

“LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO”

**NORMA LUCÍA ARIAS OROZCO
JOSÉ OSCAR GUTIÉRREZ
JORGE ELIÉCER OSORIO RAMÍREZ**

**TRABAJO PRESENTADO COMO REQUISITO DE GRADO
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

PRESIDENTE: DR. MAURICIO BEDOYA VIDAL

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
TESIS PREGRADO**

MANIZALES, SEPTIEMBRE DE 2007

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. GENERALIDADES.

1-1-. Exigencias constitucionales del proceso penal.

1-1-0- Introducción:

1-1-1. La constitucionalización del derecho.

1-1-2- El Estado social de derecho.

1-1-3- Panorama constitucional del proceso penal.

1-1-3-1 El debido proceso:

1-1-3-2 Reconocimiento de la Dignidad Humana

1-1-3-3 Principio de Libertad:

1-1-3-4 Principio de Igualdad

1-1-3-5 Prevalencia del Derecho sustancial

1-1-3-6 Principio Acusatorio

1-2- Perfil sistema acusatorio

1-2-1 Modelos acusatorios. Norteamericano y Continental Europeo

1-2-1-1 Modelo acusatorio norteamericano:

1-2-1-2 Modelo acusatorio Continental Europeo:

1-2-2 Panorama acusatorio del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

CAPÍTULO 2. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.

2.1- Concepto general de la prueba y prueba en el proceso penal.

2.2- Principios probatorios en la ley 906 de 2.004.

2-2-1- Principios de inmediación y contradicción (desplazamiento del principio de permanencia de la prueba)

2-2-2- Principio de carga de la prueba

2-2-3- Principio del derecho a la prueba

2-2-4- Principio de legalidad:

2-2-5- Principio de publicidad

2-2-6- Principio de razonabilidad de la prueba

2-3- Función de la Fiscalía General de la Nación en materia probatoria.

2-4- Pruebas ilícitas y pruebas ilegales.

2-4-1. Delimitación de Conceptos:

2-4-1-1- Prueba ilegal

2-4-1-2- Prueba ilícita

2-4-2. Antecedentes normativos.

2-4-2-1. Antecedentes constitucionales.

2-4-2-2. Antecedentes legales.

2-5. Reglas de exclusión.

2-5-1. Definición

2-5-2. Finalidades de la regla de exclusión

2-5-3. Condiciones de aplicación de la regla de exclusión.

1- Entidad de la irregularidad

2- Concepto de debido proceso y vigencia de garantía:

3- Declaración de la exclusión:

2-6-. Prueba derivadas

2-6-1. Sistemas

1) Sistema de Exclusión discrecional

2) Sistema de Validez de la Prueba Derivada

3) Sistema de extensión de la exclusión a la prueba derivada

2-6-2 Limitaciones a la regla de exclusión de la prueba derivada:

2-6-2-1. Vínculo atenuado:

2-6-2-2. Fuente independiente:

2-6-2-3. Descubrimiento o hallazgo inevitable:

2-7. Sanciones a la vulneración de las reglas de exclusión.

2-7-1. La Función del Juez de Control de Garantías en materia de exclusión de prueba.

2-7-2. La exclusión de prueba como consecuencia de la acusación.

2-7-3. La exclusión de prueba en el juicio oral

2-8. Nulidad de pleno derecho y extensión de la sanción:

2-8-1. Extensión general de la nulidad

2-8-2. Extensión especial de la nulidad en crimen de lesa humanidad

2-9. Regla especial de exclusión en materia de allanamientos:

Capítulo 3. HIPÓTESIS DE CONCRETIZACIÓN

3-1. Panorama jurisprudencial.

3-1-1. Panorama jurisprudencial Corte Suprema de Justicia.

3-1-2. Panorama jurisprudencial Corte Constitucional.

3-2. Derecho comparado y casos tipo.

3-2-1. Impugnación de la credibilidad del testigo

3-2-2. Registros de buena fe

3-2-3. Prueba derivada y fuente independiente

3-2-4. Expectativa de intimidad razonable

3-2-5. Evidencia a campo abierto

3-2-6. Evidencia a plena vista

3-2-7. Vigilancia electrónica

3-2-8. Interceptación de comunicaciones

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

Un sistema jurídico es ampliamente condicionado por la estructura y conformación de un Estado y de forma más específica por el sistema político y la ideología que lo nutre. Así las cosas, no es extraño advertir que en la antigüedad los procesos estaban dotados de la prevalencia de los intereses del 'Estado' -detrás de él los intereses de sus regidores- sobre las condiciones particulares del individuo. A ello hay que sumar una tendencia temporal de asimilar intereses religiosos con los del poder político, simbiosis que descansaba en la *teoría del origen divino del poder*.

Es conocido como escribe **JORGE ARENAS SALAZAR** que '**... A la caída del Imperio Romano se presenta de nuevo una tendencia vigorizada en todo el hemisferio occidental, no uniforme por implementar el sistema religioso primitivo...**', el cual operaba por un sistema de *ordalías* o *juicios de Dios*, una forma de prueba ritual en el cual el resultado de la certeza se obtenía generalmente por la imposición de pruebas físicas a las que la persona era sometida. Eran comunes entonces pruebas con agua fría o caliente, la hoguera, hierros candentes e inclusive los duelos. Lo cual sin duda, determinaba una gran pertinencia del azar y de tal modo desvirtuaba el convencimiento de la inferencia mental y en consecuencia, de la lógica y la razón. Ya que un juez no analizaba las evidencias, sino que más bien estaba siempre sometido al resultado de los hechos materiales.

También, se recordará la intrusión de la Iglesia Católica en el sistema de justicia y su más nefasto aporte a través de la inquisición, instituida por el

Papa Lucio III en 1184 en su bula *Ad abolendam* contra la herejía cátara; pero más definida en 1.231 por el Papa Gregorio IX, con los Estatutos *Excommunicamus*; y con un paso más temerario en 1.252 cuando el Papa Inocencio IV, dio autorización a la *tortura como procedimiento regular*. En 1542 el papa Pablo III conformó el muy conocido *Santo Oficio*. Es notorio entonces, que el medio más socorrido para llegar a la verdad fue la tortura en todas sus formas. Dando ejemplo de que un simple ejercicio de definición de la disidencia o la diversidad, con el título de blasfemo o hereje, justificaba establecer una verdad ya preestablecida por una denuncia anónima, a través de los más absurdos vejámenes a la dignidad humana.

El mencionado recurso a la tortura y una gran variedad de condiciones inhumanas e irrazonables, es lo que llevó a que en 1.764 CESARE BECCARIA escribiese su obra 'De los delitos y de las penas' y en particular que dedicara el canon XII a su crítica. Aquí por ejemplo la describe como una 'crueldad', anotando la plena vigencia de la dignidad del procesado: **'...A un hombre no se lo puede llamar culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó'**¹.

Así las cosas, uno de los triunfos de las revoluciones democráticas fue una revisión del poder del gobernante y su relación con el sistema de justicia, y la inclusión de derechos humanos en las constituciones liberales. Así refiere PEDRO PABLO CAMARGO: **'...Para la teoría liberal, el Estado de derecho se rige por la Constitución, norma suprema y marco de la seguridad jurídica. Los derechos y libertades fundamentales son el**

¹Agudelo Betancur Nodier, Tercera Edición, Edit. TEMIS, Bogotá, 2.003, pág. 27.

límite del poder omnímodo del Estado y la carta de los gobernados...².

Circunstancia que tiene un elevado impacto en las garantías procesales, de tal modo, por ejemplo, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, establece una serie de garantías penales concernientes a la legalidad de los delitos y de las penas, derecho a la intimidad y debido proceso (arts. 5, 7, 8).

De tal forma, la noción de la relación íntima entre Constitución y garantías individuales fue un avance que sin duda nutrió también el proceso penal, avance determinado no sólo por el valor de dichas garantías, sino también por la división de poderes, hasta el punto que la citada Declaración de los Derechos del Hombre en su artículo 16 anotó que: **‘Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene Constitución.’**. Pero, como se verá al desarrollar este proyecto fue hasta el siglo XX que la noción de *Estado de derecho* que se perfila en expresiones como las precedentes líneas del constitucionalismo clásico, llega a niveles de justicia material y otro redimensionamiento de las relaciones entre el Estado y el individuo.

Esta síntesis denota como una aproximación a garantías particulares como las relativas al derecho probatorio, están nutridas por el contexto de los derechos consagrados por la Constitución y la aspiración de justicia que la sociedad se plasma en torno a ella.

² Camargo Pedro Pablo, Manual de Derechos Humanos, Editorial Leyer, Bogotá, 1.995, pág. 82.

Las previsiones generales que como garantías fundamentales concede la Carta al individuo, y que en consecuencia, corresponden a la *parte dogmática* de la Constitución, son sin duda límite a la implementación y lectura de apartes como el correspondiente al artículo 250 (modificado por el Acto Legislativo 03 de 2.002) que perfila el sistema acusatorio. Dicho esquema, según la norma citada está caracterizado por la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”, la estimación de la Fiscalía como parte de la Rama Judicial, la creación del Juez de Control de Garantías, la previsión del principio de oportunidad y la exclusión para la Fiscalía de la facultad de imponer medidas restrictivas de la libertad.

En este orden de ideas, tratándose de un procedimiento adversarial, es indudable la nueva dimensión del papel de la Fiscalía y de sus limitaciones a la búsqueda de la verdad. Uno de dichos límites como se ha enunciado se encuentra contenido en el artículo 29 de la Carta Política. Esta norma estipula una cláusula general de exclusión que la ley 906 de 2.004 desarrolla en los artículos 23, 232 (Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos), 455 (Nulidad derivada de la prueba ilícita) y 457 (Nulidad por violación a garantías fundamentales). La importancia de dicha cláusula, está dada como lo escribe la Corte Constitucional, en que es aplicable durante todas las etapas del proceso, lo que implica según también palabras de la Corte, la posibilidad de excluir además elementos materiales probatorios y evidencia física.

Esta regla, tiene un papel fundamental en la disuasión de los medios de investigación evitando que se obtenga material probatorio por medios irregulares o inconstitucionales, lo cual es trascendente si se tiene en cuenta

que según el nuevo Código de Procedimiento Penal entre los órganos de la investigación (art. 200) está la policía judicial, que tiene en sus manos un amplio papel de apoyo a la Fiscalía en el recaudo de evidencia física y elementos materiales probatorios. Pero, además garantiza el acceso a la Administración de Justicia y el respeto de las garantías de los intervinientes, de manera muy especial, los derechos de defensa y contradicción. Y, finalmente, es garantía de un orden jurídico justo y por consiguiente da muestra de un acatamiento de las previsiones que en materia de persecución penal, en un Estado social de derecho, establece la sociedad internacional.

Por las anteriores razones, doctrinas como la del 'frutos del árbol envenenado' (*fruits of the poisonous tree*) y de 'la manzana contaminada en el cesto de frutas', reportan una invitación al análisis y, dan cuenta de la posibilidad de redimensionar conceptos en atención al respeto por los derechos fundamentales. Ejemplo de esto, se encuentra en la sentencia C-591 de 2.005, en la cual la Corte Constitucional señala que pese a que en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, la nulidad de la prueba no se extiende a todo el proceso; en el caso de crímenes de lesa humanidad imputables a agentes del Estado, la Corte ha pregonado que genera nulidad del proceso

Las anteriores premisas deben conjugarse en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93), con los tratados internacionales, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1.948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, la Convención

Americana sobre los Derechos Humanos de 1.969, el Protocolo a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1.990, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1.966, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1.996, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1.979, la Convención Interamericana de desaparición forzada de personas de 1.994, la Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1.992, la Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes de octubre 1.984, Convenciones Interamericanas para prevenir y sancionar la Tortura de 1.985 y 1.991 y Segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.989.

Como se observa, en virtud de los principios de publicidad, contradicción, concentración e inmediación, que lo definen como carácter adversarial, podría estimarse que con el nuevo Código de Procedimiento Penal el tema probatorio cobra otra dimensión, y con él, el tema relativo a la prueba ilícita y la regla de exclusión y las excepciones a la misma; razón por la cual, resulta oportuno el presente trabajo, como un acercamiento a los criterios que permiten definir la validez de un medio de prueba en determinadas circunstancias.

CAPÍTULO 1. GENERALIDADES.

1-1-. Exigencias constitucionales del proceso penal.

1-1-0- Introducción:

Un sistema procesal no puede dejar de ser visto como un subsistema integrante de un todo; lo mismo que cada conjunto de normas que pretenda constituirse como una especialidad dentro del derecho. En este agrupamiento de subsistemas el elemento subordinador está dotado de un fuero de atracción que condiciona el contenido de sus componentes. De tal manera, cada uno de ellos, como en el caso de las normas jurídicas, contará de cierta autonomía, pero sometido siempre al poder del elemento superior subordinante. Ya que las instituciones jurídicas tienen entre sus varias particularidades un hilo conductor común que las subordina y que a la vez las dota de validez, los subsistemas tendrán expectativas de validez y vigencia en cuanto no contraríen y desarrollen el espíritu del Gran Todo.

Es esta la estructura condicionante de la Carta Política, que determina la validez material y formal de las leyes de orden inferior y que presenta la trascendencia del efecto de la evolución en el sistema de fuentes, y muestra el efecto y función de la Constitución en el esquema jurídico de una nación. Dicho de otro modo, la Constitución es condición de validez material y formal del orden jurídico y, por ello, cualquier verificación y examen de un cuerpo normativo -V. gr. el proceso penal- debe partir del marco conceptual que la Constitución Política le determina.

1-1-1. La constitucionalización del derecho.

En su obra ‘Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho.’, LOUIS FAVOREAU³, plantea un paralelo entre los conceptos de *legalidad* y *constitucionalidad* y, resultan interesantes los silogismos a través de los cuales desarrolla dicho paralelismo, ya que en el primero de ellos advierte que **‘En el estado legal, la constitucionalidad es un componente de la legalidad’**⁴ y al referirse al entorno de la constitucionalidad afirma: **‘En el estado de derecho, la legalidad es un componente de la constitucionalidad’**. Se observa a simple vista en dichas palabras una mutación de ópticas o puntos de apreciación en la construcción del concepto de derecho, el primero que gira en torno al imperio de la ley y el segundo que otorga preponderancia al texto constitucional. Esta conclusión se confirma con las propias palabras del autor comentado cuando refiere el ‘movimiento’ **‘...del orden jurídico al rededor de un nuevo eje -la constitucionalidad- y el abandono del antiguo eje -la legalidad-...’**⁵. Aquel contraste, entre *Estado legal* y *Estado de derecho*, más que una simple apreciación o conceptualización tiene efectos materiales cardinales, el primero de ellos concerniente a las *fuentes del derecho*: **‘...Como escribe Alessandro Pizzorusso, mientras que la ley era la ‘fuente de fuentes’, hoy ella ‘no es más que una fuente entre muchas’. En lo sucesivo, es la Constitución la que cumple con este papel, distribuyendo las competencias normativas que ahora se ejercen bajo la vigilancia del juez constitucional...’**⁶. A lo cual se suma para la Constitución una

³Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad de Aix-Marseille III (Francia).

⁴FAVOREAU, Louis, La Constitucionalización del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000, pág. 11.

⁵Ob cit., pág. 20.

⁶Ob. Cit., pág. 22.

‘...función de vehículo de valores esenciales. En efecto, en adelante es la constitucionalidad la que se considera garante del contenido esencial de los derechos fundamentales, y no la legalidad..’⁷.

En este orden de ideas, aunque en la filosofía de las revoluciones como la Francesa, se llegó a amonestar que: **‘Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene Constitución.’**⁸; o que desde 1803 en el ámbito del derecho comparado decisiones como las de *Marbury v. Madison*⁹ en los Estados Unidos, habían definido el poder subordinante de la Constitución, pareciera ser que su poder real se aceptase efectivamente sólo con la anotada evolución del sistema de fuentes, realizada desde una primacía de la legalidad a una hegemonía real del valor de la *constitucionalidad*. Y, es precisamente la línea de distinción entre el *constitucionalismo tradicional* y el *constitucionalismo moderno*, que como lo comenta GÓMEZ PAVAJEAU puede encontrar un mojón más o menos divisorio en 1945¹⁰, año que concuerda con el fin de la Segunda Guerra Mundial, pues fue en este período donde más a prueba se puso la idea de derecho en su confrontación con los conceptos de justicia y legalidad; ya que se entendió la justicia como lo dicho por la ley, y está como una manifestación del derecho y, en consecuencia se aceptó contra toda evidencia racional, una identificación entre derecho-ley-justicia. De tal modo, justo era lo dictado por la ley y por

⁷Ob. Cit., pág. 22.

⁸Declaración de los Derechos del Hombre, artículo 16.

⁹En este caso la Suprema Corte presidida por el Juez Marshall, estimó que ‘la Constitución controla cualquier acto legal que le sea repugnante y que el Legislativo no puede alterar la Constitución a través de un acto ordinario. Así las cosas, un acto legislativo contrario a la Constitución no es derecho, es inválido y, no puede ser obligatorio para las cortes...’. NEIRA MUÑOZ, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos, LEGIS, Bogotá, 2.006.

¹⁰GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2.004.

razonamientos como ese se aceptó -al menos en teoría- que leyes como las de 'solución final' eran disposiciones normativas justas¹¹.

Es así como a partir de la Segunda Guerra Mundial se vive un redimensionamiento constitucional de los derechos humanos y fundamentales. Pero, uno de los aspectos más sobresalientes en esta nueva visión de los derechos y del individuo, se encuentra en el objetivo de que los mismos tengan una garantía material efectiva y en consecuencia, instrumentos especiales de protección y definición. Así escribe por ejemplo PICÓ y JUNOY: **'...La Constitución -como destaca TROCKER- aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la postguerra. Y dentro de este orden advierte FIX ZAMUDIO- la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia...'**¹².

¹¹ Escribe Gómez Pavajeau: 'La fuente originaria del derecho es 'el espíritu popular', de esa sustancia supraindividual, y el *fûhrer*, en cuanto encarna perfectamente ese espíritu, le corresponde 'formular y promulgar el derecho que sea conforme al espíritu del pueblo en comunidad'...La ideología fascista, en su intento de superación del individualismo liberal, configura una teoría de la sociedad de carácter organicista o transpersonalista,...Se busca superar al individuo a través de supervalores jerárquicamente superiores a él...'. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en Nuevo Código Penal, Segunda parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2.004, Págs. 66, 67.

¹² PICÓ i JUNOY, Joan, Las Garantías Constitucionales del Proceso, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2.002, Pág. 18.

En consecuencia, decir constitucionalización del derecho es afirmar efectivización de las garantías fundamentales y reindivificación del individuo frente al Estado, el derecho y la justicia. De manera que el constitucionalismo moderno supera el criterio formal que regía en las Constituciones clásicas.

Y, este discurso aunque tiene su origen en el espacio europeo, no es ajeno a nuestro entorno constitucional. Precisamente, basta confrontar la Constitución Política de 1886 con la nueva y vigente Carta Política de 1991¹³. Basta con mirar la disposición de los primeros títulos de la Constitución Política de 1.886, el Título I trata sobre 'la Nación y el territorio' y en él se examinan 'La Nación. II. Soberanía. III. Límites. IV. División territorial general. V. Modo de variarla. VI. Otras divisiones.'; el Título II, 'De los habitantes: nacionales y extranjeros' y es en el Título III, donde se tiene un precario -comparado con el actual- catálogo de 'los derechos civiles y garantías sociales'. Estas particularidades en la Carta del 86 difieren con la estructura de la del 91, en la cual después de centrar los '*Principios Fundamentales*' del Estado, en el Título I, entre los cuales se '**...reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona humana...**'; inmediatamente trata en el Título II, '*De los derechos, las garantías y los deberes*' y, es a partir del Título III que trata de

¹³ Estos antecedentes son importantes además, pues como escribe GÓMEZ PAVAJEAU, '...la Carta Política de 1991 que ha bebido de las fuentes de la Carta Política Italiana de 1947, de la Carta Política Alemana de 1949 y principalmente de la Carta Política Española de 1.978, Carta Política que siguió muy de cerca las anteriores, implica que nos encontremos ubicados en estos momentos respecto al derecho en general, la filosofía del derecho y la teoría general del derecho, en el movimiento que se conoce como el constitucionalismo moderno...'. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en Nuevo Código Penal, Segunda parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2.004, pág. 30.

los Habitantes, el Territorio, etc. Visto así, el contraste entre las dos Cartas Políticas es incontestable. En la primera se observa un claro carácter estructuralista en el cual es el Estado y su conformación es lo que cobra preponderancia y allí la principal e inicial preocupación es centrar las condiciones entre las relaciones entre el Estado y los individuos -lo cual no es desacertado si se indaga en los orígenes de los textos constitucionales como una regulación inicial del poder- y, es sólo una vez dejado en claro el poder principal del Estado, cuando se entroniza el estudio de las garantías del individuo frente a dicha organización. En cambio, examinada la Carta del 91, encontramos como es la persona la que cobra preponderancia y sus derechos inalienables adquieren primacía (art. 5), de manera que la manifiesta necesidad primaria del Constituyente del 91 además de definir los principios fundantes del Estado, fue garantizar los derechos fundamentales al individuo.

En este orden de ideas, y en el mismo sentido en el contraste entre los conceptos de *legalidad* y *constitucionalidad*, planteado por LOUIS FAVOREAU, GÓMEZ PAVAJEAU llama la atención sobre un punto relevante en esta evolución del constitucionalismo formal al material, que va más allá de un simple asunto de transliteración y que se encuentra precisamente en el artículo 52 de la Constitución de 1886, que reza: **‘Las disposiciones del presente título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución.’**; lo que es el mayor ejemplo de la lectura del texto constitucional subordinado a la legislación como fuente y eje del derecho, pues para su operancia se remiten tales garantías a su incorporación a un cuerpo normativo de carácter inferior como el Código

Civil. Al respecto GÓMEZ PAVAJEAU, con abierta razón escribe: **‘...Es la mentalidad de que antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley..’**¹⁴.

Otro aspecto en esta perspectiva de constitucionalización, se encuentra en la regla del artículo 4 de la Carta de 1991: **‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.’** Por lo anterior, no puede perderse de vista que la *constitucionalización* tiene efectos importantes y serios en la realidad jurídica, que FAVOREAU define como *‘constitucionalización-juridización’* que se refiere de manera general a la total subordinación de las instituciones y las autoridades a las competencias y reglas de juego dictadas por la Carta¹⁵. También menciona la *constitucionalización-elevación’* relacionado con el cambio en el sistema de fuentes y la regulación de límites a los contenidos que el legislador desarrolla al reglamentar la Constitución por vía de las leyes¹⁶. Y, finalmente, la *‘constitucionalización-transformación’* en el aspecto de la redefinición de los derechos fundamentales y su efecto reflejo y transformador en las diferentes ramas del derecho¹⁷.

Todo lo cual se resume en las palabras de la Corte Constitucional: **‘...Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y**

¹⁴ Ob. Cit., pág. 34.

¹⁵ Ob. Cit. Pág. 53.

¹⁶ Ob. Cit., pág. 54.

¹⁷ Ob. Cit., pág. 55.

enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado...'¹⁸. Efecto que se extiende no solo al *legislador*, sino que incluye a los jueces, ya que también dice la Corte Constitucional: '**...Es pues necesario recordar que los jueces, en sus actuaciones deben evitar procesalizar la Constitución, puesto que de lo que se trata en un Estado social de derecho como el colombiano es de constitucionalizar el procedimiento, ya que ello es la consecuencia lógica de los fines y valores que consagra la Carta, y en particular de los principios relativos a la efectividad de los derechos y deberes constitucionales, al acceso a la justicia y a la prevalencia del derecho sustancial...**'¹⁹

Como se percata, al hablar de constitucionalización, se trata entonces de una postulación de la Constitución como estructura subordinante de la realidad jurídica, condicionante de la validez de normas de rango inferior y como margen de eficacia no solo formal, sino material. Tan importante es la producción del derecho como lo que éste dice, las realidades y situaciones que pretende regular y los límites a esa labor. Y, en consecuencia, es un imperativo en cualquier exploración de textos jurídicos, como el que es objeto del presente trabajo, escudriñar los límites y contenidos que la Carta

¹⁸ Sent. C-609, Nov. 13/96. Exp. 1300. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz.

Política impone al ejercicio de la facultad de administrar justicia, límites encarnados de manera particular en los derechos fundamentales y en la filosofía de principios y valores definidos en la Constitución.

1-1-2- El Estado social de derecho.

Las precisiones precedentes no son simplemente demagógicas, sino que representan el orden que el individuo y sus derechos gozan en el constitucionalismo moderno, como acápites primeros y sobresalientes de una obra que construye y determina la composición de una aspiración y proyecto llamado República, con carácter democrático, participativo y pluralista (art. 1 Const. Pol.). Este proyecto cobra su dimensión teórica plena cuando se alcance el concepto de *Estado social de derecho*. Anota FAVOREAU: **‘la constitucionalidad es más “portadora” de valores fundamentales que la legalidad, puesto que la problemática de los derechos fundamentales, que no existía antes de la guerra, transformó la organización del sistema de fuentes en una garantía para el respeto de ellos.’**²⁰. Y, una fórmula muy idónea para la garantía de los derechos fundamentales es la adopción de un modelo como el plasmado en el artículo 1 constitucional: **‘Colombia es un Estado social de derecho.’**

Sobre esta noción la Corte Constitucional ha subrayado: **‘...El artículo 1 de la Constitución Política proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, esto es, un estado democrático regulado por la ley, en el que**

¹⁹ Auto 012, marzo. 21/95, Exp. 51811, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Ibídem, Pág. 33.

priman los principios de igualdad, participación y pluralidad, y en el que el individuo se erige como epicentro de las acciones del Estado, las cuales serán legítimas en cuanto propendan por su bienestar y evolución, permitiéndole un desarrollo autónomo, singular e integral, el cual logra en la medida en que pueda, efectivamente, realizar sus derechos fundamentales...'²¹. Criterio que potencializa al individuo en sus relaciones con el Estado, ya que como advierte la Corte, en éste encuentra aquel no sólo su razón de ser, sino que es el hombre y su cúmulo de realidades, necesidades y garantías inherentes, el límite esencial de la actividad del Estado. O, dicho en palabras de la Corte, el hombre es el epicentro de la acción estatal, o mejor dicho, el *Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado*.

