Proceso. Tomo II. 6° Edición. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
 - FERRAJOLI, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Ed, Trotta.
 - GIMENEZ, A. (1992). Sobre la prueba ilícitamente obtenida. Recuperado 03/04/2013 de: http://www.ehu.es/contenidos/boletin_revista/ivckeie_guzkilo_re_numero6/es_numero6/adjuntos/gimenezpericas1.pdf.
 - GINER. C.A. (2008). Prueba Prohibida y prueba ilícita. Recuperado 03/04/2013 de: revistas.um.es/analesderecho/article/download/113751/107781.
 - GUARIGLIA, F. (2005). Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Buenos Aires: del Puerto.
 - GUERREO, O. (2009). Institutos probatorios del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
 - HAIRABEDIÁN, M. (2002). Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Buenos Aires: Ed. AD-HOC.
 - HUERTAS MARTÍN, M.I. (1999) El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
 - LUCH. X.A. A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba. Recuperado 03/04/2013 de: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/a-proposito-del-juicio.pdf>.
 - MIRANDA, M. (2010). Prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Recuperado 03/04/2013 de: www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389.
 - MONSALVE CORREA, S. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113. Julio-Diciembre. Medellín.
 - NUÑEZ. J.A. Las pruebas ilícitas en el derecho panameño. Recuperado 03/04/2013 de: <http://www.inperib.com/archivos/es/PRUEBAS.pdf>.
 - PELÁEZ, R.A. (2008). Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano. Misión Jurídica. Recuperado 03/04/2013 de: <http://www.unicolmayor.edu.co/revistamisionjuridica/pdf/primera%20edicion/reflexiones%20en%20torno.pdf>
 - ROXIN, C. (2000a) Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.
 - _____ (2000b) La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Leyes y providencias judiciales**
- COLOMBIA. Asamblea nacional Constituyente. Constitución Política.
 - COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 2700 de 1991 "Por medio del

- cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal.” Noviembre 30 de 1991.
- COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 600 de 2000 “Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal.”.Julio 24 de 2000.
 - COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 906 de 2000” Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal.”.Enero 01 de 2005.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (1998) Sentencia T 008. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2002). Sentencia SU 159. M.P. CEPEDA ESPINOSA, M
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2005). Sentencia C 591, . M.P. Vargas Hernández, C.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2007). Sentencia T 233. M.P. MONROY CABRA, M.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2007). Auto A 227, . M.P. MONROY CABRA, M.
 - COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. (2006). Sala de Casación Penal, sentencia octubre 2006, proceso No. 33284. M.P., Zapata Ortiz, J. Bogotá.
 - COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. (2006). Sala Penal, sentencia septiembre 2006, proceso No.21529. M.P. ZAPATA ORTIZ, J. Bogotá.
 - COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. (2006). Sala Penal, sentencia mayo 2006, proceso No. 24012. M.P. ZAPATA ORTIZ, J. Bogotá.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2003). Sentencia SU 151 de 2003. M.P. ESCOBAR GIL, R. Bogotá.
 - COLOMBIA. Corte Constitucional. (2005). Sentencia C 591 de 2005. M.P., Hernández , C. Bogotá.
 - COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. (2004). Sala Penal, sentencia julio 2004, proceso No.18451. M.P., GALÁN CASTELLANOS, H. Bogotá.