Este criterio de *Estado social*, avanza en el concepto de *Estado de derecho* que se basa en el apego al derecho y las reglas que otorgan seguridad jurídica. Pues, además de lo enunciado en el párrafo precedente representa una nueva óptica en el papel del Estado y sus relaciones con los individuos, pues como expone la Corte Constitucional: **'...Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y**

²¹ Sent C-220, abr. 29/97, Exp. D-1470, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales...'²².

Tanto el legislador como el administrador de justicia, tienen en su cotidiana competencia como ente regulador, el concepto de Estado social de derecho como elemento fundante del Estado, junto con su carácter democrático.

De tal modo, cobran mayor vigencia los fines esenciales del Estado referidos a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2), pues al concepto de *validez formal* de las normas jurídicas, se suma como exigencia adicional el de *eficacia material*, esto es, el cumplimiento de los fines y principios constitucionales como disfrute real y efectivo de los derechos consagrados por la Carta, que no sobra señalarlo, se logra en gran medida por la consagración de la acción de tutela. Esta superación de una concepción formal del Estado de derecho, se explica por una necesidad de acoplamiento del derecho a la realidad y a las necesidades que de ella se derivan; por esto escribe ERNESTO BENDA: **‘También bajo la democracia puede darse la injusticia sin perjuicio de respeto a las formalidades del Estado de Derecho.’²³**. Por esto, nos parece oportuna la división que el doctor BENDA hace entre *Estado formal* y *Estado material*, que sintetiza la posición relacionada con la garantía efectiva y material de los derechos fundamentales; ya que por definición y en superación al Estado de derecho, el *Estado material*, **‘...se pregunta por el contenido y la orientación de la actividad estatal. En su marco, el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados**

²² Sent. Su-747, Dic. 2/98, Exp. T152455, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³ *Ibíd*em, pág. 490.

principios o valores jurídicos superiores. El Derecho es algo más que sólo la forma en la que son declaradas como generalmente vinculantes, y, de paso, como reconocibles y calculables las decisiones adoptadas por la dirección del Estado....El Derecho contiene determinados principios fundamentales positivizados a los que todo el mundo -incluido el Estado- está sometido...²⁴. El criterio de Estado material, es fundamental en nuestra apreciación, en tanto que ‘...para el Estado de Derecho concebido en términos estrictamente *formales* carece de importancia la existencia de derechos fundamentales...²⁵, por cuanto ‘...La seguridad jurídica, es decir, la calculabilidad de la acción estatal y el respeto a las formalidades a tal fin establecidas, puede ser independiente de los mayores o menores márgenes de libertad garantizados al ciudadano..²⁶. Y, la cuestión vital del Estado social, la eficacia material y su relación con los derechos fundamentales, está dada en palabras de CONRAD HESSE en que ‘...Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana...²⁷.

De tal modo, el pensamiento de la Constitucionalización del derecho, encuentra un refuerzo paralelo en el concepto de Estado social de derecho,

²⁴ BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad- MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág.490.

²⁵ Ob. Cit., pág. 505.

²⁶ Ob. Cit., pág. 505.

²⁷ HESSE, Conrad, Significado de los Derechos Fundamentales. Manual de Derecho Constitucional, HESSE, Conrad- MAIHOFER, Werner- VOGEL, Juan J- HEYDE, Wolfgang- BENDA, Ernesto, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 89.

toda vez que este último convierte las previsiones constitucionales en un desarrollo material y efectivo. Con ello se logra que la Carta Política no solo sea reconocida como *f fuente de fuentes del derecho*, sino que se tiene la certeza de que sus principios y postulados tendrán ejecución real y material. Lo cual no deja de ser un complejo equipo de garantías, con eficacia calculable del desarrollo de los derechos fundamentales.

En síntesis, el papel de la Constitución como fuente del derecho y como regulador esencial de las competencias de las distintas ramas del derecho y el reforzamiento de este concepto con el contenido y misión del Estado social de derecho, determinan por qué este trabajo -en el que justamente se analizan las garantías fundamentales en la producción de la prueba- y cualquier otro, siempre partirá del examen que acaba de realizarse en torno al papel de la Constitución en la orientación de normas de derecho que le están subordinadas.

1-1-3- Panorama constitucional del proceso penal.

Escribe GERARDO BARBOSA CASTILLO que **‘...Los procesos penales no son otra cosa que métodos para administrar justicia, bajo el entendido de que un método, conforme a su significación usual, es el camino, valga decir, la secuencia de pasos que es aconsejable recorrer cuando se persigue un fin determinado...’**²⁸. El concepto del profesor BARBOSA nos recuerda la importante noción del contenido lógico del proceso, ya que

²⁸ BARBOSA, Castillo Gerardo, Estructura del Proceso. Estado actual de la justicia en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, Pág. 59.

precisamente hablar de *método* es reconocerlo como una secuencia lógica de actos. Visión que denota la importancia de la estructura del proceso y la calidad de acto condición que cada etapa o actuación puede tener en relación con la que le sigue²⁹.

No obstante, de lo hasta ahora tratado deducimos que el proceso penal tiene unas premisas constitucionales que determinan su validez. En consecuencia, será debido aquel proceso que cumpla las garantías constitucionales y acate los derechos fundamentales. Por lo cual, no será suficiente una secuencia formal del proceso, pues éste está sometido a una lógica material que se desprende, debe insistirse, del texto constitucional. Al cual nos referimos a continuación, sin pretender hacer un análisis pormenorizado, sino estableciendo la estructura global de los principios que orientan el panorama constitucional del proceso penal:

1-1-3-1 El debido proceso: Así las cosas, inicialmente encontramos el núcleo estructural del debido proceso en el artículo 29 constitucional: **‘El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado**

²⁹ La Corte Constitucional, anota: ‘... La vigencia de un Estado Social de Derecho impone la facultad jurisdiccional de tomar decisiones obligatorias, las cuales, para que sean aceptadas, deben adoptarse con fundamento en reglas que determinan cuales autoridades están autorizadas para tomar las decisiones obligatorias y cuales son los procedimientos para obtener una decisión judicial...’. Sent. T-416, Agosto. 12/98, Exp. T-160646. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.’. La apreciación de esta norma nos lleva a la conclusión general de que para la Administración de justicia existen límites a la persecución penal y al establecimiento de la verdad y responsabilidad de un procesado. No es gratuito entonces que el artículo 1 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia, le otorgue a ésta la misión de ‘**...hacer cumplir los derechos, obligaciones, garantías y libertades..**’ consagrados en la Constitución Política y la ley; imponiendo además como deber de los funcionarios judiciales ‘**...respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso..**’. Por esto, la Corte Constitucional señala: ‘**...El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos...**’³⁰.

En este orden de ideas, debemos recordar que dado el carácter de fuente de la Carta, las imposiciones en materia de debido proceso, se orientan no sólo al dispensador de justicia, sino también al legislador. Efectivamente el poder legislativo tiene una llamada *libertad de configuración* en materia de procedimiento penal, pero la misma no sobra señalarlo, está supeditada a las reglas constitucionales. Así lo dice la Corte Constitucional: ‘**... Bajo la**

³⁰ Sent. C-339, Agost. 1/96, Exp. D-1237, M.P. Dr. Julio Cesar Ortiz G.

vigencia del ordenamiento constitucional colombiano actual, tanto el derecho penal sustantivo como el procesal han sido constitucionalizados, y ello quiere decir que los derechos fundamentales y las garantías consagrados en la Carta Política son límites normativos que obligan aún al legislador, quien no podrá desconocerlos o suprimirlos, sea que actúe en ejercicio de su potestad para adoptar una determinada política criminal, sea que lo haga en uso de competencias de excepción..³¹.

Es evidente entonces, que el derecho fundamental al debido proceso representa un límite al ejercicio del poder castigador del Estado, en una doble dimensión dirigida tanto a la rama judicial, como al poder legislativo. Señalando para este último un marco de acción de instrumentalización de los procesos y procedimientos generales y, en particular para el juzgador detallando las formas de ejecución de los actos procesales y de modo muy especial, una lectura muy particular a las normas jurídicas procesales, que propicia una hermenéutica constitucionalizante de las mismas.

Por las anteriores razones, podemos seguir a la misma Corte Constitucional, en su definición de contenidos del derecho fundamental al *debido proceso*:
‘... 2. El debido proceso penal. El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y

³¹ Sent. T-361, Agost. 5/97. Exp. T-130694, M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran, conforme al art. 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho...³².

No es el objetivo de este trabajo realizar un tratamiento extensivo de tales garantías, pero una visión general de las mismas nos muestra como, a raíz del artículo 29 constitucional, el proceso penal tendrá una conformación mediante una norma general, impersonal y abstracta que definirá la estructura del mismo, las garantías particulares, los métodos de investigación y en general todas aquellas condiciones que adjetivasen el derecho del Estado a perseguir el delito.

Proceso que además será pronto y público. Lo primero para garantizar una definición de responsabilidades que atienda a las necesidades sociales de justicia de modo razonable; dando definición de responsabilidades que confirmen a la comunidad la vigencia de las órdenes y prohibiciones

³² Sent. T-039, Feb. 5/96. M.P. Dr. Exp. T-55257, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

normativas, pero evitando además que el acusado si eventual inocente vea agravada su situación por una tardía justicia.

También se prevé, la determinación de un funcionario con competencia previa para conocer del mismo, que con el nomen de juez natural, supera las posibilidades de jueces ad hoc o de normas de excepción, como las que permitían que los civiles fuesen juzgados por la justicia penal militar.

Y, en este orden de ideas, no hemos de olvidar la consagración de una presunción indeterminada concedida al acusado, relativa a su condición ante la sociedad y la justicia, que lo define como ajeno a responsabilidad penal, en tanto no se encuentre en su contra la prueba suficiente que comprometa su responsabilidad y sustente una sentencia de condena. Garantía fundamental que en cuanto acorde con el principio de garantía de la dignidad humana, sustrae al indiciado o imputado de intervenciones abusivas o desmedidas en su fuero interno, y que a la vez racionaliza el ejercicio de la persecución penal. No se olvide que con este fundamento, entre otros, se ha reconocido la libertad como regla general dentro del proceso penal y se han definido constitucional y legalmente unas condiciones o finalidades a las medidas privativas de la libertad.

A lo cual se suma una materialización efectiva de este derecho, con la posibilidad de reforzar la privilegiada posición dada por el constituyente (estimándolo inocente de manera general por una presunción) asumiendo

mediante la defensa material o técnica, una posición activa³³. Derecho de defensa que en el nuevo sistema acusatorio adquiere una concertación más visible, si se admite que bajo el concepto de igualdad de armas, se propicia un equilibrio entre la acusación y la defensa. En este punto es importante la íntima relación que la Corte Constitucional encuentra entre esta garantía fundamental y otras ya enunciadas en precedencia: **‘... Pues bien, del derecho a la defensa se desprende entre otros los principios del juez natural imparcial, de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra y el de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas...’**³⁴.

1-1-3-2 Reconocimiento de la Dignidad Humana (art. 1 Const. Nal):

Precisamente una Constitución de Corte antropocentrista no puede dejar de reconocer la dignidad humana como elemento fundante del Estado y con ello, irradiar el desarrollo y configuración del proceso penal. De hecho, persona y dignidad son condiciones indisolubles, como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: **‘...Este término equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal y así se convierte en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano...’**³⁵. El hombre es entonces, condición del derecho, en cuanto valor en sí mismo el individuo es el regulador esencial

³³ ‘...Parte central del debido proceso es el derecho de defensa, es decir, un conjunto de garantías, derechos y facultades suficientes para la protección..’. Sent. T-416, Agosto. 12/98, Exp. T-160646. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Sent. T-416/98.

del contenido de las normas jurídicas, por cuanto, ya se ha repetido, el derecho y el proceso tienen como límites la dignidad humana, por ello nuevamente citamos a la Corte Constitucional: **‘...la dignidad humana "es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución".**³⁶.

Así las cosas, el principio de dignidad humana, conlleva dentro del proceso constitucional evitar circunstancias que limiten o rebajen la condición del ser humano³⁷. Por ello, entre otros se proscriben los tratos crueles y penas

³⁵ Sent. T-572, Agos. 11/99. Exp. T-212055. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

³⁶ Sent. C-521, Sep. 23/98, Exp. D-1996, Antonio Barrera Carbonell.

³⁷ "Es que el concepto de **dignidad humana** no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas. En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.). La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico. Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones

inhumanas o degradantes (art. Const. Pol); se rechaza, en consecuencia la tortura y los medios ilícitos de consecución de la prueba (art. 29 Const. Pol.). Se prohíbe la pena de muerte como enunciado de trato desproporcionado y como pérdida de la condición resocializable del individuo (art. 11 Const. Pol.) Y además, se prohíben penas de destierro y prisión perpetúa (art. 34 ib.). Se evita en general que el individuo se convierta además de sujeto pasivo del poder punitivo, en instrumento de la sociedad en sus fines de persecución del delito, pues precisamente medios que atentan contra la dignidad de la persona, desconocen la condición humana.

1-1-3-3 Principio de Libertad: En el ámbito constitucional la libertad es asumida con una doble dimensión, una *positiva* referida a ‘...**la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios.**’³⁸, y otra de carácter negativo relacionada con la ‘...**proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente...**’, aspectos en que descansa según la Corte Constitucional su *núcleo esencial*. Además, es oportuno examinar como los instrumentos internacionales de derechos humanos, consagran garantías de protección al sujeto pasivo del proceso penal. Así, el artículo 1 de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, estipula que ‘**Todos los seres humanos nacen libres...**’, de modo que no sobra recordar que la libertad es inherente al ser humano y que en consecuencia cualquier injerencia en torno a ella requiere justificación legal, proporcionada y razonable. Por ello, en este orden de

de desamparo" Sent. T-572, Agos. 11/99. Exp. T-212055. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

³⁸ Sent. C-301, Agost. 2/1993, Exp. D-223. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ideas, la misma Carta de derechos humanos protege al individuo de detenciones arbitrarias (art. 9), o de injerencias arbitrarias en su vida privada y domicilio (art. 12)³⁹; igualmente el artículo 9-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estatuye la garantía de hábeas corpus⁴⁰. Garantías que se reflejan en nuestro texto constitucional en el artículo 28 y, de lo cual se subraya una estricta protección de la libertad personal, pues consagra una *cláusula de reserva* en dicha materia (arts. 28, 29, 30, 86, 87, Const. Pol.), subordinando las medidas de restricción o intervención a dichas garantías, a la decisión judicial. Lo que determina no otra cosa que una prohibición a que estas libertades sean afectadas por funcionarios distintos a los miembros de la Rama Judicial. Y, que postula condiciones especiales para validación de la orden como su carácter escrito y circunstancias previamente señaladas en la ley; existiendo no solamente una cláusula de reserva judicial, sino también legal⁴¹.

³⁹ El artículo 9-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra la protección de la libertad contra detenciones arbitrarias.

⁴⁰ Dice la Corte Constitucional: ‘... El hábeas corpus es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad - uno de los más importantes derechos fundamentales si no el primero y más fundamental de todos - y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos. Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios. La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria...’. Sent. 301, Agosto. 2/93. Exp. D-223. M.P: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴¹ ‘...El artículo 28 de la Constitución Nacional protege el derecho a la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, los cuales no pueden ser restringidos sino mediante el cumplimiento de tres exigencias a saber: 1) Que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) Que se lleve a cabo con las formalidades establecidas en la ley; y 3) que sea por motivo previamente definido por la ley. Este mandato constitucional, a diferencia del que consagraba la

De tal modo, por estas garantías, es que por ejemplo, la privación de la libertad se rodea de estrictas condiciones de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, pregona la Corte Constitucional: **‘... para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma..’**⁴²; que no son otros que la conservación de la prueba, la protección de la víctima y la comunidad y, asegurar la comparecencia al juicio. De manera, que al carácter formalista que antaño rodeaba la detención preventiva, le suple ahora una exigencia concreta que sustenta la medida en constitucionales motivos fundados. Lo que propugna como requisito sustancial de su adopción, un examen de la función de dicha medida, pues como anotan BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT: **‘...La detención y toda forma de medida de aseguramiento tan sólo puede ser el resultado de la investigación, nunca su presupuesto..’**⁴³.

1-1-3-4 Principio de Igualdad: El artículo 13 Constitucional pregona la igualdad ante la ley y de trato; que en materia constitucional implica la

Constitución de 1886 (art. 23), restringió la competencia de las autoridades para aprehender a una persona o registrar domicilios, dejando esta tarea en cabeza exclusiva de las autoridades judiciales, las cuales deben expedir una orden escrita en la que se disponga tales medidas. Quiere ello decir que a las autoridades administrativas se les privó de la facultad de llevar a cabo la detención de personas o el registro de domicilios, sin orden previa de la autoridad judicial competente.”. Sent. C-179, Nov. 13/94, Exp. P.E. 002, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴² Sent. C-774 Jul. 25/01, Exp. D-3271, M.P: DR. Rodrigo Escobar Gil.

existencia de un doble criterio de apreciación de la igualdad. Pues, por una parte se trata de la proscripción de todo tipo de discriminación. En este sentido, la libertad es una garantía clásica concepto que se aprecia en instrumentos como la *Declaración de los derechos del hombre de 1.793*, según la cual la igualdad es un *derecho natural e imprescriptible* del hombre (arts. 1 y 2). Así, ha dicho la Corte Constitucional que: **‘...Se entiende por igualdad, como ya lo ha manifestado esta Corporación, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad... De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación....’⁴⁴.**

La anterior noción representa una derogación de privilegios, entendidos éstos, como beneficios excluyentes en favor de unos cuantos. Sin embargo, una de las acepciones más importantes de la igualdad es la *diferenciación*. Ya que, si la garantía se ve orientada por una finalidad de la justicia, esta última no se satisface si la igualdad se obtiene de una forma casi matemática, entendida con un criterio formal de identidad⁴⁵. Por ello, la

⁴³ BERNAL CUELLAR, Jaime, MONTEALEGRE LINETT, Eduardo. El Proceso Penal, Tomo I: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.004, Pág. 52.

⁴⁴ Sent. C-351, Agosto 9/95. Exp. D-828. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁵“...En cuanto toca con el argumento de la supuesta discriminación, ésta se presenta en sentido jurídico, cuando a un ente se le niega una cualidad debida en

Corte Constitucional, señala: **‘...según la justicia distributiva, es equitativo no otorgar el mismo derecho a personas que no están en condiciones iguales...’**⁴⁶, razón por la cual se pueden adoptar medidas promocionales de la igualdad real y efectiva y, otorgar trato diferenciado a individuos en condiciones de debilidad (art. 13 Const. Pol.).

El panorama anterior se torna más estricto en el ámbito del proceso penal, ya que el test de ponderación de trato diferenciado en esta materia debe ser estricto, según lo anota la Corte Constitucional⁴⁷. Así la libertad de configuración en materia de proceso penal y el examen de las garantías abstractas y concretas a su interior, se torna más exigente, pues la Carta ha adoptado un **‘...juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio y con todas las garantías..’** (art. 250-4), lo cual es, en el aspecto que analizamos, postulante del principio de *igualdad de armas*, entre investigador y procesado y que determina en principio, que se supera la situación de primacía que ostentaba la Fiscalía General de la Nación,

justicia. Por ello Aristóteles hablaba de lo justo como igual, y de la discriminación como uno de los sinónimos de injusticia. No es la diferencia, tampoco la distinción, lo que configura la discriminación, sino la negación de un bien que es debido. Lo contrario a la igualdad es así la discriminación, la cual podría concebirse como la falta de proporcionalidad dentro de un ordenamiento jurídico, o la negación de lo debido en justicia, mediante vías de hecho. De lo anterior, se deduce que existen dos clases de discriminación, la legal -caso de las leyes injustas-, o la de hecho, es decir, la que contraría el orden legal preestablecido...”. Sent. C-351, Agosto 9/95. Exp. D-828. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁶ Sent. C-02, En. 22/98, Exp. D-1680. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

⁴⁷ ‘...Existe pues, una máxima específica de igualdad en materia penal, procesal y de acceso a la justicia, razón por lo cual el control constitucional respecto de las diferencias de trato establecidas en estos asuntos... debe ser más estricto que el control ordinario para las regulaciones legales en otros ámbitos. Esto, si bien no significa que el legislador se encuentre imperativamente atado a disponer consecuencias idénticas para los diferentes sujetos procesales,... sí exige un

como titular de una etapa procesal conocida como instrucción. Siendo esto así y adquiriendo el proceso penal un carácter contradictorio (adversarial), es una premisa que **‘...en el proceso adversativo es necesario que los adversarios se encuentren en pie de igualdad...’**⁴⁸, lo que en la práctica se traduce como veremos más adelante en la restricción de ciertas facultades del ente investigador, en la consagración de igualdad de oportunidades en el aporte de evidencias físicas y elementos materiales probatorios y en general, en la construcción del proceso penal como un debate discursivo entre sujetos con igual facultad de argumentación y apoyo material a dicho discurso.

1-1-3-5 Prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 Cons. Nal.): Dice la Constitución Nacional que en los procesos ‘prevalecerá el derecho sustancial.’. Enunciado que abiertamente reconoce la vigencia material del derecho y su orientación por el valor primordial de la esencia y lo sustantivo, que supera la simple conformación con la apariencia formal. Lo cual no implica pregonar la inexistencia o ineficacia de las formas procesales, pero sí que un proceso debido no sólo será el que simplemente acate la forma, sino el que además consulte la filosofía, finalidad y contenido de las garantías fundamentales⁴⁹. Este mandato es dirigido por el artículo 228 a los jueces

mínimo de coherencia en el diseño y aplicación de las herramientas procesales....’. Sent. C-1112, Agosto. 24/2000, Exp. D-2832. M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁸ BERNAL CUELLAR, Jaime, MONTEALEGRE LINETT, Eduardo. El Proceso Penal, Tomo I: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.004, Pág.

⁴⁹ ‘...El juicio es propiamente acto del juez en cuanto juez; por eso se le llama *ask*, pues juez significa ‘el que decide conforme al ius’. Y el derecho es objeto de la justicia, por tanto el juicio, de acuerdo con la definición del término, corresponde siempre a lo justo y *ask* el juicio, que se refiere a la determinación recta de lo que es justo, pertenece propiamente a la justicia. Por eso dice Aristóteles en la *Ética*,

por lo cual, puede ser estimado como un principio de interpretación y como modulador de la actividad judicial. De tal modo, escribe la Corte Constitucional: **‘...La constitucionalización del principio de prevalencia del derecho sustancial se proyecta sobre el ámbito de las regulaciones procesales para adecuarlas a la defensa de la ley y de los derechos, y a la búsqueda de la vigencia de un orden justo, objetivos supremos consagrados en el Estatuto Superior...’**⁵⁰.

1-1-3-6 Principio Acusatorio (art. 250 Const. Nal.). Ya se había comentado que el sistema procesal adoptado por la Carta, corresponde a un juicio oral, regido por los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad. Aspecto que se desarrollará con más detalle líneas adelante, pero que se advierte desde ya, implica que tanto el legislador como el juzgador, están regidos por esta estructura del proceso. De manera que la definición de los diversos procedimientos y trámites y la lectura y hermenéutica de las garantías y libertades, se verán limitadas por la coherencia lógica del sistema adoptado por la Constitución.

Lo visto en precedencia nos muestra como el proceso penal estará sometido a la inspiración permanente de la Constitución, sea en materia de la actividad legislativa o en el ejercicio de la administración de justicia. Principios y reglas a las que se suma un entramado complejo en materia de

libro V, capítulo 4 ‘Los hombres acuden al juez como a la justicia viviente’”Sent. T-158/93. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz. TUTELA, LEGIS, No., 28, pío. 826.

1

2

⁵⁰ Sent. C-586, Nov. 12/92, Exp. D-053. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

derechos humanos que encuentra pertinencia en virtud del artículo 93 de la Carta. Siendo válida la apreciación de PICÓ I JUNOI: **‘...el problema del proceso no sólo hace referencia a su ser, es decir, a su concreta organización según las leyes de enjuiciamiento, sino también a su *deber ser*, es decir, a la conformidad de su regulación positiva con las previsiones constitucionales....’**⁵¹.

1-2- Perfil sistema acusatorio:

Tradicionalmente se ha hecho una distinción entre los sistemas *inquisitivo* y *acusatorio*, no obstante es bien conocida también la imposibilidad de afirmar la existencia de sistemas absolutamente puros, en los que no se encuentre aunque sea levemente, algún vestigio de su antónimo; tanto así que no es raro hallar a cada sistema precedido del adjetivo ‘tendencia’. Empero, el fin del proceso penal se puede alcanzar en cualquiera de dichas formas⁵², no obstante los ámbitos particulares si son bien diferentes, lo mismo que el contenido práctico de diversas garantías, pues ninguno se caracteriza por ser más o menos garantista (en el marco de la Constitución ambos deberían serlo), sino por el ejercicio material de las facultades y derechos⁵³. No

⁵¹ Joan Picó i Junoi. Las Garantías Constitucionales del Proceso. JM Bosch. Barcelona 2.002. Pág. 39.

⁵² ‘Fin del proceso penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución’. ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Sistema Penal, Edit. J.M. Bosch, Zaragoza, 2.003. Pág. 21.

⁵³ Así por ejemplo, DARIO BAZZANI MONTOYA, señala que: ‘...en el sistema inquisitivo el contenido del derecho de contradicción es formal mientras que en el sistema de tendencia acusatoria el contenido es material...’. Algunas Consideraciones en relación con la estructura constitucional del proceso penal en Colombia. Estado Actual de la justicia colombiana. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, Pág. 65.

obstante, como resaltan BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT en referencia a CARRARA, históricamente el proceso inquisitivo se ha caracterizado por las facultades dispositivas probatorias del juez (pruebas oficiosas), con lo cual éste, no es árbitro sino órgano de la prueba; también por el contenido escrito de las actuaciones, la prisión preventiva del procesado y la falta de continuidad de los actos, aspectos reservados del proceso⁵⁴, a las cuales se suele agregar la identidad entre el acusador y el juzgador⁵⁵.

Por su parte, el sistema acusatorio, según los citados autores es señalado por su publicidad, la libertad como regla general, la no actividad probatoria del juez (distinta a la valoración), paridad en la contradicción y continuidad del procedimiento⁵⁶. Al igual que en el anterior, en este sistema tradicionalmente se suma por oposición, la concepción de la separación entre el ente acusador y quien juzga la responsabilidad⁵⁷.

Empero, para efectos de este proyecto, nos parece pertinente resaltar que existen verdaderos elementos sustanciales a un sistema acusatorio y otros

⁵⁴ Ob. Cit., pág. 116.

⁵⁵ Respecto del sistema inquisitivo ROXIN, escribe: '...el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena' ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 86. Noción no exagerada en nuestro contexto si se tiene en cuenta que en la etapa del juicio el juez también tenía en la ley 600 facultades instructivas.

⁵⁶ Ib.

⁵⁷ '...La otra posibilidad consiste en conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como *proceso acusatorio*, por tanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que juez y acusador no son la misma persona. Esto sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función en dos autoridades estatales distintas -una autoridad de acusación y el tribunal-.'. ROXIN CLAUD, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, Pág. 86.

que son comunes a ambos modelos. Y, empezar resaltando como anota TERESA ARMENTA DEU que la esencia del sistema de tendencia acusatoria: ‘... reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación ente quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa..’⁵⁸. Así, se hace énfasis más que en la separación de funciones (aunque también es primordial), en la exigencia de una acusación que de inicio al juicio, de lo cual según ARMENTA DEU se concluye explícitamente ‘...que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquel que juzgará..’⁵⁹. Con lo cual, interpretando a ARMENTA se quiere significar que es la existencia de un acto autónomo de instrucción llamado *acusación*, lo que reclama un órgano autónomo de decisión o aporte correspondiente al fiscal o acusador.

En este orden de ideas, ARMENTA DEU expone como esenciales al sistema acusatorio los principios de *igualdad, audiencia o contradicción, defensa (sus garantías) y acusatorio*. Es importante aclarar que dentro del *principio acusatorio* la autora citada considera *la necesidad de existencia de la acusación, correlación entre acusación y sentencia (congruencia) y la prohibición de reformatio in pejus*⁶⁰. Esta concepción es oportuna en cuanto denota que son ciertas características peculiares o precisas las que definen un sistema o una tendencia particular.

De tal forma, el ***principio de igualdad***, entendido como igualdad de armas, se centra en la concepción de acusador e investigado, como dos extremos

⁵⁸ Ob. Cit., pág. 31.

⁵⁹ Ib.

⁶⁰ ARMENTA, Deu Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2.004, pág. 37.

de un acto (acusación) dotados de similares condiciones de actuación. O, dicho de otro modo, despojados de la posibilidad de preeminencia o de verse sometidos a algún grado de posición desmejorada. En consecuencia, cualquier situación de preeminencia o trato irrazonablemente beneficioso para alguna de las partes, afecta el equilibrio de la actuación y distorsiona el sistema; por ejemplo, la concesión de oportunidades probatorias extemporáneas, extensión de términos, adopción de trámites, etc. que no consulten a la otra parte. Y, en general, postula este principio por la igualdad en el acopio, manejo y aporte de evidencias, así como en la disposición de medios técnicos y especializados que sean requeridos; de modo que se prevenga -al menos en aspiración- que la razón la tenga solo quien posea las capacidades económicas.

El principio de ***audiencia o contradicción***, en esta materia es conveniente recordar que el modelo acusatorio ‘...se basa en la construcción de la verdad. Las partes llegan al juicio con visiones de la realidad, y será la confrontación entre tales visiones la que determine lo que se considera verdadero...’. Es la manifestación clara de que el proceso penal de tendencia acusatoria, es un *sistema de partes*, las cuales traban un debate en torno a los extremos de la acusación, controversia que es coordinada por el juez como tercero imparcial. De modo que, según este principio es un componente del sistema que el acusado sea escuchado, en medio de un discurso de carácter adversarial⁶¹.

⁶¹ ‘El modelo adversativo demanda una participación activa de las partes. El fiscal o quien ejerza las funciones de acusación, no está obligado a una investigación integral (aunque si a descubrir la prueba favorable), sino que se limita a presentar, como se ha indicado, una versión de los hechos. La contraparte, por su lado, ha de ofrecer elementos de juicio que sustente su postura...’. BERNAL, Cuellar Jaime-MONTEALEGRE, Lynett Eduardo, Ob. Cit., Pág. 135.

En cuanto al principio de **defensa**, que opera en cualquier sistema como principio general del debido proceso, en el sistema acusatorio, se refiere al énfasis de *ciertas garantías*. Inicialmente, la defensa concreta un aspecto del principio de contradicción, pues además de éste, en sede del principio de igualdad, es menester que la controversia se centre entre sujetos igualmente dotados del conocimiento del derecho. Por tanto, la misma puede asumirse en una *faceta positiva*⁶², dotada de una permisión de protagonismo procesal al acusado y su representante o, desde una *faceta negativa*, relacionado con la prohibición de auto incriminación⁶³, lo que en nuestro medio se conoce como la defensa técnica, material y de carácter permanente. Por ende, resulta obvio que dentro de este principio se cuentan garantías fundamentales como son el *conocimiento de la imputación y acusación*, lo cual permite la adopción de estrategias defensivas y una manifestación informada respecto a la atribución de responsabilidad; lo mismo que el ejercicio de la defensa material y técnica; la concesión de condiciones de preparación del caso y oportunidades probatorias.

Finalmente, el principio **acusatorio**, descansa sobre un razonamiento básico '**...no hay proceso sin acusación, y esto, si bien se piensa, comprende que, quien acusa no puede juzgar..**'⁶⁴. La actuación se torna entonces, igualitaria y adversativa, en cuanto -pese a lo obvio- el juez no es fiscal, y el legislador no le otorga a éste facultades propias del juez. Así, el Fiscal no es titular de una etapa, sino responsable de un acto procesal de promoción del juicio, esto es, la acusación. Y, dentro del juicio sigue siendo responsable de sostener la acusación, con la discusión y convencimiento de las evidencias

⁶² ARMENTA, Deu Teresa. Lecciones... pág. 48.

⁶³ Ib.

materiales aportadas para tal fin. Su importancia se centra en la determinación del debate probatorio, de los medios que por su pertinencia serán admitidos. Aspectos que condicionan la competencia decisoria del juez en un marco de congruencia y, a la vez delimitan las facultades del fallador de segunda instancia. En consecuencia, 'la *acusación es presupuesto del juicio y de la condena*⁶⁵.

1-2-1 Modelos acusatorios. Norteamericano y Continental Europeo.

Tradicionalmente, los dos bloques de modelo acusatorio son el anglosajón y el continental europeo.

1-2-1-1 Modelo acusatorio norteamericano:

Para este trabajo podemos citar como ejemplo del sistema anglosajón el sistema norteamericano (aunque el sistema inglés tiene algunas diferencias). Enunciando de manera general las garantías en materia criminal de la Constitución de los Estados Unidos, podemos apreciar un conjunto de particularidades de dicho sistema: Por la Enmienda cuarta: tenemos protección contra arrestos e incautaciones irrazonables, así como la regla de exclusión de evidencia obtenida ilegalmente. Por la Enmienda Quinta: Encontramos protección contra la doble exposición (no ser juzgado dos veces), privilegio contra la autoincriminación y justa compensación. Por la

⁶⁴ ARMENTA, Deu Teresa, Lecciones...pág. 55.

⁶⁵ ARMENTA, Deu Teresa, Lecciones...pág. 56

Enmienda Sexta: derechos a juicio rápido, juicio público, juicio por jurado, confrontación, comparecencia compulsoria de testigos de defensa, asistencia de abogado. Por la Enmienda Octava: Protección contra fianzas y multas excesivas y protección contra castigo cruel e inusitado⁶⁶.

En este modelo el Fiscal hace parte de la rama ejecutiva⁶⁷. Lo cual como veremos más adelante da cierto margen 'político' (de conveniencia, de recursos, etc.) a la decisión de acusar, así como la posibilidad de negociaciones con el procesado. Así, la Fiscalía puede realizar acuerdos⁶⁸; entre los cuales cabe entre otros asegurar inmunidad al testigo (lo que recuerda el carácter discrecional de la acusación), esto es '**...una garantía de que nada de lo que diga perjudicial en cuanto a responsabilidad criminal, podrá ser utilizado en su contra, directa o indirectamente..**'⁶⁹. En cualquiera de sus formas aceptadas, esto es, '*inmunidad de uso derivativo*', por la cual no se podrá usar en el procedimiento ninguna

⁶⁶CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, pág. 32.

⁶⁷ En el caso *Facility V. Rockefeller* de 1973, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, expresó: '...el fiscal es un miembro del poder ejecutivo y, en tal calidad decide, en forma discrecional, sobre cuales delitos ejercerá sus facultades de persecución penal; por tanto las cortes (poder judicial) no pueden interferir con el libre ejercicio de poderes discrecionales de los fiscales de los Estados Unidos...'. NEIRA, Muñoz, Orlando, Ob. Cit. Pág. 198.

⁶⁸ '...Hay un acuerdo muy general en señalar que, de los casos penales, menos de un 10% llega a juicio, mientras que un 90% se soluciona a través de negociaciones, de acuerdos entre fiscalía y acusado, que luego son sometidos a la aprobación judicial, La negociación de penas no es, pues, una especie de terminación anormal del proceso penal: es la justicia penal misma en Estados Unidos....' MUÑOZ, Neira Orlando, Sistema penal acusatorio de Estados Unidos, Primera Edición, Edit. LEGIS, Bogotá., 2.006, pág. 211.

⁶⁹ CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, pág. 143.

evidencia que se vincule con lo declarado por el testigo⁷⁰; o la conocida como *inmunidad transaccional*, por la cual además de lo anterior, se protege contra cualquier proceso relacionado con el contenido del testimonio incriminatorio⁷¹.

También, existe cierto campo de discrecionalidad en la materia y cantidad de los cargos formulados⁷², así en el caso *Bordenkircher V. Hayes* de 1.978, la Suprema Corte expresó: **‘...En tanto el fiscal tenga causa probable para creer que el acusado cometió una ofensa definida por un estatuto, la decisión de acusar o no, y el cargo o cargos a imputar o presentar delante de un gran jurado, en forma general reposa, enteramente, en su discreción...’**⁷³.

Encontramos la existencia del conocido *principio de oportunidad* que en los Estados Unidos es mejor conocido como *discreción del acusador* (Prosecutorial Discretion)⁷⁴; que se justifica por la limitación de los recursos del Estado para la persecución penal, por lo cual esta debe guiarse por criterios de selección en cuanto a la gravedad y soporte probatorio a la acusación. Así en el sistema acusatorio norteamericano el fiscal tiene la

⁷⁰ CHIESA, Aponte Ernesto L, Ob. Cit. Pág., 147.

⁷¹ CHIESA, Aponte Ernesto L, Ob. Cit. Pág., 147.

⁷² ‘...la razón de esta facultad en manos del fiscal estriba en la técnica legislativa, que en Estados Unidos, diseña los delitos con descripciones muy amplias con el deliberado propósito de que, a la hora de buscar aplicación de la justicia, el fiscal no quede amarrado a los meollos de los detalles olvidados que terminan por dejar sin punición lo que precisamente intentaba sancionar el legislador.’ NEIRA, Muñoz Orlando, Ob. Cit. Pág. 219.

⁷³ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 205.

⁷⁴ NEIRA, Muñoz Orlando, Ob. Cit. Pág. 179.

discrecionalidad de no acusar, la cual tiene un amplio respaldo y reconocimiento judicial, así en el caso *Facility v. Rockefeller*, la Corte de Distrito, manifestó: ‘**...Si las cortes de este país tuvieran la facultad de revisar las decisiones de los fiscales, de qué casos merecen acusación y cuáles no, los jueces se volverían super fiscales, fuera de que no existe norma alguna que defina los estándares de tal revisión...**’⁷⁵.

Pero, también tiene el fiscal una *discrecionalidad selectiva*, esto es, determinando a quiénes de los autores de una conducta hará sufrir la acusación. Lo cual dependerá entre otros, de la fortaleza del caso, el valor disuasivo de la acusación, las prioridades del Gobierno, la relación del asunto con el plan general del gobierno en materia de aplicación de la ley, etc⁷⁶. Lo cual denota que la acusación si es acto voluntario del fiscal y la correspondencia del poder ejecutivo de dicho funcionario; pues la doctrina descrita como se observa, descansa en un estricto criterio de separación de poderes y respeto a las decisiones de otra de las ramas que lo conforman; aspecto que no se estimaría si el Fiscal, como en nuestro proceso, fuese parte de la Rama Judicial.

Otra característica del sistema norteamericano se encuentra en las órdenes de captura emitidas por el Juez. Derecho que se desprende de la Enmienda Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos, y que es ‘**la base constitucional para la protección contra todo tipo de detención personal (arresto u otra clase de intervención con la libertad de movimiento) y registros e incautaciones del hogar, vehículos, efectos**

⁷⁵ NEIRA, Muñoz Orlando, Ob. Cit. Pág. 198.

⁷⁶ Caso *Bordenkircher V Hayes*, NEIRA, Muñoz Orlando, Ob. Cit. Pág. 205.

personales o cualquier propiedad o lugar sobre la que el ciudadano tenga algún tipo de expectativa razonable en cuanto a intimidad..⁷⁷. No obstante, como lo señala CHIESA APONTE, esta Enmienda no prohíbe el registro o arresto sin orden judicial, sino que controla que éstos no sean irrazonables, y ha sido la jurisprudencia la que ha establecido la exigencia de orden judicial y un rechazo cuando esta no corresponde a una causa probable⁷⁸.

Por tanto, el sistema acusatorio comentado se rige por la regla de exclusión, como soporte de la protección contra detenciones, registros e incautaciones irrazonables. Por ahora, anotemos que en dicho sistema la misma está basada **‘...totalmente en consideraciones de política pública (policy en la zona de justicia criminal), sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento intrínseco desde el punto de vista del fin de derecho probatorio: la búsqueda de la verdad..**⁷⁹.

Según lo visto en precedencia, este sistema es de contenido adversarial, es el Fiscal el titular de la acusación y, como se anotó tiene discrecionalidad en cuanto a su formulación, por razones que no son cuestionables ante el poder judicial. En este punto, nos parece oportuna y acogible la distinción que ORLANDO MUÑOZ NEIRA, hace entre los conceptos de adversatorio y acusatorio. Por el primero, recuerda que **‘...significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y**

⁷⁷ CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 280.

⁷⁸ Ob. Cit. Pág. 281.

⁷⁹ CHIESA, Aponte Ernesto L, Ob. Cit. Pág. 284.

determinar la argumentación pertinente es de las partes adversatarias...La evidencia es presentada en una audiencia concentrada entre el juez y el jurado, ninguno de los cuales ha tenido previo conocimiento de ella...Dado que la partes contendientes desarrollan la evidencia, existe un fuerte énfasis en la presentación oral en el juicio de tal modo que el juez y el jurado puedan juzgar los méritos de las pruebas de primera mano...⁸⁰. De manera que el carácter adversatorio en este sistema se denota por la controversia en cuanto a los hechos del caso, la presentación de la evidencia y las argumentaciones que sustentan las posiciones de dos partes, que presentan su caso ante un juez y un jurado.

Al concepto anterior, se muestra como complementario el de ser acusatorio, esto es, la obligación de probar la responsabilidad penal, radicada en cabeza del Fiscal. Donde cobra vigencia la obligación para la Fiscalía de descubrir la evidencia de descargo que tenga en su poder, sin que esto la obligue a conseguir prueba en dicho sentido.

Por otra parte, en cuanto a los aspectos procesales tenemos que: El proceso tiene una fase *investigativa, la acusación y el juicio*. Es en la fase ***investigativa*** donde una vez *reportado el crimen*, se realizan investigaciones tendientes al ***arresto***, a efectos de adquirir una *base razonable* para el mismo⁸¹. Como habíamos anotado en precedencia, la protección constitucional está referida a detenciones irrazonables por ello, en principio dentro de la investigación el arresto no requiere la orden si la policía

⁸⁰ Ob. Cit, pág. 128.

⁸¹ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 136, 137, 138.

tiene *causa probable*, por ello además de los casos de flagrancia se prevén situaciones que propician el arresto por las autoridades de policía como la de la Sección 15 del Capítulo 901 del título 37 del Código del Estado de Florida, que permite el arresto entre otros, cuando ‘...**un delito ha sido cometido y el funcionario razonablemente cree que esa persona lo ha cometido.**’⁸².

Debe señalarse que en todo caso cuando la captura se ha verificado sin orden judicial, existe el control de la llamada *audiencia Gerstein*, dentro de la cual se revisa que la detención esté apoyada en una causa probable, esto es, aquella *en la cual un hombre prudente pudiera concluir que el capturado ha cometido una conducta punible*. Del arresto se dará reporte a los superiores del funcionario que realiza la detención y será revisado por el fiscal, quien decidirá si dentro las 24 y 48 horas siguientes (según la jurisdicción) presenta unos cargos ante un magistrado, es decir, realiza ***imputación***⁸³; es esta la primera comparecencia ante el magistrado (first appearance), y en ella se verifica la identidad del procesado, se precisan los cargos de la imputación y de manera muy especial se examina la posibilidad de fijar una fianza como garantía de libertad del procesado⁸⁴.

Realizados los trámites pertinentes, se verifica la ***acusación***, término bajo el cual se distinguen o bien la ***acusación del Gran Jurado (Indictment)*** o la ***information (información o acusación) del Fiscal***. En el Indictment el Fiscal tras discutir ante el Gran Jurado la existencia de una causa probable para acusar, presenta al mismo un proyecto de acusación que será o no aprobado por el Gran Jurado, quien rubricará la acusación. Por el contrario,

⁸² MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 140.

⁸³ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 144.

en la justicia estatal la acusación se realiza por información (acusación) del Fiscal la cual está sometida a la audiencia preliminar o control de causa probable, de carácter adversarial (a diferencia del Indictment) en la cual el magistrado examinará la existencia de la causa probable⁸⁵

Posteriormente, el escrito de acusación es presentado en la secretaría de la Corte competente, donde se señalará fecha para la **lectura de la acusación (arraignment)**, en dicha audiencia pública, se preguntará al acusado sobre su declaración de responsabilidad; si el acusado se declara responsable se proferirá sentencia; en caso contrario se fijará fecha para el juicio. No obstante, antes de la realización del juicio se prevé la posibilidad de la formulación de diversas mociones, partiendo desde la llamada *nolle prosequi* según la cual, con datos nuevos el Fiscal decide no proseguir con la acusación, hasta las referidas a defectos procesales, irregularidades en la acusación, descubrimiento o exclusión de evidencia⁸⁶. Otra de las cuestiones preliminares al juicio será la *selección del jurado (voir dire)*⁸⁷.

Tras las actuaciones enunciadas en precedencia, inicia la etapa crucial del proceso que es el **juicio**. En éste, se dan instrucciones al jurado, se hace una exposición inicial del caso (opening statements), se practican las pruebas, posteriormente se hacen instrucciones finales al jurado en cuanto al veredicto y las partes presentan sus alegatos de conclusión. El jurado dará su veredicto tras deliberar en secreto y el Juez señalará la respectiva pena en caso de ser declarado culpable el procesado⁸⁸.

⁸⁴ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 150.

⁸⁵ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Págs. 157, 158.

⁸⁶ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 162.

⁸⁷ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Pág. 163.

⁸⁸ MUÑOZ, Neira Orlando, Ob. Cit. Págs. 163 a 169.

Finalmente, como se desprende de lo visto podemos caracterizar este sistema, con la generalización de la discrecionalidad u oportunidad en la acusación. Lo cual no sucede como veremos en el sistema continental europeo.

1-2-1-2 Modelo acusatorio Continental Europeo:

En este sistema, podemos enunciar como introducción la vocación de primacía del *principio de legalidad*, tanto así que la discrecionalidad u oportunidad en la acusación ha sido considerada como **‘...antítesis teórica de la legalidad... que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible...’**⁸⁹. Por ello, aunque existen algunas excepciones expresas a la obligatoriedad de la acusación, la regla general es despojar al fiscal de tal discrecionalidad, por cuanto se considera en este modelo que **‘...la democracia, el Estado de derecho, el principio de certeza y también el principio de igualdad, exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho penal y que no deje a cargo de las autoridades de la persecución penal la decisión de quién debe ser castigado en el caso concreto...’**⁹⁰. De tal modo, por ejemplo, en España se habla de la vigencia de una oportunidad reglada, en tanto se

⁸⁹ ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 89.

⁹⁰ ROXIN CLAUS, Ob. Cit. Pág. 89.

revisa el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y se encuentra que el artículo 6 consagra el principio de legalidad⁹¹.

En cuanto al órgano de acusación, el Fiscal hace parte de la Rama Judicial, tal como sucede en España, donde se atribuye a la instrucción una naturaleza procesal. Así, la ley 50 de 1.981 que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, prevé en su artículo 2-1 que el Ministerio Fiscal estará **‘...integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial..’** y, dispone la misma ley que será nombrado **‘...por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial..’** (art. 9.1). Cuestión diferente sucede en Alemania, donde a pesar de ser una **‘autoridad de justicia’**⁹², escribe ROXIN que no puede equipararse ni al ejecutivo ni al juez⁹³, ya que **‘...está privada de la tarea específicamente judicial de dictar decisiones que alcancen la autoridad de cosa juzgada...’**⁹⁴; pero al mismo tiempo sus decisiones están orientadas por el apego a valores jurídicos, más que a cuestiones de tipo administrativo o político⁹⁵.

Por otra parte, dada la variedad de sistemas procesales que pueden identificarse como parte de este modelo continental, en el papel de la

⁹¹ ‘Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto.’.
www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/eomf.htm

⁹² ROXIN CLAUS, Ob. Cit. Pág. 53.

⁹³ Ob. Cit., pág. 53.

⁹⁴ Ib.

⁹⁵ Ib.

Fiscalía se notan ciertas peculiaridades. Así por ejemplo, en el sistema procesal penal alemán, el cumplimiento de la ejecución de la pena es competencia de la Fiscalía, según la Ley de Introducción al Código Penal y la Ley sobre la Administración de Justicia⁹⁶. La detención en algunos sistemas, puede ser ordenada por el Fiscal, tal el caso de España, donde en atención al artículo 4.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E. Crim.), el Fiscal podrá ordenar la detención preventiva, o Alemania donde podrá ordenar detenciones provisionales⁹⁷.

También, existe diferenciación entre funciones de acusación y juzgamiento. Aclarándose que en modelos como el español, existe un juez de instrucción, encargado de conformar el sumario⁹⁸ (art. 303 LE. Crim). Así una vez el Juez de Instrucción estime completado el sumario a petición del Ministerio Fiscal, lo declarará terminado y remitirá la actuación al Tribunal competente (art. 622 LE. Crim), para que el Tribunal acuerde la apertura de juicio oral (art. 633 LE. Crim), en este caso se pedirá al fiscal que califique los hechos (art. 649 ib), acto que cumplido inicia una etapa de publicidad del proceso, y que obliga ser informado a los procesados (art. 652), para que **‘manifiesten también, por conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación que a ellos se refiera, si están o no conformes con cada una, o en otro caso consignen los puntos de divergencia.’** (ib). Entonces, existe una forma adversarial, en que dos partes (Ministerio Público-acusado) debaten sobre la responsabilidad.

⁹⁶ Ob. Cit., pág. 502.

⁹⁷ CLAUS, Roxín, Ob. Cit. Pág. 52.

⁹⁸ ‘Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.’ (Art. 299. L.E. Crim).

En este modelo, distinto al acusatorio anglosajón (donde esta garantía llega hasta el descubrimiento), se debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, así por ejemplo la L.E. Crim. dice: **‘...Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor...’** (art. 2). Con lo cual, distinto a lo que considera ROXIN⁹⁹ en este aspecto, no creemos que se desvirtúe el sistema de partes, en tanto que una de las obligaciones del Fiscal continúa siendo la de sostener la acusación, en contraposición a la posición de exoneración del procesado.

1-2-2 Panorama acusatorio del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

El acto Legislativo 03 de 2002, introduce modificaciones a los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, incorporando una serie de modificaciones al procedimiento penal y adoptando un mayor acercamiento a la tendencia acusatoria.

Para empezar podemos hacer énfasis en la oficialidad y obligatoriedad de la investigación penal, ya que contrario a lo que sucede en el modelo Anglosajón (orientado por la discrecionalidad o la oportunidad amplia), desde el propio texto constitucional encontramos el carácter imperativo de la

⁹⁹ ‘El fiscal del proceso penal alemán no es ‘parte’. Por ello, no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar también las circunstancias que le sirvan de descargo....’. Ob. Cit. Pág. 53.

acción penal: **‘La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal..No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución de la acción penal...’** (art. 250 C. P) y, es solo con criterio exceptivo que la Fiscalía puede sustraerse a estas obligaciones: **‘...salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías...’** (ib.). Se trata sin duda de una innovación en nuestro sistema jurídico, pero en la ponderación entre el principio de legalidad que es regla en nuestro sistema y el de oportunidad que es la excepción, existe una supeditación al primero bajo la descripción de causales legales (arts. 322, 323, 324 C.P.P.) y con control del juez de garantías (art. 326 C.P.P.), contrario al caso Anglosajón donde como anotamos a los jueces les está vedada dicha intromisión.

Además, debemos considerar que en nuestro sistema la Fiscalía hace parte de la Rama Judicial, nota que no se advierte en el sistema Anglosajón. En este orden de ideas, nuestro sistema garantiza la separación entre investigador y acusador al consagrar que la Fiscalía presentará el escrito de acusación ante el juez de conocimiento (art. 250-4). Escrito de acusación que dará inicio al juicio contradictorio. De tal modo, con la reforma al artículo 250 constitucional, las funciones propias de la Fiscalía cambiaron considerablemente. Puesto que, si observamos el artículo 250-1 le restringe la posibilidad de adoptar medidas restrictivas de la libertad personal, centrando su facultad en solicitar al Juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento. Control que también es exigido

en cuanto a las órdenes que de el Fiscal para registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones (arts. 250-2 Const. Pol., 237 C.P.P.).

Consecuencia natural de esta separación más abierta de las funciones de instrucción y juzgamiento, está en que la Fiscalía ya no tiene la facultad de precluir las investigaciones, sino que deberá presentar solicitud en tal sentido al juez de conocimiento (arts. 250-5 Const. Pol, 331 C.P.P.). Así, a pesar de que se ha mantenido una distinción entre la investigación y el juicio, la primera no tiene una entidad autónoma como en el anterior sistema, sino que es el juicio donde radica el núcleo del proceso, así se despoja (afortunadamente) a la Fiscalía de la doble condición de investigador y juzgador que ostentaba en el sistema de la ley 600 de 2000.

Otra característica de nuestro sistema que denota su tendencia acusatoria, corresponde al carácter concentrado del proceso, a lo cual se suma la oralidad y la inmediación de las pruebas. De tal modo, vista la redacción del artículo 250-3 de la Carta, el Fiscal debe asegurar los elementos materiales probatorios, entre tanto '**...se ejerce su contradicción..**', es decir, mientras se presenta y controvierte la prueba en el juicio oral. Esta previsión, contiene entonces una carga adicional a las del anterior texto constitucional, representada en la seguridad de dichos medios de convicción a través de la cadena de custodia, lo que es entendible si se examina que la prueba deberá practicarse de modo general en el juicio oral (art. 377 C.P.P.).

También, se consagra expresamente una forma de descubrimiento, al ordenar que en caso de acusación el Fiscal deba por conducto del juez de

conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, inclusive los que favorezcan al procesado (art. 250)¹⁰⁰.

Por otra parte, en nuestro sistema se encuentra que el complejo de intervinientes es amplio, en cuanto no sólo se prevé la participación de la Fiscalía y el procesado y su defensor, sino también participación de las víctimas (250-7 Const. Pol.) y del Ministerio Público (párrafo, artículo 250), lo cual le quita en parte el carácter adversarial típico del sistema Anglosajón, sin contar que excepcionalmente el Fiscal puede ordenar de modo directo la detención del indiciado (art. 300 C.P.P.).

Otra innovación de la reforma se encuentra en la creación del *juez de control de garantías* (art. 250 Const), encargado de examinar la conformidad formal y material a la Constitución y la ley, de aquellas facultades concedidas a la Fiscalía y que implican intromisión en las garantías individuales como son los allanamientos, registros e interceptaciones (art. 154-1 C.P.P.); así como la formalización de la captura y formulación de imputación. Con lo cual, desde sus inicios el procedimiento se ve dotado de una marcado carácter contradictorio y adversativo, en cuanto a que medidas como éstas ya no están dejadas al arbitrio absoluto del ente investigador.

Respecto a las funciones de acusación e instrucción que se conocían en el sistema anterior, se suma ahora la función de control de garantías, con lo

¹⁰⁰ Aunque no es objeto de este trabajo, es oportuno anotar brevemente que la norma mencionada postula dicho conocimiento del material en manos de la Fiscalía solo a partir del escrito de la acusación, por lo cual pareciera ser que en la investigación, el trabajo a ese nivel es en cierto modo reservado para el imputado.

cual se refuerza la restricción a las facultades jurisdiccionales de la Fiscalía en el desarrollo de la investigación.

Una amplia diferencia con el sistema Anglosajón, que encontramos es la falta efectiva de los jurados de conciencia. El artículo 116 de la Constitución los consagra como una posibilidad¹⁰¹, es decir que no resulta obligatorio; contrario a lo que sucede en sistemas como el Norteamericano, donde la Sexta Enmienda manda: **‘En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido...’**¹⁰². Entonces, en la ley 906 de 2004, las alusiones que se encuentran al funcionamiento de esta figura están en el artículo 31-8 C.P.P., según el cual son órganos de jurisdicción en la forma que determine la ley, sin que se encuentre dentro del Código ninguna otra norma que refiera a su conformación y competencia (de hecho, derecho o mixtos). De tal forma, se dejó abierta la posibilidad en la Carta Política que una norma procesal complementaria los regule, lo cual implica que el interés en este aspecto del sistema por ahora es accidental.

Visto lo anterior, a pesar de que hablando del sistema acusatorio colombiano diversos autores concuerdan en la conclusión de su mayor aproximación al sistema continental europeo¹⁰³, no queda duda salvo las particularidades

¹⁰¹ ‘Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales...’.

¹⁰² Esta garantía inicialmente se extendió a la Justicia Federal, pero por el caso Duncan vs Lousiana de 1968, se incorporó a la justicia de los estados. MUÑOZ, Neira Orlando, págs. 5, 323.

¹⁰³ BAZZANI, Montoya Darío, Estructura del proceso en el sistema acusatorio. Pág. 307, Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamerica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, Pág. 307. BARRETO, Ardila Bernardo, Principios del derecho procesal penal en el sistema acusatorio para Colombia, Estado actual de la justicia en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, Pág.41.

internas, que el proceso penal se ha abierto a un contexto de tendencia acusatoria, que supera el que fuera previsto por la norma original de la Carta de 1991; razón por la cual la Corte Constitucional ha señalado: **‘...mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal basado en (i) la aplicación del principio “*nemo iudex sine actore*”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. Sin lugar a dudas, se trata de cambios importantes que imponen unos nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política...’**¹⁰⁴. Los anteriores presupuestos resultan fundamentales para el abocamiento de los capítulos siguientes, pues nos muestran la estructura de los sistemas acusatorios, y en consecuencia el marco de discusiones que a su interior pueden darse, tal el caso en el aspecto probatorio. Ya veremos como en virtud de principios de inmediación, concentración, contradicción, etc, el tema probatorio y en particular, la licitud y legalidad de sus elementos, cobra otra dimensión y una renovada técnica de valoración de garantías efectivas; pues ya se anotó un modelo no limita las garantías, pero sí, da a las mismas una extensión y texturas diversas.

BAZZANI, Montoya Darío, Algunas consideraciones en relación con la estructura constitucional del proceso penal en Colombia, ib, pág. 68. URBANO, Martínez José Joaquín, El principio de oportunidad, ib. Pág. 96. GONZÁLEZ, Amado Iván, Primeros Elementos para una discusión del tema defensa y defensoría pública en el Acto Legislativo 03 de 2.002 que reforma el sistema penal, lb.pág. 217.

¹⁰⁴ Sent. C-591 Jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

CAPÍTULO 2. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.

2.1- Concepto general de la prueba y prueba en el proceso penal.

De acuerdo con el artículo 29 constitucional uno de los derechos del acusado es el de *presentar pruebas* y el artículo 2 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia consagra el derecho de defensa (elemento aglomerador del mismo) como principio de la Administración de Justicia y el artículo 8-j del C.P.P. como principio rector. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: **‘...La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho...’**¹⁰⁵ y, señala el impacto que irregularidades en esta materia comportan para el proceso: **‘...Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso, consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia...’**¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sent. T-504, Sept. 10/98. Exp. T-176879. M.P: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰⁶Ib.

Es claro entonces, que los derechos de contradicción y de defensa se encuentran ligados a la presentación y contradicción de las pruebas. Por tal razón, aunque brevemente -por no ser el objeto principal de discusión de este trabajo la precisión del concepto de prueba-, si debemos acercarnos a un criterio general dado por la ley, que nos permita discutir el tema en materia del sistema acusatorio, sin entrar a profundizar respecto a las diversas teorías que orienta la materia.

Sin realizar una adscripción a teoría específica, de manera genérica, viendo la exigencia de los artículos 7 y 372, 373 379, 381, 382 del C.P.P., podemos afirmar que las pruebas son medios de conocimiento de hechos y circunstancias, para formar el convencimiento del juez respecto del objeto de juzgamiento, que será la existencia del hecho penal y la responsabilidad del acusado, más allá de duda razonable. Es este un criterio de prueba que solo se satisface con la confluencia de todos sus elementos, de manera que aglomera factores *objetivos* y *subjetivos*.

De tal forma, la prueba se estimaría **‘...como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados..’**¹⁰⁷. Un criterio estrictamente *objetivo*, como anota MIRANDA ESTRAMPES¹⁰⁸ implicaría **‘...confundir la prueba con los medios de prueba..’**; referente este último que no parece posible en el nuevo Código de Procedimiento

¹⁰⁷ ESTRAMPES, Miranda Manuel. La Mínima Actividad probatoria en el proceso penal. Edit. KM Bosch, Barcelona, 1.997, pág. 21.

¹⁰⁸ Ob. Cit. Pág. 20.

Penal, conclusión que obtenemos si observamos el Título II del Libro II de la ley 906 de 2004, en lo relacionado con los 'medios cognoscitivos en la indagación e investigación', o el artículo 275 que hace referencia a los elementos materiales probatorios y evidencia física y, el artículo 382 en lo referente a los medios de conocimiento, que sumados a las exigencias de los artículos 15, 372, 374, 378 y 381, centrados en la presentación y debate oral de la prueba; denotan que como se desprende del artículo 16, solo **'se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento..'**. Razón por la cual podemos afirmar que del nuevo Código de Procedimiento Penal puede extraerse un *concepto objetivo-subjetivo de la prueba*, ya que sólo tendrá este carácter la que se aporte cumpliendo el principio de inmediación, o dicho de otro modo, la que se obtiene creando una relación de influencia subjetiva directa ante el juez de conocimiento.

En razón de los principios de inmediación (art. 16), contradicción (art. 16) y concentración (art. 17), podrá afirmarse como criterio subsidiario de caracterización, que el sistema perfilado por el nuevo Código de Procedimiento Penal, acepta en parte el concepto de la prueba como *actividad de verificación*, del cual MIRANDA ESTRAMPES escribe: **'...la prueba procesal es la verificación o comprobación que realiza el Juez mediante la comparación de afirmaciones...'**¹⁰⁹, ya que las afirmaciones defensivas, del escrito de acusación y la teoría del caso de cada sujeto procesal, se verá confirmada o infirmada por el aporte de cada material probatorio practicado en presencia del juez de conocimiento.

¹⁰⁹ Ob. Cit. Pág. 31.

Por lo que tienen iniciativa probatoria la Defensa (art. 124, 125 ib); las víctimas (11 ib) y excepcionalmente Ministerio Público (arts. 112, 357 ib.). La Fiscalía (art. 114 C.P.P.), tiene esta aptitud probatoria, guiada con un *principio de objetividad*¹¹⁰; que la obliga además a enunciar el descubrimiento de prueba en el escrito de acusación (art. 337). Descubrimiento del cual es escenario la *audiencia preparatoria* (art. 357 ib), de manera que ‘**...En términos generales, la audiencia del *juicio oral* no es un escenario apropiado para solicitar pruebas, sino para practicar las que se hubiesen autorizado desde la audiencia preparatoria...**’¹¹¹.

Una condición importante está dada que el nuevo Código de Procedimiento Penal, fue estructurado de manera general, no dotando de iniciativa probatoria al juez, inclusive la intervención del mismo en el interrogatorio es excepcional, para conseguir que el testigo responda una pregunta o la precise o la aclare, o mediante la formulación de *preguntas complementarias* (art. 397 C.P.P.). No obstante, se resalta este punto, recordando como se anotó al inicio de este trabajo, las particularidades que cada esquema va adoptando, de forma que la prohibición general de practicar pruebas de oficio (art. 361 C..P.P.), entre otras cosas, no prevista por la Carta, ha sido matizada oportunamente por la Sala Penal de la Corte, con estas precauciones: ‘**... No obstante, a la luz de la Constitución Política la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta... Sin embargo, cuando**

¹¹⁰ ‘...que la obliga a aplicar un criterio objetivo y transparente, al punto que está en el deber de solicitar la preclusión de la investigación cuando no hubiere mérito para acusar; y adicionalmente, tiene el deber de descubrir todas las pruebas, incluyendo las de descargo y los elementos favorables al acusado, si los conociere..’ Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24668. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

¹¹¹ Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24468. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la “norma de normas”, como lo estipula el artículo 4° constitucional. Sólo después de un ejercicio de esa naturaleza el Juez, excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004...’.

La Sala Penal de la Corte señala que este ejercicio probatorio en el nuevo sistema, está orientado por una valoración probatoria que aún se hace con fundamento en las reglas de la *sana crítica*: ‘...El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art. 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda” ...’¹¹².

¹¹² SENT. NOV. 24/2003. RAD. 24393. M.p: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

2-2. Principios probatorios en la ley 906 de 2004.

En la sentencia C-591 de 2.005 observa la Corte Constitucional que: ‘...**El nuevo papel constitucional que está llamado a cumplir la Fiscalía General de la Nación, en tanto que órgano dedicado a la consecución de la prueba, la creación del juez de control de garantías, al igual que el establecimiento de un juicio oral, público, concentrado, con inmediatez de la prueba y “con todas las garantías”, conducen a reformular todo el sistema probatorio en materia penal...**’¹¹³. Esta conclusión es categórica si examinamos los principios rectores y garantías procesales consagrados en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, así como las normas particulares en materia de elementos materiales probatorios, evidencia física y práctica de pruebas.

2-2-1- Principios de inmediación y contradicción (desplazamiento del principio de permanencia de la prueba): El primer efecto que en materia probatoria debe afirmarse en el nuevo Código de Procedimiento Penal es el abandono del principio de *permanencia de la prueba*, por el cual dada la condición del Fiscal de director de la instrucción y su facultad de ordenar y practicar pruebas, recogidas durante la instrucción estas tenían validez sin mayores condiciones en la etapa del juicio. El abandono del principio de permanencia resulta obvio si se mira que a pesar de las facultades investigativas del Fiscal (art. 250-2-3 Const. Pol.), la Constitución Política consagra un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio y concentrado (art. 250-4), que el Código de Procedimiento Penal desarrolla en los principios rectores de *inmediación* (art. 16) y

¹¹³Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

concentración (art. 17), los cuales son parte del derecho de defensa (art. 8-k C.P.P.)¹¹⁴.

Con relación a la *inmediación* la Corte Constitucional escribe: **‘... la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia..’**¹¹⁵. Por tal razón, el artículo 16 C.P.P. es enfático al estipular: **‘...En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento..’**; y a su vez, la misma norma prohíbe las pruebas por comisionado, lo cual tiene explicación adecuada en las palabras de ROXIN: **‘...el juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba...’**¹¹⁶; previsión que se reitera en el artículo 379 C.P.P.

¹¹⁴... en la Ley 906 de 2004 no impera el principio de permanencia de la prueba como podía ocurrir con el ordenamiento procedimental regulado en la Ley 600 de 2000 y los que le antecedieron, en los que en el juicio era admisible la consideración de pruebas incorporadas a la actuación durante la fase de instrucción. En el nuevo sistema, según lo dispone el artículo 16, norma rectora que consagra el principio de inmediación, *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el Juez de control de garantías”*. Dicho principio, de obligatorio acatamiento, es reiterado en el artículo 379 al preceptuarse que *“el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”*...’ Sent. Nov. 30/2006. M.P. Dr. Julio Enrique Socha S.

¹¹⁵Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

¹¹⁶ ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 102. También escribe ROXIN: *‘...el tribunal que dicta la sentencia debe*

Este principio se ve complementado con el mandato del artículo 17 C.P.P. para que las pruebas sean practicadas de manera continúa o con la debida continuidad, de manera que no se fragmente o afecte la regularidad en la percepción que de los medios de prueba obtenga el juez, para lograr como dice la parte final del artículo, que se garantice la atención del juez.

Por otra parte, la discusión y presentación de la prueba en juicio no es un acto espontáneo, sino que en aras de la *contradicción* (art. 15, 125-4 C.P.P.), se deberán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física con que cuenta cada parte (arts. 337-5, 356-2-3, 358 C.P.P.), so pena de no poder ser aducidos al proceso, ni emplearse como elemento de contradicción, ni practicarse en el juicio (art. 346 C.P.P.). Esta exigencia es crucial si se tiene en cuenta como anota la Corte Suprema de Justicia que ‘... **El proceso penal adversarial no contempla concesiones previas a favor de ninguna de las partes y, por ende, es factible cuestionar o poner en duda si en realidad los documentos y objetos que aduce una parte son lo que esa parte dicen que son. Verbi gratia, que un documento privado fue el que confeccionó el implicado en una estafa...**¹¹⁷, lo cual solo se garantiza con el conocimiento oportuno de los elementos materiales probatorios en poder de la parte contraria.

Estos dos principios, propician como dice la Corte Constitucional que con desplazamiento del principio de *permanencia de la prueba* ‘... **la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita,**

observar por sí mismo (inmediación formal)...El tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo (inmediación material).

¹¹⁷ Sent. Feb. 21/2007, Rad: 25929, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales...¹¹⁸

2-2-2- Principio de carga de la prueba: Para emitir sentencia de condena se requiere convencimiento en el juez más allá de duda razonable, sobre la responsabilidad del procesado. Por tanto, la acusación que es responsabilidad de la Fiscalía según los artículos 114-9, 116, 175, 294, 336 C.P.P. entre otros, como herramienta de promoción del juicio oral, implica que dentro del juicio la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, lo que materializa la presunción de inocencia de la cual es titular el procesado. Se tiene sin duda una estrecha relación con el principio *in dubio pro reo* (*duda a favor del acusado*), ya que **‘...quien pretende cambiar una situación dada, tiene radicada la carga de la prueba de los hechos que alega, en los cuales fundamenta su pretensión; afirmación lógica que desarrollan los principios romanos del derecho privado: ‘actor non probandus, reus est assolvendus’: si el actor no prueba los hechos el reo debe ser absuelto y ‘onus probandi incumbit actore’: la carga de la prueba incumbe al actor...**¹¹⁹. De ahí que el artículo 7 del C.P.P. consagre esta estrecha relación entre *presunción de inocencia, carga de la prueba e in dubio pro reo*.

2-2-3- Principio del derecho a la prueba: En consonancia con lo anterior, tenemos el derecho a la prueba, que se desprende de la previsión del

¹¹⁸ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

¹¹⁹ PABON PARRA, Pedro Alfonso, *Oralidad*, 1 Edición, Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2.005, Pág. 53. Y, agrega el autor: ‘...la consagración normativa de la presunción de inocencia produce la radicación de la carga de la prueba en la acusación, de la no satisfacción de éste emerge la aplicación del *in dubio pro reo*.’.

artículo 29 Constitucional que concede al procesado el derecho a **‘...presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...’**. De tal modo, una vez adquirida la condición de *imputado* se tiene el derecho de **‘...solicitar, conocer y controvertir las pruebas..’** (art. 8-j C.P.P.). De tal forma, este derecho comprende no solo el aporte del elemento material probatorio, sino que incluye que las pruebas sean practicadas una vez ordenadas, como lo señala la Corte Constitucional en jurisprudencia que guarda vigencia no obstante el esquema acusatorio: **‘... El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y procedentes, y si en realidad, considerados, evaluados y ponderados los elementos de juicio de los que dispone, ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad penal del procesado. Y, por supuesto, le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas, si estima fundadamente que los requisitos legales no se cumplen o que en el proceso respectivo no tienen lugar. Pero -se insiste- tal decisión judicial tiene que producirse en la oportunidad procesal, que corresponde al momento en el cual el juez resuelve si profiere o no el decreto de pruebas; si accede o no -en todo o en parte- a lo pedido por el defensor, motivando su providencia. Lo que no es permitido al juez, a la luz de los postulados constitucionales, es decretar las pruebas y después, por su capricho o para interrumpir términos legales que transcurren a favor del procesado y de su libertad, abstenerse de continuar o culminar su práctica, para proceder a tramitar etapas posteriores del juicio. En el evento en que así ocurra, resulta palmaria la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y ostensible la arbitrariedad judicial...’**¹²⁰. Por esto, entre otros

¹²⁰ Sent. SU-087, Feb 17/99. Exp. T-175275, M.P. Dr. José Gregorio Hernández

derechos, tiene la defensa la facultad de solicitar al juez la comparecencia compulsiva de testigos y peritos (art. 125-6 C.P.P.).

En el esquema acusatorio encontramos un componente importante que se cristaliza como muestra de este derecho y que es precisamente la garantía que se tiene de no ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral; con lo cual se evita que eventualmente de manera indirecta, la defensa enriquezca la posición lógica o la fuerza de convicción que posea la prueba presentada por la Fiscalía o que abandone el sistema de defensa pasiva todavía válido en el nuevo sistema.

A lo cual se agrega el derecho necesario de *valoración de la prueba*, del cual la Corte Constitucional anota: **‘... se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es contraevidente, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados...’**¹²¹. En consecuencia, el fin de la prueba de llevar conocimiento al juez sobre los hechos y circunstancias debatidos en el juicio (art. 372 C.P.P.), se cumple con la apreciación conjunta según los criterios generales de apreciación señalados en la ley (art. 380 C.P.P.).

Galindo.

¹²¹ Sent. T-555, Agosto. 2/99, Exp. T-197404. M. P. Dr. José G. Hernández Galindo.

2-2-4- Principio de legalidad: Toda prueba debe ser decretada y practicada por autoridad competente, y según el artículo 374 C.P.P. dicha práctica deberá corresponder al juicio oral; no obstante que el artículo 284-1 del C.P.P. determina que durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, se podrá practicar cualquier medio de prueba pertinente, cumpliendo el requisito de que **“sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías”** y en circunstancias especiales y de extrema necesidad. Legalidad que encontramos entre otros, concatenada con el mandato del artículo 360 C.P.P. dando al juez la posibilidad de excluir práctica o aducción de medios de prueba ilegales.

2-2-5- Principio de publicidad: El secreto o la prueba oculta resulta contraproducente al esquema acusatorio, pues en ella tienen interés todos los intervinientes y la sociedad, en consecuencia el artículo 377 C.P.P. reclama que toda prueba se practique en el juicio oral, con audiencia de las partes, intervinientes y público asistente. Publicidad que es reclamada inclusive para el caso de la prueba anticipada (art. 284-4), exigencia obvia si se estima que una de las virtudes de los elementos materiales probatorios es haber sido sometidos a la contradicción de las partes. En este punto resultan oportunas las palabras de PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA: **‘...Que el procedimiento sea público significa que su desarrollo se debe realizar ‘ a la vista’ de todos aquellos que deseen asistir, lo cual implica como necesidad que sea oral, con lo que advertimos una sutil diferencia entre el proceso no reservado y el público, aquel bien puede estar contenido en un expediente escrito, al cual puede tener acceso todo el que quiera y solicite consultarlo; la publicidad, para que exija como su complemento la oralidad, va más allá, impone que puede ser**

observado por todos, presenciado por cualquier miembro de la coasociación...¹²².

2-2-6- Principio de razonabilidad de la prueba: Aunque pareciera redundante, y en cierta forma este principio encierra los atrás citados, sabemos que la prueba debe respetar los derechos fundamentales de las personas inmersas en la investigación, trátense de testigos, víctimas, procesados o peritos. Cobrando en consecuencia relieve las garantías de dignidad personal (art. 1 C.P.P.), libertad (art. 2 C.P.P.), intimidad (art. 14 C.P.P..) y en general las garantías constitucionales desarrolladas por la ley o las consagradas en tratados internacionales, recordándose siempre como el principio rector de *moduladores de la actividad procesal* ordena que **‘En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.’** (art. 27 C.P.P.). De tal manera, lo razonable lo advertimos en el apego a las garantías, porque de otra forma el aporte de la prueba se torna en arbitrario, ilegal, ilícito o inconstitucional, o dicho de otra forma, en irrazonable.

2-3- Función de la Fiscalía General de la Nación en materia probatoria.

Escribe PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA: **‘La fiscalía es el ente rector, ‘señor de la investigación’, averigua los hechos, dirigiendo y coordinando al efecto las funciones de policía judicial; ordena**

¹²² PABON PARRA, Pedro Alfonso, Oralidad, 1 Edición, Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2.005, pág. 64.

registros, allanamientos, incautaciones, interceptación de comunicaciones; asegura el elemento material probatorio; garantiza la cadena de custodia; excepcionalmente puede ordenar capturas [inexequible Corte Constitucional C-1001, octubre 3 de 2005], **pero como rasgo característico, toda su actividad investigativa está sometida a permanente, previo y posterior, control judicial. Concluida la investigación, se da por terminado el proceso o se promueve la acción pública, mediante el acto formal de acusación...**¹²³. Este acertado resumen del papel de la Fiscalía en el nuevo sistema nos aporta un norte en cuanto al papel de la misma en la actividad probatoria, ya que si el juicio oral se impulsa con el escrito de acusación, función de la Fiscalía General de la Nación (art. 113, 114-1-9), y es esta, la que tiene en su deber la carga de la prueba y de sostener la acusación, será la misma quien deba adelantar una labor investigativa (arts. 114-1, 200 C.P.P.), recolectando y asegurando elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 114-4 C.P.P.). No obstante, como se resaltó al analizar los principios probatorios, habiendo cambiado la concepción de la prueba (solo es tal con discusión en el juicio oral), también mutará el papel de la Fiscalía en dicha actividad. La razón se desprende de la naturaleza misma de las variables de los esquemas mixto con tendencia acusatoria en contraposición con el acusatorio, y se encuentra en el desarrollo de las normas de procedimiento.

En efecto, en la ley 600 de 2.000 la función de instrucción correspondía a la Fiscalía General de la Nación (art. 74), pero no limitándose a la labor investigativa, sino absorbiendo amplias facultades decisorias (arts. 114, 115

¹²³PABON PARRA, Pedro Alfonso, Oralidad, 1 Edición, Librería Jurídica Sánchez, Bogotá, 2.005, Pág. 43.

Ley 600), tales como calificación, acusación y preclusión de las investigaciones y toda clase de facultades limitativas de derechos fundamentales; tanto así que sus decisiones (resoluciones) eran consideradas como *providencias* (art.169-4). Esta facultad decisoria, como titular (art. 400 Ley 600) de una de las etapas fundamentales del proceso para ese momento histórico (instrucción), determinaba una necesaria facultad probatoria para el Fiscal, que se notaba en la exigencia de *investigación integral y decreto oficioso de pruebas* (art. 234 Ley 600). Todo esto, reclamaba que el Fiscal no solo asegurara los elementos probatorios, sino que decidiese qué pruebas y cuáles no llegaban al proceso, toda vez que tomando en cuenta -para ese momento vigente- el principio de *permanencia de la prueba*, se tenía el mandato constitucional y legal de que **'toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación'** (art. 232 Ley 600).

En síntesis, la ley 600 regulaba la labor de una Fiscalía que regía una etapa procesal con facultades decisorias, las cuales debía fundamentar en pruebas, que por razones constitucionales y legales debía y podía decretar inclusive oficiosamente; por esto, en la *Resolución de apertura de instrucción* el Fiscal decidía **'las pruebas a practicar'** (art. 331 Ley 600).

Panorama anterior, que es variado por el acto legislativo 03 de 2.002 y la ley 906 de 2.004, en donde **'...la etapa del juicio se constituye en el centro de gravedad del proceso penal..'**¹²⁴; por tal motivo, aunque de alguna manera se mantiene la distinción entre *investigación* (art. 200 C.P.P.) y

¹²⁴ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

juicio, la investigación es una actuación preparatoria del juicio, de allí que el artículo 207 C.P.P. determine que el Fiscal debe realizar un *programa metodológico* que regirá los objetivos, fines y herramientas de la investigación y que **'...ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física...'**, los cuales ejecutará la policía judicial. Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación ya no emite Resoluciones, sino *órdenes*, que adoptará en el ámbito de su competencia (art. 161 C.P.P.), que para nada se refiere a la definición de los hechos materia del proceso.

No obstante, de acuerdo con el artículo 250-2 Constitucional la Fiscalía podrá ordenar medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones, sin que se requiera autorización judicial previa, pero si con el estricto control por el juez de garantías (arts. 219, 233, 235, 236 C.P.P.).

La actividad 'probatoria' de la Fiscalía incluye además, una no prevista de manera expresa en el texto original de la Constitución de 1991 y que el artículo 250-3 fija como garantizar **'la cadena de custodia'**, obligación necesaria y obvia pues los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberá preservarse para su contradicción en el juicio oral, hasta el punto tal que la *autenticidad* de los mismos dependerá de que hayan sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, respetando las reglas de cadena de custodia (art. 277 C.P.P.); por tanto, señala la Sala

Penal de la Corte. **‘...Como las actuaciones procesales deben discurrir dentro de los límites de la racionalidad práctica, la normatividad procesal penal prevé mecanismos para la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y materiales probatorios, cuando a ello hubiere lugar. La recolección técnica, el debido embalaje, la identificación, la rotulación inequívoca, la cadena de custodia, la acreditación por medio de testigos y el reconocimiento o autenticación, son algunas de las formas previstas por el legislador, tendientes a garantizar que las evidencias y elementos probatorios sean lo que la parte que los aduce dice que son...’¹²⁵.**

Por otra parte, debe recordarse que el nuevo Código de Procedimiento Penal, distingue entre actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización y las que si la requieren.

Entre las primeras tenemos la inspección del lugar del hecho (art. 213), la inspección de cadáver (art. 214), vigilancia y seguimiento de personas (art. 239), vigilancia de cosas (art. 240), análisis e infiltración de organización criminal (art. 241), actuación de agentes encubiertos (art. 242) exámenes de ADN de elementos materiales y vestigios encontrados (art. 245). Además, los registros y allanamientos (art. 219), retención de correspondencia (art. 233), interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (art. 235), recuperación de información dejada al navegar por Internet o medios tecnológicos (art. 236), estas sometidas a control por el juez de control de garantías (art. 237 C.P.P.). Todos ellos practicados por

¹²⁵Sent. Feb. 21/2007, Rad: 25929, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

la Policía Judicial, bajo orden del Fiscal la mayoría. De donde podemos extraer como otra gran conclusión, como en los casos de inspección del cadáver o los registros o allanamientos, donde otrora participaba personalmente el fiscal, ahora su función es coordinar y examinar los informes de la Policía Judicial.

En cuanto a la actividad investigativa que requiere solicitud previa del Fiscal ante el Juez de Control de Garantías, para su posterior ejecución por la Policía Judicial, tenemos la inspección corporal (art. 247), el registro personal (art. 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (art. 249), procedimiento en caso de lesionados o víctimas de agresiones sexuales (art. 250), y en general, todas las actividades que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales (art. 246).

El anterior recuento nos permite concluir que en el nuevo sistema la Fiscalía General de la Nación ya no practica la prueba sino que ayuda a su construcción en el escenario apropiado para ello, en el juicio oral. Proceso constructivo al que contribuirán los elementos materiales probatorios y evidencia física que la Policía Judicial ha aportado a la investigación con la coordinación del Fiscal. De manera que la Fiscalía ya no sostiene una verdad que ha defendido en Resoluciones que fueron objeto de su arbitrio y fundamentadas en las pruebas que ella misma había decretado, frente a las cuales el procesado fue un simple espectador o un contradictor secundario (no se es un contradictor con capacidad real, si a quien se discute es el que dirige la actuación y dice cuál es el derecho); sino que se llega a un debate oral y público, como núcleo de contradicción de la prueba, al cual se ha

llegado tras un camino de presentación, descubrimiento, exhibición y llegado el caso exclusión (arts. 337, 344, 346, 356 , 358) y solicitudes probatorias (art. 357) resueltas por un juez.

2-4- Pruebas ilícitas y pruebas ilegales.

Por regla general el legislador tiene libertad de configuración en cuanto a adopción de los modelos y métodos probatorios, así lo confirma la Corte Constitucional que en sentencia **SU-159/02** refiriéndose al desarrollo del artículo 29 constitucional, de la facultad legislativa expone: ‘**...éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas...**’¹²⁶. Habrá de resaltarse que las palabras de la Corte implican el reconocimiento de una competencia dada al legislador, pero bajo una advertencia fundamental referente a que las pruebas han de ser obtenidas válidamente¹²⁷. Lo que en principio según el contexto del citado artículo corresponde a que se obtengan sin vulnerar el *debido proceso*. Y, ya se comentó el impacto de la configuración de un debido proceso constitucional y en consecuencia, la importancia de que desde la Carta Fundamental y en el desarrollo legislativo se disuada al operador jurídico y a sus auxiliares de incurrir en vulneraciones a las reglas concernientes al desarrollo de dicha garantía.

¹²⁶Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E., Marz. 6/.2002.

¹²⁷En la sentencia C-038/96, dijo la Corte: “No cabe duda de que el régimen probatorio (práctica, valoración y apreciación de las pruebas, medios probatorios, requisitos sustanciales y procesales aplicables a la aportación de las pruebas etc.), en general, se libra a la voluntad del Legislador. No obstante, el sistema que se establezca no puede desconocer la garantía del debido proceso y el respeto y protección de los restantes bienes y derechos constitucionales”.

Por ello, recordando la previsión de un debido proceso constitucional la Corte advierte: ‘...**La consagración de un *debido proceso constitucional* impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...**’¹²⁸. Efecto que se irradia a los agentes de investigación (policía judicial y fiscales) pues se tiene la clara advertencia de que en su búsqueda de la ‘verdad’, no tendrá sentido la vulneración del ser humano, si el resultado de dicha actividad no podrá tener aceptación o valoración judicial. Por otra parte, para todos los efectos, la noción de *debido proceso* tiene un marco más amplio que el del artículo 29 de la Carta, pues ‘...**no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales...**’¹²⁹.

El debido proceso tiene entonces en este caso, un efecto de configuración en materia probatoria que determina la validez de la prueba en particular, su permanencia dentro del proceso, la posibilidad de valoración por el funcionario judicial y en consecuencia, en cierto modo, el resultado del proceso en cuanto al ámbito de convicción. Abarcado todo esto en el concepto jurídico de la *cláusula o regla de exclusión*, que comprende el tratamiento de las conocidas como *pruebas ilícitas e ilegales*. Distinción esta última que se ha manejado tradicionalmente.

2-4-1. Delimitación de Conceptos:

¹²⁸Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

¹²⁹Ib.

Conceptualmente entre la prueba *ilegal* y la prueba *ilícita* se advierten diferencias. Así se desprende de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, ‘...**El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”**. La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de *prueba ilícita* o *prueba ilegal*...’¹³⁰. Por tanto, es conveniente delimitar estos conceptos, pues de su naturaleza se derivan consecuencias diversas.

2-4-1-1- Prueba ilegal: Por *prueba ilegal* estimamos aquella que se obtiene con afectación o desconocimiento de formalidades legales esenciales para el decreto y práctica de la prueba. O, como escribe la Corte Constitucional la obtenida mediante ‘...**una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado**...’¹³¹. En sentido similar la Corte Suprema anota: ‘... **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**...’¹³². Esta enunciación a las formalidades legales se manifiesta pues, como también lo expone la Corte: ‘...**En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba**...’¹³³. Y, no existe controversia en cuanto a la adopción del concepto de prueba ilegal toda vez que al realizar un seguimiento al trámite legislativo, en la materia concluye la Corte Constitucional: ‘...**por prueba ilegal se entiende aquella**

¹³⁰ Sent. Sep 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹³¹ Sent. SU-159, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

¹³² Sent. Sep 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹³³ *Ib.*

que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal..¹³⁴.

El criterio de apreciación de la naturaleza y de las consecuencias de la prueba ilegal, se advierte apropiadamente por la Sala Penal de la Corte, cuando señala: **‘...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...’**¹³⁵. Aspecto, que por definición nos permitirá acercarnos a una diferenciación en materia de prueba ilícita. De tal modo, la ley prevé condiciones esenciales internas para que al proceso se alleguen las pruebas y dentro del mismo estas sean controvertidas. Por esto, son oportunas las palabras de JORGE ARENAS SÁLAZAR al hacer notar que la prueba será ilegal cuando no se obtiene **‘...conforme a las leyes que regulan su petición, ordenamiento, producción, obtención, incorporación y aducción...’**¹³⁶. No puede olvidarse en este punto el mandato constitucional en cuanto al apego a **‘...la plenitud de las formas propias de cada juicio..’** (art. 29), lo cual de manera obvia incluye las reglas de aducción de decreto, práctica y aporte de prueba.

Visto lo anterior, es claro que en materia de *prueba ilegal* los criterios de apreciación resultarán más amplios que con relación a la *prueba ilícita*. Inicialmente, deberá definirse los requisitos legales que estructuran el medio

¹³⁴ Sent. C-591 Jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

¹³⁵ Sent. Sep 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹³⁶ Arenas Salazar Jorge, Pruebas Penales, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1.996, Pág. 597

probatorio, lo cual, como es obvio, se advierte de la descripción normativa en particular. Criterio que se desprende de lo previsto por el artículo 360 C.P.P.: **‘El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código.’**

No obstante, no se tratará de cualquier irregularidad, sino como se ha advertido por la Corte Constitucional desde la sentencia C-491 de 1.995, reiterada en la SU-159 de 2.002, las formalidades omitidas deberán ser *esenciales*. Es este el criterio seguido por la Sala Penal de la Corte Suprema, que estimamos apropiado y ajustado a la legislación anterior y a la vigente en materia de procedimiento penal, toda vez que postula la trascendencia de las formas y la instrumentalidad de las mismas, a fines de derecho sustancial y no simplemente a formalidades.

Es oportuno resaltar en este punto que la legalidad de la prueba se refiere a cuestiones de apego a las condiciones normativas prefijadas por la ley para su obtención (art. 276 C.P.P.), así a título de ejemplo señala la Sala Penal de la Corte: **‘...serán ilegales las evidencias y elementos probatorios obtenidos por medio de registro personal y toma de muestras que involucren al imputado, cuando estas diligencias se practican sin autorización del funcionario competente...’**¹³⁷. De tal modo, cuestiones relacionadas no con la obtención del medio probatorio, sino con la identidad, conformidad y veracidad del mismo, compartimos con la Sala Penal de la

¹³⁷Sent. Sept. 7/2006. Rad. 21529. M.P: Dr. Javier Zapata Ortiz. Ratificada por Sent.

Corte, no corresponden a un problema de legalidad de la prueba. Ejemplo de esta postura, es la que introduce la Sala Penal de la Corte, en el caso de objeciones o reproches en materia de **cadena de custodia**. Anota la Corte: **‘... La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad...’**¹³⁸. Es esta una conclusión acorde con el texto constitucional, toda vez que según el artículo 250-3, la *cadena de custodia* se refiere a la *seguridad de los elementos materiales probatorios*, y en este sentido el artículo 254 del C.P.P. desarrolla esta previsión en la finalidad de **‘demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física.’**

De tal forma, deficiencias o irregularidades en la cadena de custodia no son un problema de legalidad de la prueba, sino de valor de convicción de la misma; condicionada por la *autenticidad*¹³⁹ *del elemento material probatorio*; por ello, la Sala Penal de la Corte señala: **‘... En síntesis, por lo general, las discrepancias sobre la autenticidad de las evidencias y elementos**

¹³⁸ Sent. Feb. 21/2007, Rad: 25929, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

¹³⁹ ‘...La autenticidad del documento es una calidad o cualificación del mismo cuya mayor importancia reluce al ser tomado como ítem de su valoración o asignación de

probatorios tienen relevancia en punto de la valoración, eficacia, o idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia; y no en la legalidad que condiciona la admisión, decreto o práctica de la prueba.. La regla de exclusión sólo opera frente a pruebas ilícitas y pruebas ilegales....¹⁴⁰.

Debe advertirse que ante este tipo de irregularidades el elemento material probatorio o evidencia física, en atención al principio de contradicción, en el momento procesal oportuno, no serán desechados por el juez, pero en este caso, el rechazo corresponderá a la ineptitud o deficiencia del valor de convicción del mismo, pero no a problemas de legalidad del medio¹⁴¹, ya que **‘...La definición previa acerca de la autenticidad de una evidencia no es tema de ilicitud ni de legalidad; por tanto, no condiciona la prueba que sobre ella verse, en cuanto a su admisión o práctica...’**¹⁴².

Otro ejemplo para precisar el concepto y ámbito de discusión de la *prueba ilegal*, se encuentra en la **regla de mejor evidencia**¹⁴³ que en criterio de la

mérito, después que se ha admitido o incorporado formalmente como prueba....’ (ib).

¹⁴⁰ Sent. Feb. 21/2007, Rad.: 25929, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

¹⁴¹ Sent. Feb. 21/2007, Rad: 25929, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

¹⁴² Sent. Feb. 21/2007, Rad.: 25920, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

¹⁴³ ‘... El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de persuasión racional o de la **sana crítica**, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art. 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda...” Sent. Feb. 21/2007, Rad.: 25920, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

Sala Penal de la Corte impera como criterio general. Aquí, aunque no se trata de la autenticidad de la prueba, sino del contenido de la misma, continúa vigente el criterio que no la considera prueba ilegal. Ya que no se discute la forma o regularidad de ingreso al proceso, sino su aptitud como elemento de valoración; por ello dice la Sala Penal de la Corte: ‘... **La regla de la mejor evidencia no es absoluta. En el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) las excepciones están contenidas en el artículo 434; y aplica para documentos públicos, duplicados auténticos, aquellos cuyo original se hubiere extraviado o esté en poder de uno de los intervinientes, documentos voluminosos de los que no se requiere sino una fracción; e inclusive las partes pueden estipular que no es necesario presentar el documento original. Que las partes puedan estipular que no se presentará el documento original, refuerza el aserto según el cual la regla de la mejor evidencia se relaciona con la entidad demostrativa o el poder de convicción de la prueba documental y no con la legalidad de dicha prueba, pues en el ámbito procesal penal son inadmisibles las estipulaciones contrarias a la ley...**¹⁴⁴.

Finalmente, para resaltar las características que hemos citado para este tipo de pruebas, podemos enunciar la problemática de la **prueba de referencia**, regulada por los artículos 437 a 441 C.P.P. Respecto de ésta la Sala Penal de la Corte predica la existencia de una *tarifa legal negativa*, y anota: ‘... **Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda**

¹⁴⁴Sent. Feb. 21/2007, Rad.: 25920, M.P: DR. Javier Zapata Ortiz.

otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos. Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros...¹⁴⁵.

Lo cual es cierto si se examina que en este caso no se cuestiona la legalidad del decreto o práctica del testimonio, sino la admisión en el mismo de contenidos de referencia, los cuales tienen entrada excepcional al proceso debido a que forma parte del principio de inmediación '**...que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción...**'¹⁴⁶; en tal caso, *como lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas*¹⁴⁷, no es la legalidad del medio probatorio lo que resulta afectado, sino su factor de convencimiento, por lo cual como anota la Sala Penal de la Corte se debe demandar por vía *del falso juicio de convicción*, en lugar de demandar su exclusión¹⁴⁸.

2-4-1-2- Prueba ilícita: La prueba será *ilícita* cuando es adquirida con violación de los derechos fundamentales. Es por esto que TERESA

¹⁴⁵ Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24468. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

¹⁴⁶ Sent. Mar. 30/2006. Rad. 24468. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

¹⁴⁷ Ib.

¹⁴⁸ Ib.

ARMENTA DEU escribe: **‘...La prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Dicha lesión se circunscribe, para valorarse como ilícita, a los derechos fundamentales. Las lesiones de preceptos o derechos ‘de legalidad ordinaria’, en cambio, reciben tratamiento a través del cauce del art. 238 LOPJ (nulidades).’**¹⁴⁹. O, como lo expone la Sala Penal de la Corte, en sentencia reciente: **‘...la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no auto incriminación, la solidaridad íntima;...’**¹⁵⁰.

Por consiguiente, el curso de discusión de la prueba ilícita está dado por el respeto a los derechos fundamentales descritos en la Carta Política¹⁵¹ y, constituye un juicio de ponderación que es directamente proporcional al respeto de dichas garantías. Bajo tales condiciones la apreciación y juicio de la misma tendrá un criterio estricto de acatamiento a los derechos fundamentales. Por ello, expone la Sala Penal de la Corte: **‘...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...’**.

¹⁴⁹ Armenta Deu Teresa, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Edit Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 265.

¹⁵⁰ Sent. Sep 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹⁵¹ En sentido similar escribe PICO i JUNOY, JAIRO PARRA QUIJANO. El primero anota: **‘...Otro límite a la prueba lo constituye la licitud de la prueba. Existe tal licitud cuando la prueba ha sido obtenida o practicada sin infracción de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución’**. Las Garantías Constitucionales del Proceso, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2.002, Pág. 147.

De tal modo debe apreciarse el *núcleo esencial* del derecho fundamental bajo examen y determinar que la prueba se obtuvo sin vulneración del mismo, pues de otro modo, no se admitirán criterios de trascendencia o entidad de la vulneración o intereses distintos a la vigencia de la garantía.

El tema de la licitud de la prueba, es tratado por autores como JOAN y PICÓ, como una de las limitaciones del *derecho a la prueba*¹⁵² y, además de vulneración del debido proceso, se le presenta como una forma de afectación a la *igualdad de armas procesales*. Una de las consecuencias del efecto regulador que la Constitución tiene sobre el resto de la normatividad legal, radica en el papel limitador de la función pública y de las relaciones jurídicas particulares y generales.

En cuanto a la delimitación de estos conceptos resulta interesante la posición de la Corte Constitucional, vertida en las sentencias **SU-159/02** y **C-591/05**. En la primera asienta la Corte una distinción entre *la prueba inconstitucional* y *la prueba ilícita*. Respecto de la *prueba inconstitucional* la Corte considera que es la **‘...que ha sido obtenida violando derechos fundamentales...’**, para a paso seguido razonar que *la prueba ilícita* **‘...guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba...’**. Y, no cabe duda de

¹⁵² Escribe: ‘El derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado. Dada su naturaleza de derecho de configuración legal, su ejercicio debe acomodarse a las exigencias y condiciones impuestos por la normativa procesal.’. Ob. Cit. Pág. 147.

la adopción de la Corte de este último criterio, pues la anterior cita la remata de esta forma: **‘...cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita...’**. Posición que es reiterada mediante su cita en la sentencia **C-591/05**.

Es claro entonces, que en estas sentencias la Corte Constitucional utiliza el concepto de *prueba inconstitucional* para referirse a lo que la doctrina ha percibido como *prueba ilícita*, pues debe reconocerse que ambas nociones tienen en común el atentado a los derechos fundamentales y, por otra parte, para el criterio de prueba ilícita la Corte Constitucional emplea un contenido que como hemos visto en la doctrina y jurisprudencia de la Sala Penal, por no tratarse de la afectación de derechos fundamentales, se ha percibido como *prueba ilegal*. Si bien, no encontramos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional razones para la adopción de esta denominación, acordamos que la importancia del concepto pese a esta contrariedad de tipologías, no es trascendente para efectos prácticos, por cuanto pese a ello, la Corte Constitucional llega a una conclusión que siempre se obtiene y que es reclamable sin importar la nomenclatura que se emplee, esto es, que es nula de pleno derecho la prueba obtenida en tales circunstancias. Pues, como en esta materia anota la Corte Constitucional: **‘...En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad...’**¹⁵³.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte (sentencias C-591/05 y de Oct. 23 de 2.006, Rad. 23284), puede extraerse

¹⁵³ Sent. SU-159, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

cierta diferenciación o nivel de intensidad en materia de prueba ilícita, bien se trate de **vulneración de derechos fundamentales** o de **sometimiento a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes**¹⁵⁴. Lo cual resulta importante, pues como se verá en apartes posteriores, esta diferenciación tendrá impacto en la suerte del proceso dentro del cual se verifique sobre todo, la ilicitud por torturas y tratos similares. Finalmente podemos agregar, que la fuente de discusión primaria en cuanto a la *prueba ilegal* será la ley, pues la Carta Política no define procedimientos probatorios sino que deja esta percepción al legislador. Y, respecto de la prueba ilícita, el fundamento de acercamiento será la Constitución como fuente de los derechos fundamentales, sin perder de vista los derechos que por integrar el bloque de constitucional resultan imperativos (art. 93 Const. Pol.).

2-4-2. Antecedentes normativos.

¹⁵⁴...La Sala de Casación Penal, se ha referido pluralidad de veces a la diferencia entre prueba ilegal y prueba ilícita. Por ejemplo, en la sentencia del 7 de septiembre de 2006 (*radicación 21529*), lo hizo de la siguiente manera: “5.1 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 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. 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. ... Pero además, como lo sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, 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

2-4-2-1. Antecedentes constitucionales.

El artículo 26 de la Constitución Nacional de agosto 4 de 1.886, regulaba de este modo el derecho al *debido proceso*: **‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.’** Que confronta sin lugar a dudas con la extensión del artículo 29 de la Carta de 1.991, en el cual además se consagran los principios de presunción de inocencia, derecho de defensa y de contradicción y de forma particular se sentencia: **‘Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.’**

Ese tránsito constitucional, obedece no solo al cambio de la concepción de los derechos individuales y fundamentales comentado al inicio de esta obra, sino que tuvo una amplia y definida valoración en la sesiones de la Asamblea Constituyente, por sus Comisiones Primera y Cuarta.

Y, para hacer tal seguimiento podemos acercarnos a la exploración realizada en este sentido por la sentencia SU-159/02 que constituye un hito en la materia de prueba ilícita. De tal forma, para la Comisión Primera, el tema se vio relacionado con la prohibición de la tortura, para excluir las pruebas de tal fuente. Luego, el tema giró con relación al debido proceso, con una óptica

ejecución extrajudicial:...’. Sent. Oct. 5/2006. Rad. 23284. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

general de violaciones a los derechos y garantías fundamentales¹⁵⁵. En esta Comisión, según propuesta inicial de la Constituyente Aída Abella, la cláusula de exclusión comprendía las *declaraciones* obtenidas mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁵⁶; criterio que fue modificado por iniciativa de Darío Mejía para superar el temor de que se entendiese el mensaje que la única sanción de estos medios fuese la exclusión probatoria¹⁵⁷. Se llegó entonces a adoptar como criterio de exclusión: ‘**...es nula toda declaración obtenida mediante la violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución...**’¹⁵⁸, fórmula que fue presentada a la Plenaria de la Comisión.

En la Comisión Cuarta, se examinó el tema desde la óptica de la ‘**invalidéz de las pruebas obtenidas ilícitamente**’¹⁵⁹ y, fue en la misma donde se adicionó el concepto de nulidad de ‘pleno derecho’, aprobado por una Comisión Accidental¹⁶⁰.

Este breve recuento es importante por cuanto revela el interés inicial de evitar la tortura como elemento de obtener confesiones y material probatorio, al cual se adicionó el general de protección del debido proceso. Consideramos oportuno el cambio de la fórmula inicial, toda vez que amplía la condición de protección extendiéndola más allá de aquellos derechos que se verían afectados con la tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes,

¹⁵⁵ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

¹⁵⁶ Sent. SU-159 /02.

¹⁵⁷ Sent. SU-159 /02.

¹⁵⁸ Sent. SU-159 /02.

¹⁵⁹ Sent. SU-159 /02.

a otras esferas distintas de aquellas, como es el esquema clásico de la intimidad personal y familiar.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha extraído importantes conclusiones del trámite en la Asamblea Constituyente y que ilustra el alcance de la protección contenida en el inciso final del artículo 29 constitucional: **‘...La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. ...Sin embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i.) la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y (ii.) la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba... Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales....’¹⁶¹.**

Estas referencias resultan importantes no solo en cuanto a la extensión de la garantía, si no que como veremos la regla de exclusión, contiene un

¹⁶⁰ Sent. SU-159 /02.

¹⁶¹ Sent. SU-159 /02.

importante resorte deductivo en cuanto al tratamiento de la prueba obtenida mediante tortura y actos similares.

2-4-2-2. Antecedentes legales.

Del mismo modo, en el tránsito de la reforma al Sistema Procesal Penal propiciada por el Acto Legislativo 03 de 2002, el tema de las pruebas ilegales e ilícitas, tuvo nutrido interés. Para lo cual dada su síntesis y propiedad, nos remitimos a la cita del análisis de los antecedentes legislativos, realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

El proyecto de ley presentado por la Fiscalía General, disponía que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho y debería excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirían las pruebas que fueran consecuencia directa de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia¹⁶².

En él se trataba además, la cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos, por la cual los elementos materiales probatorios que dependieran *directa y exclusivamente* del registro ilegal carecerían de valor; excepto los “*registros de buena fe*”. Y, para valorar la nulidad se debía estimar los criterios empleados por la doctrina y la jurisprudencia, entre ellos: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la

¹⁶²Sent. C-591 Jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

buena fe, el balance de intereses, legitimidad en la invocación de la exclusión y el fundamento disuasivo de la violación¹⁶³.

El texto aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, disponía la nulidad de pleno derecho de toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, por lo cual deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que las que sean consecuencia de aquellas¹⁶⁴. Postuló la prueba ilegal, entendida como aquella practicada con violación de los requisitos formales. Y, tuvo en cuenta los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable “*y los demás que establezca la ley*”. Condicionó una cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. Finalmente, eliminó la figura de los registros de buena fe¹⁶⁵.

La Plenaria de la Cámara de Representantes, siguió la fórmula aprobada en la Comisión, sobre la regla contenida en la cláusula general de exclusión. Postuló que la prueba ilegal era aquella aducida o conseguida con violación de los requisitos formales previstos en la ley, de forma que el juez deberá excluir su práctica o aducción. Se incluyó en la fórmula de exclusión las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, salvo que el imputado o su defensor consientan en ello. Limitó la validez de la prueba derivada a los criterios de vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley¹⁶⁶.

¹⁶³Sent. C-591 Jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

¹⁶⁴Ib.

¹⁶⁵Ib

¹⁶⁶Sent. C-591 Jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dra. Clara Inés Vargas H.

Posteriormente, en el texto del “Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley (01 de 2003 Cámara y 229 de 2004 Senado), se pretendió eliminar la expresión “directa” de la reglamentación de la regla de exclusión aprobada por la Plenaria de la Cámara de Representantes, pero no fue aprobada por la Comisión Primera del Senado¹⁶⁷.

‘...Por último, la Plenaria del Senado aprobó un texto según el cual: 1) toda prueba que sea obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que aquellas que sean consecuencia de aquellas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia. 2) por prueba ilegal se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal. 3) para efectos de determinar la nulidad de la prueba derivada de la prueba ilícita será necesario tomar en cuenta los criterios del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley...’¹⁶⁸

Es evidente que el proyecto presentado por la Fiscalía tuvo muy en cuenta los desarrollos jurisprudenciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que trataremos en acápites posteriores de este trabajo, lo cual enriqueció la discusión parlamentaria

2-5. Reglas de exclusión.

¹⁶⁷Ib.

¹⁶⁸Ib.

Como lo recuerda la Corte Constitucional en materia de pruebas los **‘...requisitos y condiciones, bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas, se encuentran regulados por la ley...’**¹⁶⁹, y justamente como lo habíamos anotado, el nuevo esquema procesal penal contiene desde el ámbito constitucional, reflejado en el aspecto legal, una reformulación **‘...de todo el sistema probatorio en materia penal...’**¹⁷⁰, que brevemente se recuerda, se debe entre otros a la vigencia de principios como *publicidad, concentración, inmediación y contradicción*; razones por las cuales los elementos materiales probatorios y evidencia física que se recogen durante la investigación, no podrán ser sustento de la sentencia condenatoria sino en la medida que ingresen al juicio oral como prueba controvertida. En consecuencia, en materia probatoria existe una actuación conjunta de Fiscales y Policía Judicial, que hace más imperativo el control ya que el Fiscal no está personalmente en muchas diligencias de la Policía Judicial y que a la vez se recuerda que es querer del Constituyente **‘...evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manea contraria al debido proceso...’**¹⁷¹.

En cuanto a la validez de las pruebas aportadas al proceso, el factor fundamental de evaluación continúa siendo el artículo 29 Constitucional, a lo cual sin duda, se suman los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶⁹Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H

¹⁷⁰Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H

El artículo 29 de la Carta Política entraña una consecuencia clara para las pruebas que son obtenidas con violación del debido proceso, esto es, que serán *nulas de pleno derecho*. Representa esta apreciación la consagración constitucional de la *regla general de exclusión y*, es una consecuencia, a la cual la Corte Constitucional le ha dado el correcto carácter de *sanción*¹⁷², toda vez que es la atribución de un efecto negativo al comportamiento abusivo en la obtención del material probatorio. Criterio compartido por la Sala Penal de la Corte, quien ha señalado: **‘...La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal...’**¹⁷³

La motivación de consagrar dicha regla es clara según las palabras de la Corte Constitucional: **‘...La consagración de un *debido proceso constitucional* impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...’**¹⁷⁴. Aspecto trascendental si observa que como lo anota PICO i JUNOY los medios probatorios logrados con la violación del debido proceso no podrán ser fundamento para afectar la presunción de inocencia¹⁷⁵; de modo que **‘...no se reconoce ninguna eficacia jurídica a las pruebas practicadas con violación de las garantías o de los derechos fundamentales constitucionales de las**

¹⁷¹ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H

¹⁷² Sent. SU-159/02.

¹⁷³ Sent. Sept. 7/2006. Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹⁷⁴ Sent. SU-159/02.

¹⁷⁵ Ob. Cit. Pág. 158.

personas, de manera que las que han sido obtenidas mediante la tortura o los tratos degradantes, inhumanos o crueles o con desconocimiento de aquellas, son inadmisibles con independencia de la naturaleza de las pruebas pues la protección se relaciona con la totalidad de los medios probatorios...¹⁷⁶.

En la doctrina extranjera el tema de la *exclusión* es tratado en el esquema de las *prohibiciones probatorias*. Al respecto CLAUS ROXIN escribe: ‘...**Bajo el concepto general de *prohibiciones probatorias* se sintetiza aquí a todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal.**’¹⁷⁷; esquema que también es mencionado por ARMENTA DEU¹⁷⁸. Al indagar por la razón para consagrar dichas exclusiones, podemos seguir nuevamente a ROXIN y anotar: ‘...**El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado.**’¹⁷⁹.

Estimamos que esta concepción genérica de *prohibiciones probatorias*, es admisible doctrinalmente en nuestro panorama constitucional en cuanto a la *regla de exclusión*, toda vez que lo que el inciso final del artículo 29 de la

¹⁷⁶ Sent. Jul. 27/2006. Rad. 24679. M.P: Dr. Alfredo Gómez Quintero.

¹⁷⁷ ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 190.

¹⁷⁸ Ob. CIT., pág. 264.

¹⁷⁹ Ob. Cit., pág. 191.

Carta consagra tiene precisamente la composición de una prohibición: *no se obtendrán pruebas con vulneración del debido proceso*. O dicho de otro modo, *se prohíbe la obtención de la prueba en tales circunstancias*.

Esta *regla de exclusión* se encuentra consagrada en la Ley 906 de 2.004 en el Título Preliminar de ‘Principios rectores y garantías procesales’, con el siguiente tenor: **‘Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal...’**. Norma de la cual ha dicho la Corte Constitucional: **‘... El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar “Principios rectores y garantías procesales” de la Ley 906 de 2004, y por ende, se trata de una disposición que inspira todo el trámite del nuevo proceso penal de tendencia acusatoria, y regula la cláusula general de exclusión...De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con *violación de las garantías fundamentales*, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución, la que según lo considerado por la Corte, es una fuente de exclusión de la prueba de conformidad con el artículo 29 Superior...’¹⁸⁰**.

Del mismo modo, el artículo 276 establece una *regla de legalidad* de los elementos materiales probatorios y evidencia física, en tanto **‘...se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados**

¹⁸⁰Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en la las leyes.’. En este orden de ideas, el artículo 360 C.P.P. regula la exclusión de ‘**...la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado o aducido con violación de los requisitos formales previstos en este Código.’.** Y, de manera primordial el artículo 232 C.P.P. regula una cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos por ‘**...carencia de alguno de los requisitos esenciales...’.** Situaciones que consideramos más adelante al momento de examinar las condiciones de operancia de la regla de exclusión.

2-5-1. Definición: La *regla de exclusión* puede definirse como una sanción de orden constitucional y legal de carácter imperativo, al procedimiento de obtención de las pruebas con violación del debido proceso. Que tiene como supuestos de hecho la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales o afectación o desconocimiento de formalidades legales.

En consecuencia, la exclusión se propicia teóricamente en diversas circunstancias dependiendo si se trata de *prueba ilegal* o *prueba ilícita*, que conlleva un análisis diverso y una valoración con varios grados de exigencia, como se verá más adelante.

La vigencia y extensión de la regla de exclusión en nuestro nuevo Proceso Penal, está dada por la Corte Constitucional, bajo este criterio: ‘**...En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del**

proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física....¹⁸¹. Esta apreciación es importante en el nuevo esquema acusatorio, si estimamos que solo adopta el carácter de prueba el elemento que es presentado y controvertido en el juicio oral (art. 377 C.P.P.), y se aprecia cumplida en el Código de Procedimiento Penal cuando según previsión del artículo 276: **‘La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes.’**

En consecuencia, la regla de exclusión opera en relación con cualquier medio de prueba, incluido en esta regulación los elementos materiales probatorios y evidencia física que se recaudan durante la investigación.

Dicha regla tiene un carácter de permanencia a lo largo de todas las actividades de indagación e investigación (art. 200 C.P.P.) y claro está, a las relativas al juicio. La cuestión es mostrada de forma muy gráfica por TERESA ARMENTA DEU: **‘...La teoría de la prueba prohibida comporta la proscripción de que el Juez, a la hora de valorar la prueba, forme su convicción sobre los hechos en virtud de las pruebas ilícitamente obtenidas. Esto no quiere decir que la cuestión sobre la prueba ilícita surja necesariamente en ese momento del proceso. Antes al contrario,**

¹⁸¹ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

la práctica pone de manifiesto que la mayoría de nulidades por ilicitud de la prueba surgen durante la instrucción (no se olvide, de otra parte, que en cualquier momento del proceso en que el Juez Instructor o sentenciador tenga conocimiento de la vulneración del derecho fundamental deberá ponerlo de manifiesto declarando su ineficacia). Si no existió tal percepción en aquel momento y es a la hora de admitir la prueba propuesta por las partes cuando el Juez o Tribunal (por sí mismo o a instancia de alguna de las partes) aquella ilicitud, el órgano jurisdiccional deberá inadmitir tal medio probatorio. Finalmente si no se ha detectado la ilicitud de la prueba en ninguno de estos momentos previos, será a la hora de valorar las pruebas cuando el Juez o Tribunal tenga en cuenta la doctrina expuesta...¹⁸².

Es en consecuencia, un mandato para los funcionarios de la investigación (Fiscal y Policía Judicial), que en su programa metodológico y en desarrollo del mismo deberán atender a los criterios de legalidad de la prueba, como aspiración a que la misma sea admitida y valorada por el juez. De tal forma, la regla de exclusión constituye finalmente un condicionamiento de la facultad valorativa del juez, ya que éste deberá abstenerse de emplear como fundamento de su valoración, las pruebas ilícitas o ilegales. Se trata en este caso de construir un convencimiento judicial libre de errores, que precisamente serían *de derecho por falso juicio de legalidad*¹⁸³.

¹⁸² Ob. Cit., pág. 264.

¹⁸³ ‘...se comete al hacer el inventario de la prueba o se patrimonia y se valora, a pesar de ser nula, o no se inventaría por considerarla nula sin serlo, sin embargo, se engloba, bajo la denominación ya indicada (falso juicio de legalidad), y es considerado un error in iudicando de apreciación probatoria...’. PARRA QUIJANO; Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Décima Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002. Pág. 104.

2-5-2. Finalidades de la regla de exclusión: Entre las diversas posibilidades podemos resaltar;

a) Efecto disuasivo: Para los organismos de investigación que ante la posibilidad de no estimarse valorativamente la prueba contraria a las exigencias del artículo 29 constitucional, se abstendrían de realizar prácticas con violación de las garantías procesales o de los derechos fundamentales. Respecto de este anota CHIESA que busca ‘...**disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce como *deterrence*...**’¹⁸⁴. Es un argumento disuasorio que por vía de una especie de ‘prevención general’ en materia probatoria, le dice a toda la comunidad investigativa (Fiscales y Policía Judicial) que las pruebas que desconocen el debido proceso constitucional, no tienen cabida en el proceso penal. Por ello, es oportuno cuando el profesor PARRA QUIJANO escribe: ‘...**Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso, es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimularla...**’¹⁸⁵.

b) Garantizar la integridad de la Administración de Justicia: Ha dicho la Corte Constitucional: “**El sistema de juzgamiento es el resultado de la expresión de la ley, la cual determina de forma precisa y coherente cómo se han de adelantar los juicios, entendiéndose dentro de este género lo correspondiente a los actos de las partes y del juez. ...El juicio es propiamente acto del juez en cuanto juez; por eso se le llama así, pues juez significa ‘el que decide conforme al ius’. Y el derecho es**

¹⁸⁴ CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 280.

¹⁸⁵ PARRA QUIJANO; Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Décima Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002. Pág. 22.

objeto de la justicia, por tanto el juicio, de acuerdo con la definición del término, corresponde siempre a lo justo y así el juicio, que se refiere a la determinación recta de lo que es justo, pertenece propiamente a la justicia. Por eso dice Aristóteles en la Ética, libro V, capítulo 4 ‘Los hombres acuden al juez como a la justicia viviente’¹⁸⁶. Por tal razón, la Administración de Justicia debe estar preservada ante las actuaciones irregulares o ilícitas de los organismos de investigación del Estado, pues siendo el centro de discusión del derecho, no es posible permitir que el proceso se convierta en escenario de validación del actuar irregular de aquellos. O como escribe CHIESA ‘...las Cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida...’¹⁸⁷.

c) Garantizar niveles de justicia material: De acuerdo con el artículo 1 de la ley 270 de 1.996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), esta función pública de carácter permanente debe hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la ley. Lo que reclama el respeto del debido proceso, el respeto de los derechos fundamentales y como dice la Corte Constitucional **‘la realización de la justicia en el caso concreto’¹⁸⁸.**

d) Confianza en la Administración de Justicia: Escribe CHIESA que una de las finalidades de esta regla, es **‘...impedir que el gobierno se beneficie**

¹⁸⁶Sent. T-158/93. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸⁷ Ob. Cit. Pág. 285.

¹⁸⁸Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

de sus propios actos ilegales; de otra manera, el pueblo pierde confianza en el gobierno.¹⁸⁹. Si bien dicha alusión al ‘gobierno’ puede referirse al origen político de la Fiscalía en dicha nación, no puede desconocerse que la Administración de Justicia mediante el ejercicio de la acción penal se hace en nombre del Estado (art. 66 C.P.P.), razón por la cual, la producción y valoración de pruebas abarca la credibilidad no solo de la Administración de justicia, sino también de funcionarios de la Fiscalía, la Policía Judicial y eventualmente de la Policía Nacional, y en caso de valorarse las pruebas ilícitas o ilegales, se enviaría a la comunidad como mensaje que la vulneración aleva de los derechos produce efectos positivos o al menos excusables.

2-5-3. Condiciones de aplicación de la regla de exclusión.

De la redacción de la regla de exclusión y del análisis de la misma practicado en las sentencias **SU-159/02** y **C-591/05** y de las sentencias referidas de la Corte Suprema, es concluyente que su aplicación y consecuencias se deriva tanto de la *prueba ilícita* como de la *prueba ilegal*.

Ya que ambos conceptos, según las estimaciones de las mismas Cortes que compartimos, envuelven la noción de las pruebas que se obtienen con el desconocimiento de los principios acordes al debido proceso constitucional consagrado en el artículo 29. Pese a sus diferencias, pasamos a exponer algunos criterios de valoración, haciendo énfasis en las diferencias necesarias.

¹⁸⁹ Ob. Cit. Pág. 285.

1- Entidad de la irregularidad:

En el caso de la **prueba ilegal** se realizará un juicio complejo que incluye la verificación de la ausencia de algún requisito legal, la demostración de la esencialidad del requisito legal pretermitido, su efecto y la trascendencia del mismo sobre el debido proceso. Criterio sentado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la de septiembre 7 de 2.006 y la de octubre 5 de 2.006¹⁹⁰, y compartido por la Corte Constitucional en sentencias como la SU-159-02¹⁹¹.

La esencialidad de la irregularidad es condición para la exclusión probatoria en caso de la prueba ilegal, pues como ha señalado la Sala Penal de la Corte: **‘...la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba...’**¹⁹² y, en sentido similar la Corte Constitucional: **‘...es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida....’**¹⁹³

¹⁹⁰...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 prueba..’. Sent. Sep 7/2006, Rad. 21529, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹⁹¹ ‘...el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta...’

¹⁹² Sent. Sept. 7/2006. Rad. 21529. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

¹⁹³ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

No obstante, la problemática en este punto se encuentra al referirse a la noción de lo *‘esencial’* o inclusive de *‘irregularidad menor’*. Aparentemente, los mismos podrían desentrañarse de las palabras de la Corte Constitucional: **‘...una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal...’**¹⁹⁴. Esta apreciación, se reitera en la sentencia C-591 de 2.005, que analizando el nuevo esquema acusatorio resalta su análisis con fundamento en la misma teoría¹⁹⁵. Igualmente, la Sala Penal de la Corte anota: **‘...no resulta imperativa la exclusión cuando se trata de una prueba afectada de irregularidades menores, que por esa misma entidad no desconocen derechos fundamentales ni afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa...’**¹⁹⁶.

De tal modo, lo *esencial*, en una aproximación inicial sería lo **‘perteneiente o relativo a la esencia. Sustancial, principal, notable.’**¹⁹⁷ Y, del mismo modo la *esencia* es: **‘Aquello que constituye la naturaleza de las cosas,**

¹⁹⁴ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

¹⁹⁵ ‘... En lo que concierne a las fuentes de exclusión y de la sanción respectiva, en la sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte consideró:...’ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

¹⁹⁶ En sentencia de casación de feb. 16/98, Rad. 10373. M.P. DR. Carlos E. Mejía E, reiterada en sentencia de abr. 6/2005, Rad. 21483, M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla. Que como se verá en el punto pertinente ha sido conservada como línea jurisprudencial.

¹⁹⁷ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Real Academia de la Lengua Española, Bogotá. 2.001, Pág. 655.

lo permanente e invariable de ella. Lo más importante y característico de una cosa.¹⁹⁸. En consecuencia, serían requisitos esenciales de la prueba aquellos que por definición legal constituyen una característica importante de la misma, sin la cual pierde su naturaleza o se estima inexistente.

Un ejemplo de esto lo podríamos encontrar en el *descubrimiento de la prueba* en el nuevo esquema procesal acusatorio colombiano que opera por exigencia de los artículos 250 Constitucional: **‘...En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado.’** y, desarrollado por los artículos 15, 142, 337, 344, 356, 357, 358. Respecto al descubrimiento ha dicho la Sala Penal de la Corte: **‘...Es de la esencia del sistema acusatorio colombiano, el descubrimiento....’**, ya que el mismo se relaciona **‘...en modo significativo del talante adversarial de los sistemas acusatorios...’**¹⁹⁹. De tal forma, aunque suene redundante, el descubrimiento es un requisito de la esencia del sistema probatorio penal, por lo cual, en la sentencia citada aporta la Sala Penal de la Corte: **‘... el descubrimiento es uno de los parámetros que condiciona la pertinencia y el decreto de la prueba por parte del Juez; y por la necesidad de observar las formas propias del juicio. Tan es así, que si llegare a practicarse una prueba que no fue descubierta y pese a ello se utiliza como fundamento de la sentencia, en segunda instancia o en sede de**

¹⁹⁸ Ib.

¹⁹⁹ Sent. Feb. 2172007. Rad. 25920 M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

casación es factible aplicar la regla de exclusión, por mandato constitucional (artículo 29 de la Carta) y de la ley (artículo 360 –prueba ilegal- de la Ley 906 de 2004), según el cual, el Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal...²⁰⁰. Lo cual determina que los elementos materiales probatorios no descubiertos no deberían ser admitidos como prueba y que en tal caso deberían ser excluidos. Empero, como se examinará en los siguientes condicionamientos de la regla de exclusión, aún en este caso, la regla no es automática²⁰¹.

Visión similar, -aunque en el contexto de la ley 600, que empleamos como criterio de línea jurisprudencial, pues como veremos en el capítulo pertinente no existe variación sustancial en la misma- la Sala Penal de la Corte anotó: **‘...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**

²⁰⁰Sent. Feb. 2172007. Rad. 25920 M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

²⁰¹‘...la declaratoria de nulidad originada en el proceso de descubrimiento, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando

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...²⁰².

Del breve recuento jurisprudencial podemos observar que no existe un criterio muy definido de lo que representan requisitos esenciales e inclusive del valor de los mismos con relación a la prueba, afirmación esta última que se sustentará al examinar las condiciones restantes de la regla de exclusión.

De tal forma, aunque existe consenso en cuanto a que la misma opera en la omisión de los mencionados requisitos, la definición última de la exclusión dependerá del criterio que elabore el intérprete.

En todo caso, consideramos que en este aspecto no resulta del todo desafortunado el carácter abierto del concepto, ya que una regulación intensiva del mismo podría llevar al intérprete a utilizar una especie de tarifa legal que dejare por fuera del juicio de exclusión hipótesis no previstas en la regulación. Por ello, el tema depende del desarrollo adecuado de la jurisprudencia que reconozca algunas exigencias legales en relación a la prueba como de su esencia y naturaleza y que por tanto su desconocimiento podría conllevar la exclusión. Tal el caso, por ejemplo, del descubrimiento probatorio tratado en precedencia, que en casos de total ocultamiento de la evidencia física o material probatorio, debería llevar en todos los casos a la exclusión.

la parte que alega lo demuestre..'. Sent. Feb. 21/2007. Rad. 25920 M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

En el caso de la **prueba ilícita**, la verificación de la naturaleza o identidad de la irregularidad, nos parece un poco menos sujeta a discusión -aunque el concepto de núcleo esencial es un poco ambiguo-, y a la vez más estricto, en cuanto que la Sala Penal de la Corte ha manifestado: ‘...**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...**’²⁰³. Por consiguiente, siendo en esta, el objeto de discusión el respeto de los *derechos fundamentales*, la verificación de la regularidad de la actuación será el conocido **núcleo esencial**.

El **núcleo esencial**²⁰⁴ de un derecho fundamental está comprendido por diversas acepciones, pero en general puede entenderse como tal:

²⁰² Sent. Oct. 5/2006. Rad. 23284. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

²⁰³ Sent. Sept. 7/2006. Rad. 2159, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz. En la misma línea jurisprudencial la sentencia de oct. 5/2006, Rad. 23284, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

²⁰⁴ ‘...a él pertenecen aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es, pero no es lógicamente posible dar una noción anticipada que satisfaga a plenitud las exigencias de una definición...’....El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares.Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose....aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos....Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas”. Sentencia T-002/92 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.... Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y

‘...aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose...’²⁰⁵, o también: ‘...parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos...’²⁰⁶. Dicho de otro modo, el núcleo esencial estaría comprendido por las condiciones mínimas de supervivencia del derecho, las cuales se desprenden de su consagración en el texto constitucional, aunque a ello no siempre se llegue de modo inequívoco.

Ante esta perspectiva, pese a la dificultad que la noción de núcleo o contenido esencial representa, no obstante resultan útiles las definiciones que por vía de constitucionalidad o de sentencias de tutela, ha realizado la Corte Constitucional, o en este último caso las demás Corporaciones Judiciales, respecto al contenido de muchos derechos consagrados por la Carta, y en especial a los derechos de intimidad, de dignidad personal y protección contra tratos crueles, inhumanos y degradantes, que serán profundizados en este trabajo.

En conclusión, en materia de prueba ilícita, si bien depende también de cierto nivel valorativo en cuanto a la vulneración del *núcleo esencial del derecho fundamental*, el margen de discrecionalidad es menor

efectivamente protegidos.’ Sent. C-179, Exp. P.E. 002, Abr. 13/1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁵Sent. C-179, Exp. P.E. 002, Abr. 13/1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁶Sent. C-179, Exp. P.E. 002, Abr. 13/1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

comparativamente con el de la prueba ilegal, pues tratándose de pruebas ilícitas no cabrán en nuestro sentir, valoraciones o ponderaciones en cuanto a subsanación de las mismas por el silencio del procesado o por contingencias propias de la contradicción oral en las audiencias. Porque la prueba ilícita constituye una de las más graves afectaciones al proceso penal, por cuanto implica desconocimiento de los derechos fundamentales y muchas veces lleva implícita graves violaciones de los derechos humanos.

2- Concepto de debido proceso y vigencia de garantía:

En la sentencia SU-159/02 ya citada la Corte Constitucional estableció que la acepción *debido proceso* contenida por el artículo 29 Constitucional, se refiere tanto a las *reglas procesales* y a las relacionadas con contenido sustancial, como aquellas sobre la limitación de derechos fundamentales. De tal modo, al analizar la legalidad o ilicitud de la prueba, la valoración no se surtirá desde el ámbito puramente formal, sino que incluirá el cumplimiento de las garantías constitucionales, o como lo prescribe el artículo 2 constitucional: **‘...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.**

Esta condición de aplicación de la regla de exclusión, tiene fuerte incidencia en la valoración final de la entidad de la afectación reprochada. Porque, introduce como criterio compartido por la Sala Penal de la Corte y la Corte Constitucional, la necesidad de examinar la trascendencia de la irregularidad y realizar una ponderación de la realidad procesal con los derechos comprometidos. Así, en sentencia de septiembre 7 de 2.006 la Sala Penal de la Corte, expresó: **‘... En consecuencia, puede colegirse que por no**

cumplir los requisitos legales para su aducción, fue irregular la incorporación de la copia de la indagatoria de ÓSCAR OSWALDO MANRIQUE MURILLO. Sin embargo, con el mismo convencimiento, se declara que no es aplicable la regla de exclusión y que, por tanto, ha debido sopesarse sin restricción alguna dicha prueba, porque la parte directamente afectada, integrada por el implicado JULIÁN LEONARDO MANOSALVA CASTAÑEDA -quien intervino a través de vocero- y su defensor técnico, con su comportamiento procesal convalidaron la irregularidad, al punto que sus prerrogativas fundamentales quedaron indemnes, porque tuvieron la oportunidad de controvertirla en la audiencia pública, como efectivamente lo hicieron -el defensor y el vocero- destinando buena parte de su intervención a restarle mérito a la declaración de MANRIQUE MURILLO. (*Folio 381 y 397. cdno. 1*). Vale decir, la defensa terminó aceptando la incorporación de la prueba y la admitió entre el conjunto de medios de convicción, así fuera “*en gracia de discusión*”, como lo dijo, al punto que al ejercer el derecho de contradicción sobre la misma dejó a salvo los derechos fundamentales del implicado...²⁰⁷. Con lo cual se estima que no basta la presencia de irregularidad, siempre y cuando se pueda acreditar que la parte conoció la circunstancia, pudo ejercer el derecho de contradicción y la apreciación global de la actuación coteja la garantía de sus derechos procesales, por su conocimiento particular del medio de prueba. Lo que introduce un criterio de **convalidación**²⁰⁸.

²⁰⁷ Sent. Sept. 7/2006. Rad. 21529. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

²⁰⁸ Criterio no contrariado por la Corte Constitucional, que en una oportunidad lo tuvo en cuenta como derecho viviente: ‘... **La Corte constata que en varias sentencias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no todo desconocimiento de las formalidades que establece el legislador para el decreto y la práctica de una determinada prueba, hace necesaria su exclusión. Para la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de irregularidades**

Criterio que no consideramos oportuno en materia de la **prueba ilícita**, porque en esta, será admisible *ponderación* solo al límite de definir la afectación del **núcleo esencial**, pero una vez acreditada la violación, la única alternativa para el juzgador será la exclusión de la prueba ilícita. De lo contrario, se tendría como conclusión que la violación de los derechos humanos y de los derechos fundamentales es admisible, según el caso concreto.

3- Declaración de la exclusión:

Una vez determinada la ilegalidad o ilicitud de la prueba, es reclamable que el juzgador así lo declare de manera expresa. Así se deduce de la normatividad procesal penal, entre ella el artículo 359 C.P.P. que determina que el juez excluirá los medios de prueba por solicitud de las partes o el Ministerio Público, lo cual implica una decisión expresa del funcionario judicial. Tal como lo había postulado la Corte Constitucional al definir la extensión que la Carta señala para la regla de exclusión: **‘... el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las**

menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta imperativa su exclusión...’ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia...²⁰⁹.

No obstante, si el funcionario judicial no declara de forma expresa la exclusión del elemento y las partes no lo controvierten en este sentido, permanece el imperativo de que el juez de conocimiento se abstenga de valorarlo y en todo caso, quedará latente la posibilidad de demandar el error por vía de casación, tradicionalmente en el sistema anterior por la causal de error de *derecho por falso juicio de legalidad*²¹⁰; y en la actualidad o bien, por el numeral 1 del artículo 181 C.P.P., por la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; o bien, por la causal prevista en el artículo 181-3 ib., sobre el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

De lo expuesto, deducimos hasta el momento que la regla de exclusión (sobre todo en cuanto a la prueba ilegal) opera por un análisis combinado de la existencia de la irregularidad, la afectación de garantías y la intensidad y

²⁰⁹Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E. Agrega la Corte: ‘...Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución...’

²¹⁰ ‘...se comete al hacer el inventario de la prueba o se patrimonializa y se valora, a pesar de ser nula, o no se inventaría por considerarla nula sin serlo, sin embargo, se engloba, bajo la denominación ya indicada (falso juicio de legalidad), y es considerado un error in iudicando de apreciación probatoria...’. PARRA QUIJANO;

trascendencia de dicha irregularidad. Razón por la cual, no puede advertirse un criterio de valoración de la exclusión en abstracto, sino que se reclama un análisis concreto, prácticamente caso a caso. Más adelante examinaremos la incidencia de las omisiones en aplicación de la regla. No obstante, una vez establecida la irregularidad, es menester explorar el efecto que las pruebas ilegales o ilícitas tienen en otras obtenidas de manera lícita, que se han dado en llamar *pruebas derivadas*.

2-6. Pruebas derivadas.

Vista la regla contenida en el artículo 23 del C.P.P. **‘Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las prueba que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.’** (subrayado no original); del texto legal se desprende la problemática relativa a la *valoración de las pruebas lícitas que se obtienen en un procedimiento ilegal o ilícito*, es decir, lo que se ha denominado **‘los frutos’** de esa evidencia y que precisamente hace alusión a lo que se conoce como **‘prueba derivada’ o ‘pruebas ilícitas por derivación’**.

Al respecto CHIESA escribe: **‘La Regla de exclusión no se refiere solamente a la admisibilidad de la evidencia obtenida en el curso del registro o la detención ilegal, sino que se extiende a los “frutos” de esa evidencia cuyo origen está vinculado estrechamente a la evidencia**

obtenida originalmente en violación de la protección constitucional. Este es un principio general sobre cualquier Regla de exclusión ilegalmente obtenida, cuyo origen más claro esta en *Silverthorne Lumbre Co. v. United States* y que se conoce en la doctrina como '*fruits the poisonous tree*' ('frutos del árbol ponzoñoso').²¹¹. De tal forma, los vicios del árbol (árbol ponzoñoso - ilegalidad) se transmiten a los frutos. Es una problemática razonable toda vez que la prohibición de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física por medios ilegales o ilícitos, no cumpliría sus cometidos constitucionales y legales, si desde un principio, se diese por descontado el problema de la validez de las pruebas que se derivan del procedimiento irregular; pues el infractor de la protección constitucional tendría en todo caso presente la regla de que 'algo puede rescatarse del procedimiento irregular'.

2-6-1. Sistemas: Respecto a las posiciones ante la prueba derivada siguiendo la sentencia SU-159 de 2.002, podemos encontrar tres sistemas:

1) Sistema de exclusión discrecional: El funcionario tiene libertad de determinar la contaminación que la prueba principal o primaria, representa

del Profesional, Bogotá, 2002. Pág. 104.

²¹¹Se expresó así la Corte Suprema: La esencia de la prohibición de adquirir evidencia de determinada manera no es sólo que la evidencia así obtenida no será usada en el tribunal, sino que tampoco será usada en modo alguno. Por supuesto, esto no quiere decir que los hechos así averiguados se tornan sagrados e inaccesibles. Si se adquiere conocimiento de esos hechos mediante una fuente independiente, podrán ser probados como cualesquiera otros hechos, pero el conocimiento obtenido por el gobierno mediante sus propios actos ilícitos no podrá ser utilizado. En este caso se resolvió que el gobierno no podía obligar a un testigo a declarar ante un gran jurado cuando obtuvo el conocimiento de ese testigo a través de evidencia (documentos) ilegalmente obtenida...'. CHIESA, Aponte

para la derivada. Ejemplo de ello es el sistema Francés, en el cual, la Cámara de Acusación resuelve durante la instrucción, si se debe anular todo o parte de la prueba irregular y si tal exclusión debe extenderse a la prueba derivada²¹². Así el artículo 171 del Código Procesal Penal Francés, reza: **‘...Habrá nulidad cuando el desconocimiento de una formalidad sustancial prevista en una disposición de la presente Ley o cualquier otra disposición del enjuiciamiento penal haya atentado contra los intereses de la parte a la que afecte...’**²¹³, y el artículo 174 dispone: **‘...La sala de instrucción decidirá si la anulación debe limitarse a la totalidad o a parte de las piezas o documentos del procedimiento viciado o extenderse a la totalidad o a parte del procedimiento posterior y proceder según se contempla en el párrafo tercero del artículo 206...’**²¹⁴. Y, durante el proceso, el juez puede decidir en forma similar, salvo que se esté ante la decisión de la jurisdicción de instrucción, caso en el cual se entiende que la decisión de esta convalidó la decisión²¹⁵.

2) Sistema de Validez de la Prueba Derivada: Alemania es muestra de una tendencia a admitir esta prueba, lo que ha provocado crítica de autores

Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 317.

²¹²Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²¹³Código Procesal Penal. www.legifrance.gouv.fr

²¹⁴ Art. 206: ‘A reserva de lo dispuesto por los artículos 173-1, 174 y 175, la sala de instrucción examinará la regularidad de los procedimientos que le hayan sido encargados. Si descubriera una causa de nulidad, decretará la nulidad del acto afectado y, si procediera, la de la totalidad o parte del procedimiento posterior. Tras la anulación, podrá o bien avocar y proceder en las condiciones previstas en los artículos 201, 202 y 204, o bien reenviar el expediente del procedimiento al mismo juez de instrucción o a cualquier otro, con el fin de proseguir la instrucción.’ Código Procesal Penal. www.legifrance.gouv.fr

²¹⁵Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

como CLAUS ROXIN²¹⁶. De tal forma la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) ha aceptado excepcionalmente la aplicación de un *'efecto extensivo'* en la violación a la limitación del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, por implicar esto una vulneración del artículo 10²¹⁷ de la Ley Fundamental de la República Alemana²¹⁸. Contrario a ello, el Tribunal Supremo Federal Alemán, ha estimado que en caso de vigilancia telefónica ilícita existirá un efecto extensivo cuando las declaraciones del acusado y los testimonios se basen directamente en las actas ilícitas de la vigilancia²¹⁹ y, resalta ROXIN su objeto de crítica: **'...Para la invalorableidad no debe bastar que las autoridades de la investigación hayan llegado a la pista del acusado sólo en virtud de la vigilancia ilícita..'**²²⁰. Finalmente, resalta ROXIN un caso en el cual un agente provocador ingresa subrepticamente en una celda y obtiene información del imputado²²¹, caso en el cual el Tribunal Supremo Federal admite el testimonio para probar la culpabilidad del acusado²²².

²¹⁶ '...ello debe ser rechazado porque estimula directamente prácticas prohibidas y, en definitiva, permite vaciar de contenido al canon 136a...'. ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 206.

²¹⁷ Artículo 10 '[Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones] (1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones son inviolables. (2) Las restricciones sólo podrán ser dispuestas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo...'

²¹⁸ ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 205.

²¹⁹ ROXIN CLAUS, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.000, pág. 205.

²²⁰ Ob. Cit. Pág. 206.

²²¹ Ob. Cit. Pág. 206.

²²² Ib.

Como muestra de este sistema la Corte Constitucional también cita a Inglaterra²²³. Como ejemplo de ello se tiene el artículo 78 del ‘Police and Criminal Evidence Act 1984’, que determina: **‘...Exclusión de la evidencia injusta: (1) En cualquier procedimiento la corte puede rechazar la evidencia propuesta para acreditar si aparece a la corte que, en relación a todas las circunstancias en las cuales la evidencia fue obtenida, la admisión de la evidencia tuvo un efecto tan perjudicial para la equidad del proceso. (2) Nada en esta sección perjudicará cualquier regla de la ley que requiere a una corte excluir evidencia..’**²²⁴. Se resalta aquí un criterio aparentemente en cierta medida discrecional, que la Corte Constitucional señala como una inicial tendencia negativa a excluir inclusive la prueba originaria²²⁵. En todo caso la regla 76 del estatuto citado en materia de confesiones prescribe: **‘...(4) El hecho de que una confesión está excluida enteramente o en parte en virtud de esta sección no afectará la admisibilidad en evidencia-- (a) de cualquiera hechos descubiertos como resultado de la confesión;...’**²²⁶.

De tal forma, lo evidenciado en este sistema es que contrario a un postulado de discrecionalidad, la tendencia mayoritaria es de admisibilidad de la

²²³ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²²⁴ ‘...Exclusion of unfair evidence: (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse affect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it. (2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence...’
www.swarb.co.uk

²²⁵ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²²⁶ ‘...The fact that a confession is wholly or partly excluded in pursuance of this section shall not affect the admissibility in evidence-- (a) of any facts discovered as a result of the confession;...’. www.swarb.co.uk.

prueba derivativa de la ilícita primaria, por vía de excepciones que hacen inoperante la exclusión; inclusive con mandatos claros y expresos como el de la regla 76 arriba citada.

3) Sistema de extensión de la exclusión a la prueba derivada:

Esquemático de este sistema es el propio de los Estados Unidos, donde la regla general es la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, lo cual aplica a la prueba derivada, pues como se expuso en *Silverthorne Lumbré Co. v. United States*, antes citado, la pretensión de la regla de exclusión estriba en que la prueba así obtenida ‘no sea usada por el Tribunal’, lo que sin duda incluye sus ‘frutos’²²⁷.

Este sistema, consideramos salvaguarda de mejor forma la finalidad constitucional de la *regla de exclusión*, pues la prohibición constitucional en un proceso dotado de carácter lógico, implica valorar de forma imperativa el impacto de la ilegalidad o ilicitud en las pruebas que guardan relación con la primaria; lo que reclama no dejar discrecionalidad distinta a cualificar la relación entre unas y otras evidencias.

Postura seguida por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia, como lo hace de manera genérica la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Por tanto, dice la Sala Penal de la Corte: ‘...**La regla general consiste en que las**

²²⁷ CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 317.

pruebas lícitas derivadas de una prueba ilícita o de una prueba sustancialmente ilegal también deben excluirse.²²⁸.

2-6-2 Limitaciones a la regla de exclusión de la prueba derivada:

No obstante la inadmisibilidad general de la prueba ilícita primaria y de la derivada, la aplicación genérica de la doctrina de los '*frutos del árbol envenenado*' puede implicar una afectación total de prueba que resultaría razonablemente admisible, sino fuese por 'el concepto de causalidad implícito en la doctrina'²²⁹. En efecto, esta teoría indica que del árbol ponzoñoso (actuación ilegal) se derivan ciertos 'frutos' a los cuales se proyectan las deficiencias de la fuente, de manera que una lectura *causal* inexorablemente determinaría que la causa primaria afecta las consecuentes, y en atención a la protección constitucional, las pruebas derivadas tendrían que ser excluidas sin más análisis.

Por esto, la teoría mencionada se ha visto matizada desde la doctrina norteamericana, para lo cual siguiendo a CHIESA podemos citar como antecedente el caso *Wong Sun v. United States* de 1963, en el cual la Suprema Corte expone un criterio de distinción: '**...Whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint.**'²³⁰, lo que en traducción libre significa establecer: '**...Si,**

²²⁸ Sent. Oct. 5/2006. Rad. 23384. M.P. DR. Javier Zapata Ortiz.

²²⁹ CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 317.

²³⁰ Ob. Cit. Pág. 318.

concediendo el establecimiento de la ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la objeción inmediata es hecha proviene de la explotación de aquella ilegalidad o en cambio por el medio suficientemente distinguible para ser purgado de la corrupción primaria...' La acepción '*purged*' (purgado) hace relación a la posibilidad de que la legalidad del 'fruto' sea saneada o conservada, siempre y cuando ingrese a la actuación por medio lo 'suficientemente distinguible', o dicho de otro modo, un medio que implique una fractura con el curso causal de la prueba primaria ilícita.

Con esto comenta CHIESA se abandona el criterio 'a no ser que' (*but for*)²³¹, según el cual se examinaba si la evidencia hubiese podido ser alcanzada 'a no ser por la ilegalidad original'²³². Se trata entonces, de una tendencia moduladora de la aplicación de la regla de exclusión y específicamente en cuanto a las *pruebas derivadas*, del cual la Sala Penal de la Corte ha manifestado: '**... 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 *fente 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...**'.

De tal forma, la regla general continúa siendo la exclusión de las pruebas ilícitas o ilegales, regla que se extiende a las pruebas derivadas consintiendo en este último extremo en la aplicación de ciertas reglas

²³¹ Ob. Cit. Pág. 318.

²³² Ob. Cit. Pág. 318.

convalidantes que a título de excepción limitan la posibilidad de exclusión. Por esta razón el artículo 23 del C.P.P.: **‘...Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal...’**; efectos para los cuales según el artículo 455 ib, se tendrán en cuenta los criterios de vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley²³³. Criterios que el juez deberá ponderar teniendo 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...’**²³⁴. Y, deberá recordarse en todo caso, aunque parezca obvio, que lo discutible en estas circunstancias es la admisibilidad de la prueba derivada, por cuanto no resulta objetable que la prueba ilícita deberá ser excluida.

2-6-2-1.Vínculo atenuado:

Como expone CHIESA el concepto tiene su origen en *Nardone v United States*²³⁵, que literalmente manifiesta: **‘...The exclusionary rule prohibits introduction into evidence of tangible materials seized during an**

²³³‘...En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y los demás que establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación...’, Sent. C-591, Jun 9/2005. exp. D-5415. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Martínez.

²³⁴Sent. C-591, Jun 9/2005. Exp D-5415. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Martínez.

²³⁵Ob. Cit. Pág. 318.

unlawful search, and of testimony concerning Knowledge acquired during an unlawful search. Beyond that, the exclusionary rule also prohibits the introduction of derivate evidence, both tangible and testimonial, that is the product of the primary evidence, or that is otherwise acquired as an indirect result of the unlawful search, up to the point at which the connection with the unlawful search becomes so attenuated as to dissipate the taint....²³⁶. Aquí se estima que la prueba derivada ‘se purga’ por cuanto la conexión de esta con la prueba primaria se torna tenue. Y, se explica esta circunstancia teniendo en cuenta una de las finalidades de la regla de exclusión como es el *efecto disuasivo*, que justamente se pierde cuando el ‘...**vínculo entre la ilegalidad primaria y el fruto es ya tan atenuado...**’²³⁷.

Respecto a esta categoría, si bien es citada por la Corte Constitucional en sus sentencias SU-159/02 y C-591 Jun 9/2005, y por la Corte Suprema en las sentencias de septiembre 7 de 2006 (rad. 21529) y octubre 5 de 2006 (rad. 23284)²³⁸, no ahonda mucho la jurisprudencia nacional en criterios propios

²³⁶...La regla de exclusión prohíbe la introducción en pruebas de materiales tangibles agarrados durante una búsqueda ilegal, y de testimonio acerca del Conocimiento adquirido durante una búsqueda ilegal. Además, la regla de exclusión también prohíbe la introducción de pruebas derivadas, tanto tangible como la recomendación, que es el producto de pruebas primarias, o de otra manera es adquirido como un resultado indirecto de la búsqueda ilegal, hasta el punto en el cual la conexión con búsqueda ilegal se hace tan atenuada para disipar la corrupción...’.

²³⁷CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 319.

²³⁸Dice la Corte Constitucional: ‘... doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible...’. Y, por su parte la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: ‘... 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

en cuanto a la extensión del concepto de *atenuación*; no obstante hace alusión a doctrina extranjera como la de CHIESA que consultando el origen de las mismas, resultan oportunas para su comprensión. Así, en la sentencia su-159/02, la Corte Constitucional comentando el caso *Nardote* antes citado dice: **“...Dijo la Corte (de Estados Unidos): ‘en la práctica esta regla general puede ocultar complejidades concretas. Argumentos sofisticados pueden llegar a demostrar una conexión entre información obtenida a través de una interceptación ilícita y la prueba presentada por el Gobierno. Sin embargo, el sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada.’ ...²³⁹ .**

De lo expuesto en precedencia podemos adentrarnos a un criterio de lo *tenue* en su relación con el concepto de lo simple, es decir, si para lograr una conexión lógica con la prueba primaria se requiere de una deducción lógica de manera compleja y con forzadas variables, tendremos que concluir que la relación entre ambas evidencias es tenue. Piénsese por ejemplo en una confesión producto de la detención ilegal y presión sin presencia del abogado defensor, pero una vez superados los efectos procesales de este agravio, el procesado libremente confiesa ante funcionarios competentes y con pleno acatamiento de las garantías²⁴⁰. En este caso, inicialmente si estimamos que la afectación de la garantía proviene del actuar de agentes

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”...

²³⁹ Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²⁴⁰ Hechos similares a los del caso *Wong Sun v. United States*. CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 317.

del Estado que llevaron inicialmente al imputado a aceptar los hechos delictuosos, la conclusión sería que la intimidación inicial resulta suficiente para invalidar cualquier aceptación posterior (más aún considerando los efectos psicológicos de la incomunicación), ya que el núcleo de la violación es la aceptación de hechos por la coerción ilegal y los posteriores hechos tendrían una aparente fuerte relación. Sin embargo, considerando que el trámite posterior fue regular, aunque se declare sobre los mismos hechos, esta nueva confesión denota un vínculo tenue con la obtenida de forma ilícita.

Unos criterios orientadores en esta categoría podrían ser los trazados por LaFave & Israel²⁴¹, citados por CHIESA. Aquí se enuncian tres criterios para la aplicación de la regla del *vínculo atenuado*:

1) No es procedente cuando existe una larga cadena entre la evidencia derivada y la prueba primaria o cuando el vínculo solo se establece con un argumento demasiado sofisticado²⁴². Piénsese por ejemplo, en unas declaraciones tomadas con fundamento en las que a su vez se tomaron por las evidencias encontradas durante un allanamiento ilegal o en el mismo caso, argumentándose que si no se hubiese practicado la penetración ilegal del domicilio no se hubiese llegado a las declaraciones remotamente recogidas.

²⁴¹ Autores de entre otros: 'Modern Criminal Procedure: Cases, Comments, Questions' y de 'CRIMINAL PROCEDURE'.

²⁴² Ob. Cit, pág. 319. Y, se agrega: '...En tal caso es altamente improbable que la policía previera la evidencia impugnada como una consecuencia probable de su ilegalidad; luego, no podría ser una fuerza que motivara la conducta ilegal. De ahí la amenaza de exclusión no puede operar como disuasivo de esa situación...'

2) No es procedente cuando la evidencia se usa para un fin inusual o de significación relativa²⁴³. Por ejemplo, si habiéndose encontrado vestigios de sangre en el allanamiento ilegal, los mismos son empleados para pretender probar una deficiencia genética de alguno de los imputados que con su perfil de AND demostrará su presencia en otra escena de crimen.

3) Cuando la conducta de los investigadores es particularmente ofensiva mayor debe ser el alcance de la regla de exclusión²⁴⁴. Tal el caso de pruebas obtenidas mediante graves violaciones de los derechos humanos, que como veremos más adelante pueden invalidar la totalidad de la actuación.

2-6-2-2. Fuente independiente:

Podemos manejar como hito el caso *Murray v. United States*, donde CHIESA cita a la Suprema Corte de los Estados Unidos: ‘**...Mientras el gobierno no debería sacar ganancia de su actividad ilegal, tampoco debería ser colocado en una peor posición si ello de otra manera habría ocupado. Mientras que un posterior asimiento legal es genuinamente independiente de uno anterior...no hay ninguna razón por qué la doctrina de la fuente independiente no debería aplicarse...**’²⁴⁵. Así las cosas, según esta teoría, resulta admisible la prueba derivada cuando puede establecerse haberla obtenido de un medio legal independiente, esto es, sin

²⁴³Ob. Cit. Pág. 319.

²⁴⁴Ob. Cit. Pág. 319.

²⁴⁵‘...While the government should not profit from its illegal activity, neither should it be placed in a worse position than it would otherwise have occupied. So long as a later; lawful seizure is genuinely independent of an earlier, tainted one (which may well be difficult to establish where the seized good are kept in the police’s

relación de causalidad con la primaria prueba ilícita²⁴⁶. De tal forma, la prueba derivada, aunque material o virtualmente relacionada con la prueba ilegal, pueda presentar un origen o soporte distinto al que le daría la evidencia ilícita o ilegal²⁴⁷; de manera que este fruto (prueba derivada) prácticamente proviniese de un árbol distinto al que es considerado ponzoñoso²⁴⁸.

Aunque se trata de un caso algo discutible, buen ejemplo de esta regla la representan los hechos del caso *Murray v. United States*, en el cual pese a tener la información suficiente para solicitar la orden de allanamiento de un almacén, antes de ello, la policía ingresa al lugar; acto seguido sin mencionar la entrada ilegítima y sin invocar como sustento de la misma lo observado en el ingreso irregular, solicitan la orden de allanamiento

possession) there is no reason why the independent source doctrine should not apply...'. Ob. Pág. 320.

²⁴⁶ Sent. SU-159/02. Sent. Oct. 5/2006, ya citadas.

²⁴⁷ Escribe la Corte Constitucional: '... la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita...' Sent. SU-159/02. Y, la Sala Penal de la Corte Suprema: '... El tratadista argentino Eduardo M. Jauchen, explica que la *fuentes 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..'. Sent. Oct. 5/2006. Rad. 23384. M.P. DR. Javier Zapata Ortiz.

²⁴⁸ '...La carga, claro, recae primero sobre el acusado de demostrar a la corte del juicio de manera satisfactoria para ella que la grabación fue ilícitamente empleada. Después de demostrar eso –como plenamente sucedió en este caso– el juez de la causa debe dar una oportunidad, así sea restringida, al acusado de demostrar que una porción sustancial del caso en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Ello deja al Gobierno una amplia oportunidad de convencer a la corte del juicio de que la prueba por él aportada tuvo un origen independiente...'. *Nardote v United Satetes*. CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 319.

respectiva; una vez con orden en mano encontraron 270 paquetes de marihuana, y el procedimiento fue reprochado de viciado por los acusados, solicitando la exclusión de la evidencia²⁴⁹. En este caso la Corte de los Estados Unidos resolvió aplicar la evidencia independiente, condicionado a que la segunda orden de allanamiento no tuvo como fundamento las percepciones tenidas por los agentes durante el ingreso ilegal, y que sus testimonios girarían en torno a lo percibido durante el segundo ingreso²⁵⁰.

Como notamos, la clave es que las pruebas que se estiman derivadas puedan negar un origen ilícito y hallar soporte en otro medio legítimo. Por consiguiente consideramos que no se trata de encontrar una prueba incidental que de soporte a la derivativa, sino que se insiste, sea posible afirmar que la fuente de esta no es la primaria ilegítima, sino otra que siendo concurrente no guarda relación causal con ella.

2-6-2-3. Descubrimiento o hallazgo inevitable:

El núcleo de todas estas premisas es sin duda un procedimiento irregular que vicia la prueba primaria que se obtiene y, en las anteriores excepciones se torna más directa la discusión en cuanto a la relación causal o de conexidad que se establezca entre las evidencias, pues recordaremos que en un caso se trata de si dicha relación es tenue (vínculo atenuado) o se torna independiente (fuente independiente). En el caso del descubrimiento inevitable la discusión se centra en la potencialidad de la evidencia para ser

²⁴⁹CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 320.

encontrada en ciertas circunstancias racionales. Por esto escribe CHIESA: **‘...Aquí se trata de evidencia que si bien es cierto que no fue obtenida independientemente de la obtenida ilegalmente, comoquiera iba a ser obtenida...’**²⁵¹. Lo inevitable no es en consecuencia, vulnerar las garantías, sino que con un procedimiento regular o en uno irregular, la evidencia hubiese sido advertida en razón de las circunstancias.

Muestra de esta categoría es el caso *Nix v Williams* citado por CHIESA, dentro del cual ilegalmente la policía obtuvo información del acusado por inasistencia del abogado, sobre el lugar de ubicación del cadáver. No obstante, al mismo tiempo un grupo de 200 voluntarios planificadamente buscaban el cuerpo, en lugares que incluían aquel donde se hallaba la víctima. En este caso, la Corte de los Estados Unidos conceptuó: **‘...Declaraciones incriminatorias allí obtenidas en violación de derecho del demandado para ser asistido habían conducido la policía al cuerpo de la víctima. El cuerpo de hecho no había sido encontrado por una fuente independiente, y entonces la doctrina de la fuente independiente no era aplicable. Sostuvimos, sin embargo, que pruebas acerca del cuerpo no eran sin embargo inadmisibles porque una búsqueda que**

²⁵⁰ Ib.

²⁵¹ Ob. Cit. Pág. 321. La Corte Suprema dice al respecto: ‘... 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”...’, sentencias C-591/05 y de Oct. 23 de 2.006, Rad. 23284. Y, por su parte la Corte Constitucional: ‘...la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida... descubrimiento inevitable, es decir,

había estado en marcha descubrió el cuerpo, lo tenía no supeditado al descubrimiento producido por las declaraciones ilegalmente obtenidas. Esta doctrina de ' el descubrimiento inevitable ' obviamente asume la validez de la doctrina de la fuente independiente aplicada a pruebas al principio adquiridas ilegalmente. No tendría sentido no admitir pruebas ni excluirlas, porque la búsqueda independiente, no fue abortada, habría encontrado el cuerpo, si la búsqueda tuvo continuidad y de hecho hubiera encontrado el cuerpo...'²⁵².

Notamos como entonces, a pesar de la ilegalidad de la forma en que la declaración fue obtenida, las circunstancias determinaban que el descubrimiento de la evidencia era inminente. Por tales motivos, consideramos que para que resulte admisible la prueba derivada, debe existir como condicionamiento precisamente que la evidencia estuviese en circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan deducir fundadamente que sería encontrada. Como en el caso citado en ejemplo, la búsqueda continua y planificada, orientada inclusive al lugar donde se encontraba el

que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía...' Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²⁵² ...There incriminating statements obtained in violation of the defendant's right to counsel had led the police to the victim's body. The body had not in fact been found through an independent source as well, and so the independent source doctrine was not itself applicable. We held, however, that evidence concerning the body was nonetheless inadmissible because a search had been under way which would have discovered the body, had it not been called off because of the discovery produced by the unlawfully obtained statements. This 'inevitable discovery' doctrine obviously assumes the validity of the independent source doctrine as applied to evidence initially acquired unlawfully. It would make no sense to admit the evidence because the independent search, had it not been aborted, would have found the body, but to exclude the evidence if the search had continued and had in fact found the body....'. CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 321.

cadáver determinaba sin duda el hallazgo del cuerpo, por tanto, el carácter disuasivo de la regla de exclusión pierde vigencia en cuanto no tiene sentido que los investigadores vulneren los derechos en circunstancias en las cuales sin duda, tendrán acceso a la evidencia.

Como lo resalta CHIESA, en el caso *Nix v Williams*, el *descubrimiento inevitable*, representa para la Suprema Corte de los Estados Unidos una extrapolación de la teoría de la doctrina de la *fente independiente*: ‘...**La doctrina de descubrimiento inevitable, con sus exigencias distintas, es en realidad una extrapolación de la doctrina de la fuente independiente: Ya que pruebas corrompidas serían admisibles en el hecho de ser descubierto por una fuente independiente, debería ser admisible si inevitablemente hubiera sido descubierto ..**²⁵³’.

Se reitera que lo inevitable es lo que no se puede evitar, en este caso el descubrimiento, y debe establecerse de acuerdo a las circunstancias más íntimas de la prueba reprochada. Así, en el caso comentado no sería inevitable si la búsqueda hubiese sido esporádica, sin planeación o totalmente extraña al lugar donde se encontraba el cadáver. Del mismo modo, en el caso de la penetración al domicilio, no sería inevitable el descubrimiento si se tratase de un cadáver que se encontraba por ejemplo, en alguna condición que evitara su putrefacción y en circunstancias en las cuales nadie ha extrañado a la víctima, pues siendo estas las condiciones de

²⁵³ ‘...The inevitable discovery doctrine, with its distinct requirements, is in reality an extrapolation from the independent source doctrine: Since the tainted evidence would be admissible if in fact discovered through an independent source, it should be admissible if it inevitably would have been discovered...’. Ob. Cit. Pág. 322.

alerta de la presencia del cuerpo, su improbabilidad torna evitable el descubrimiento.

Los anteriores criterios y doctrinas considerados los análisis que en torno a ellos han realizado la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque denotan la estructura de un sistema complejo no limitable por reglas matemáticas²⁵⁴, representan herramientas para desentrañar el contenido de las previsiones de los artículos 23 y 455 del C.P.P., lo cual deberá realizarse atendiendo las previsiones constitucionales del debido proceso, pues como ha dicho la Corte Constitucional: **‘...Sin lugar a dudas, se trata de cambios importantes que imponen unos nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política. No obstante, en virtud del principio de unidad de la Constitución, aquellos “deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional... De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de**

²⁵⁴...De la breve descripción del derecho comparado se puede apreciar que la experiencia a la cual se refirieron los delegatarios de la Asamblea no puede reducirse a un par de reglas simples. Además, dicha experiencia es muy diversa, de tal forma que no se puede identificar un patrón común que pueda servir de referente para resolver cuestiones puntuales relativas a los alcances del artículo 29, inciso segundo, de la Constitución. No obstante, sí coincide con el tenor de dicha norma la tendencia detectada en dichos países en el sentido de que no deben ser admitidas las pruebas que son el resultado de conductas ilícitas o inconstitucionales, sobre todo cuando éstas son realizadas de manera premeditada por agentes del Estado que han de dar ejemplo de respeto a las reglas de juego que distinguen a las democracias constitucionales de los regímenes de corte autoritario y a los Estados de derecho de los estados policivos...’. Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción...²⁵⁵.

2-7. Sanciones a la vulneración de las reglas de exclusión.

Una vez establecidos los conceptos de prueba inconstitucional (ilegal o ilícita y derivadas) y los criterios de valoración de ésta y de la admisibilidad de la prueba derivada, debemos examinar la consecuencia procesal de permitir su ingreso a la investigación o al proceso. Y, como ya se anotó, los requisitos y condiciones de aporte válido del material probatorio se encuentran señalados por la ley. Sin lugar a dudas tratándose en el fondo de prohibiciones normativas, de la violación a la regla de exclusión prevista por los artículos 29 constitucional y 23 del C.P.P., se derivarán consecuencias que tendrán impacto en el futuro de la relación procesal probatoria.

En este sentido como se desprende del texto del artículo 29 de la Carta y de las sentencias SU-159/02 y C-591/05 ampliamente tratadas, la sanción general de la prueba contraria al debido proceso (ilegal o ilícita) será su *nulidad de pleno derecho*. Noción que en el ámbito del esquema acusatorio incluirá no solo a las pruebas en si mismas consideradas, sino también a los

²⁵⁵Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H. Y, agrega la Corte Constitucional en esta sentencia: ‘...no comparte la Corte las apreciaciones de algunos intervinientes que argumentan que la Corte debe dejar de lado las diversas líneas jurisprudenciales que ha venido sentado a lo largo de más de una década, en aspectos de derechos fundamentales relacionados con el proceso penal, por cuanto se trata de un “nuevo modelo acusatorio”... Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, más no en la dogmática...’.

elementos materiales probatorios y evidencia física²⁵⁶. Consecuencia de tal *nulidad de la prueba*, es la *exclusión* del elemento material probatorio, de la evidencia física o de la prueba. Esta sanción pesará tanto sobre las pruebas *primarias* como las *derivadas*, pues en virtud del mandato del artículo 29 constitucional y su desarrollo legal, la regla de exclusión procederá sobre **‘cualquier clase de prueba’**²⁵⁷. Y, además la ‘nulidad de la prueba’ procede no solo en caso de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino en general, ante violaciones de los derechos y garantías constitucionales, incluyendo cualquier medio probatorio²⁵⁸

Cierto es que la conclusión final dependerá de que se trate de ***prueba ilícita*** caso en el cual *inexorablemente la prueba debe excluirse, sin que puedan realizarse valoraciones adicionales sobre la eficacia o conveniencia de la prueba para el fin social del proceso*; o de la presencia de ***prueba ilegal***, donde se examinará la *esencialidad del requisito y su trascendencia en la decisión final*. No obstante, con independencia del tratamiento que se siga para la exclusión, compartimos el criterio sentado por la Corte Constitucional según el cual **‘...lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adopten decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad...’**²⁵⁹.

En cuanto al tratamiento que ha tenido las consecuencias de las pruebas contrarias al debido proceso en los códigos procesales nacionales, podemos

²⁵⁶... Así pues, en materia probatoria, se considera como prueba sólo aquella producida en el transcurso del juicio oral, lo cual no significa que los elementos probatorios y la evidencia física no queden sometidos a la cláusula de exclusión, en tanto que garantía del respeto de los derechos fundamentales...’. Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

²⁵⁷Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

²⁵⁸Ib.

observar que el Decreto 2700 de 1.991 no contenía entre sus normas rectoras una consagración expresa de la *regla de exclusión*, no obstante, el artículo 250 predicaba la inadmisión '*para determinar responsabilidad*', de las pruebas '**...obtenidas de forma ilegal...**', del mismo modo ordenaba: '**...El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces...**'; por lo cual, omisiones en este sentido serían estimables como *causal de nulidad* (art. 304-2: 'La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.').

En sentido similar la ley 600 de 2.000 no consagró explícitamente la regla de exclusión y del mismo modo, en el artículo 235 proscribió la admisión de las pruebas *obtenidas en forma ilegal* y ordenó *su rechazo* mediante providencia. Igual que el código precedente, la ley 600 consagró en el artículo 306-2 una causal genérica de nulidad que comprende la infracción comentada.

Criterio común entre estos Códigos, sería que no contienen la mención expresa de la regla de exclusión y que además, las consecuencias de la prueba inconstitucional -a pesar de que se ordena su rechazo expreso- estarían reguladas en la casual genérica de nulidad correspondiente a las *irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso*. Que en todo caso, consideramos comprensiva de manera implícita de la regla de exclusión consagrada en el artículo 29 Constitucional.

Ya en el marco de la ley **906 de 2.004** el cambio de principios procesales como el de permanencia de la prueba y el énfasis en los principios de

²⁵⁹Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

contradicción (art. 15), intermediación (art. 16), concentración (art. 17) y publicidad (art. 18), el tratamiento de la exclusión de la prueba se nutre del carácter dialéctico del debate probatorio y de la actuación en general, que determina la inclusión de momentos de consecución e introducción de la prueba -tema ya tratado en precedencia- y que se convierten a su vez en momento procesal oportuno para manifestar reproche a su aporte a la actuación.

Además, se cambió la técnica de configuración de la ineficacia de los actos procesales, tratando en artículos independientes la *nulidad derivada de la prueba ilícita* - de forma expresa por primera vez en la legislación- (art. 455 C.P.P.); la *nulidad por incompetencia del juez* (art. 456) y la *nulidad por violación a las garantías fundamentales* (art. 457). Así debe resaltarse que además del cambio en la técnica de descripción normativa, se consagra de manera expresa y especial la prueba ilícita como causal de nulidad, y del mismo modo, por primera vez se estipula de manera expresa la lista no taxativa de criterios de apreciación (vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable) que antes eran construcción jurisprudencial y doctrinal.

2-7-1. La Función del Juez de Control de Garantías en materia de exclusión de prueba: El artículo 250 de la Carta Política crea la figura del Juez de Control de Garantías, el cual tiene como misión ‘...**examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha**

respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos...²⁶⁰, y legalmente tiene la función en audiencia preliminar (Art. 154 C.P.P.) de legalizar la captura, recibir la formulación de imputación del fiscal (art. 286 ib) e imponer medida de aseguramiento (arts. 287, 306). Estas decisiones según las normas citadas, se harán tomando como soporte los elementos materiales probatorios que resulten suficientes para ‘sustentar la medida’. En consecuencia, cuestiones relativas a la discusión de los elementos materiales probatorios presentados por el Fiscal para legalizar la detención y para solicitar medida de aseguramiento, estarán sometidos a las prohibiciones probatorias previstas por el artículo 29 Constitucional y desarrolladas por el Código de Procedimiento Penal y podrán ser objeto de aplicación de la regla de exclusión. Así se deduce de las palabras de la Corte Constitucional que al analizar la *función de control de garantías manifestó: ‘...Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del*

²⁶⁰ Sent. C-591 jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H. En esta se expone el perfil constitucional del Juez de Control de Garantías: ‘...Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad...’.

control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso...²⁶¹.

Esta conclusión tiene consistencia con el querer del Constituyente plasmado en el artículo 29 constitucional, así como las previsiones del legislador en el artículo 23 del C.P.P., toda vez que la regla de exclusión como *principio rector* está dirigida a impregnar todas las actuaciones durante la investigación y el juzgamiento, lo cual incluye la función de control de garantías, más aún si representa la protección de las garantías fundamentales en las etapas anteriores al juicio oral. Por otra parte, de las normas citadas se desprende como principio general que a la actuación penal le repudia la permanencia de pruebas inconstitucionales (ilegales o ilícitas), razón por la cual el juez de control de garantías debe pronunciarse sobre su exclusión una vez las advierta.

A lo anterior se agrega que el artículo 237 C.P.P. consagra un control de legalidad posterior automático y obligatorio que debe realizar el Juez de control de garantías, sobre las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet. Medida que obviamente no

²⁶¹Sent C-1092, Nov. 19/2003, Exp. D4489. M.P: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

estaban previstas en la ley 600 de 2.000 (arts. 294, 297, 301), en donde debido a que la orden era dada por el Fiscal como director de la instrucción, los únicos controles procesales directos al alcance, eran las nulidades (art.306), y de cierta forma de modo reflejo por el control sobre la medida de aseguramiento consagrado en el artículo 392 de la ley 600, en el cual se podría eventualmente discutir la legalidad de las pruebas tomadas en cuenta para proferir medida de aseguramiento o para la afectación de bienes.

2-7-2. La exclusión de prueba como consecuencia de la acusación: Con la decisión del Fiscal de presentar escrito de acusación ante el Juez de Conocimiento (art. 336 C.P.P.), se vislumbra la obligación de descubrimiento, pues según el artículo 337-5 impone esta obligación al Fiscal señalando en escrito anexo los elementos materiales y evidencia física que pretenda hacer valer en el juicio, que será discutido en la audiencia de formulación de acusación (art. 344 ib) y, será en la *audiencia preparatoria* (art. 357 ib) donde se decidirá sobre el rechazo y exclusión de prueba ilegal (arts. 359 y 360 ib). De donde observamos como en el nuevo esquema acusatorio la regla general será la *exclusión oral de la prueba*, cumpliéndose así la exigencia de la Corte Constitucional referida a una manifestación expresa sobre la exclusión del medio de prueba²⁶².

En estas dos circunstancias anteriores, la exclusión será un acto formal de contenido sustancial (pues verifica el cumplimiento de garantías

²⁶²...los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia...'. Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

fundamentales), pero tiene un alto componente *material*, pues los elementos materiales probatorios y evidencia, son excluidos de manera física o material de la actuación, de modo que no llegan a ser apreciados en el juicio oral.

2-7-3. La exclusión de prueba en el juicio oral: Según lo visto, con fundamento en los artículos 337-5, 344, 346, 357 y 374 C.P.P. únicamente la prueba descubierta y solicitada o presentada en la *audiencia preparatoria*, podrá ser practicada en el juicio oral. Esto implica que en principio no habría exclusión material de prueba en esta etapa de la actuación, no obstante, consideramos que si llegado a este punto, se ha omitido de alguna forma la declaración de exclusión de un elemento material probatorio o evidencia física no discutido en etapas previas, inmediatamente el juez según petición de parte o de manera oficiosa así podría manifestarlo. Empero, ya en este punto, por las características del sistema, la regla general será que no se requieran manifestaciones de exclusión previas a la valoración probatoria, sino que será en este momento cuando si se ha omitido la exclusión de pruebas contrarias al debido proceso y sobre todo, las pruebas ilícitas, al momento de realizar la valoración probatoria, el juez así lo declarará y manifestará en consecuencia las razones por las cuales ese elemento de prueba en particular no podrá ser valorado.

Si no ocurriere lo anterior, en segunda instancia deberá reconocerse en curso del recurso de apelación o, llegados a extremos deberá declararse en el recurso de casación. No obstante, ya en estas instancias, deberá acreditarse que la sentencia no puede subsistir sin la presencia de la prueba indebidamente no excluida, pues ha sido precisamente la prueba ilegal o la ilícita el sustento indiscutible del fallo de condena o de absolución.

En contraste con lo anterior, dada la estructura del esquema propio de la ley 600 de 2000, en ella la exclusión operaba de manera menos controvertida, ya que por una parte era el Fiscal quien decidía al respecto durante la instrucción o eventualmente con el control del artículo 392 ya comentado y de manera excepcional por vía de la acción de tutela. Ya en el juicio en la discusión sería dirimida por el Juez, no obstante la prueba reprochada eventualmente ya había sido tomada en cuenta como fundamento de la resolución de acusación.

2-8.Nulidad de pleno derecho y extensión de la sanción

La acepción es **‘nula de pleno derecho’** propicia cuestionamientos a la naturaleza de la sanción que llevan implícita las pruebas inconstitucionales²⁶³.

Para empezar debemos precisar e insistir, que la expresión de pleno derecho no obsta la declaración judicial expresa de la exclusión, pues así lo ha manifestado la Corte Constitucional: **‘... Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de**

²⁶³Utilizamos este concepto pues por la consagración de la regla de exclusión en el artículo 29 de la Carta, están comprendidas en él, las pruebas ilegales y las ilícitas.

la sentencia...²⁶⁴. Criterio que encontramos ajustado a la realidad del nuevo esquema acusatorio, no solo por la actividad del mismo que ya hemos señalado, sino que por los moduladores de la actividad procesal (art. 27 C.P.P.) se recuerda que el juez como intérprete del derecho es también mensajero de la justicia, por lo cual el análisis de las condiciones de exclusión y su manifestación expresa, representan un 'juicio' de valor a los elementos materiales probatorios y una confirmación expresa del reproche constitucional y legal a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Y, con todo esto, se fortalece la función disuasiva de la regla de exclusión y se reafirma la permanente vigencia de los derechos fundamentales, ya que tanto los órganos investigadores como las víctimas de sus atropellos, serán testigos en una audiencia pública de los efectos de desconocer los mandatos constitucionales erigidos como límites a la arbitrariedad.

Punto interesante a resaltar es el criterio de '**inexistencia**' de los elementos de prueba que emplea la Corte Constitucional en la sentencia C-1092/03 antes citada. Pues, precisamente invita a cuestionarse si la sanción del artículo 29 constitucional es la *inexistencia* o la *nulidad de la prueba*. Consideramos que el criterio de *nulidad* congloba de mejor forma las características de la regla de exclusión y sus condiciones de operancia. Así, hemos visto que por razones constitucionales y de garantía, para la protección de los derechos fundamentales y el debido proceso, se requiere manifestación expresa, para disuadir con ello, la violación de tales principios y derechos. Por tanto, resultan pertinentes las precisiones de la Sala Penal de la Corte sobre la diferencia entre los conceptos de nulidad e inexistencia:

²⁶⁴Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

‘...La inexistencia y la nulidad no se pueden asimilar por tratarse de fenómenos que se originan en distintos motivos y producen efectos completamente diversos. Así, un acto procesal se torna inexistente cuando se practica sin el lleno de los requisitos legales, como es el caso de las diligencias que se adelanten con el sindicado sin la presencia de su defensor, situación que no afecta la actuación procesal posterior, sino que implica para el funcionario respectivo, no tomar en cuenta ese acto. La nulidad en cambio, sí debe ser declarada judicialmente, pues se deriva de las graves irregularidades cometidas por el funcionario judicial que por desconocer garantías fundamentales y/o la estructura del proceso, afecta toda la actuación surtida a partir del momento en que se cometió el vicio...’²⁶⁵.

De tal forma, la sanción del inciso final del artículo 29 constitucional será la nulidad de la prueba (no su inexistencia), ya que va más allá de la omisión de requisitos legales, y se constituye como en el criterio de nulidad comentado por la Sala Penal de la Corte, vulneración por cierto grave, de garantías fundamentales y del debido proceso. Por otra parte, si pensáramos que en la prueba ilícita se trata de un problema de inexistencia, bastaría con desconocer el elemento material probatorio reprochado para purgar el problema, pero siendo esto así, no existiría el dilema de la prueba derivada, problemática la cual sin duda, no se satisface con afirmar que la prueba inconstitucional es inexistente y que no se tomará en cuenta ese elemento.

2-8-1. extensión general de la nulidad: La sanción constitucional comprende a la **‘prueba obtenida con violación del debido proceso.’** Del

²⁶⁵ Sent. Agost. 21/03. Rad. 13961, ratificada en Sent. Agost. 31/05, Rad: 22728, M.P: Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

texto constitucional se deduce como ya se ha mencionado, que respecto de la prueba ilícita el sistema colombiano ha adoptado la teoría del *fruto del árbol envenenado*, descartando por tanto, la teoría de la *manzana envenenada en el cesto de frutas*, por la cual **‘...bastaría con que una de las pruebas que hacen parte del acervo probatorio esté viciada, para que dicha contaminación se extienda al resto de las pruebas, sin importar cual sea su relación con la prueba cuestionada...’**²⁶⁶. Es este el criterio que la Corte Constitucional ha sostenido desde sentencias como la C-491 de 1995²⁶⁷, C-372 de 1997²⁶⁸, SU-159 de 2002 y C-591 de 2005; así en la sentencia SU-159 de 2002, expresó: **‘...el efecto que se sigue de la declaración de la nulidad de una prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso constitucional es solamente ese, la nulidad de la prueba...’**. Y, en la sentencia C-597 de 2005, manifestó: **‘...cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión...’**.

De tal forma, la sanción no debe extenderse a la totalidad del proceso, sino única y exclusivamente a la prueba reprochada y dadas las circunstancias, a sus derivadas. Es esta la regla que se desarrolla por los artículos 23, 359, 360 y 455 del C.P.P., que restringen la exclusión y por tanto la nulidad, a la prueba ilícita concreta, no a toda la actuación.

²⁶⁶Sent. SU-159/02, Exp. T-426353, M.P. Dr. Manuel José Cepeda E.

²⁶⁷... es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba...'. M.P: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶⁸..De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí...'. M.P: Dr. Jorge Arango Mejía.

Es esta una consecuencia no solo de la descripción normativa, sino también de la lógica del proceso, por la cual cada acto y actuación descansa sobre una construcción propia, destinada al fin común de la decisión final. De tal modo, las irregularidades en el recaudo de ciertas pruebas no tendrían por regla general, por qué afectar o invalidar otras legalmente ejecutadas, más allá de las que derivan de la evidencia ilícita.

Sin embargo, como pasamos a verlo a continuación, esta regla de nulidad específica y exclusiva del medio probatorio, se ve modulada en el caso de *tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial*.

2-8-2. extensión especial de la nulidad en materia de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial y en general violación de derechos humanos o crimen de lesa humanidad, imputable a agentes del Estado:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, afirma que **‘la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza’**. Y, el artículo 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, dice: **‘Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración’**. Por otra parte, el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece: **‘Todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración**

que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración’.

En este orden de ideas, al analizar en la sentencia C-591/05 la constitucionalidad del artículo 457 del nuevo Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional hizo énfasis en que la regla general ha sido que la vigencia de la regla de exclusión no invalida todo el proceso. No obstante, ha introducido un criterio que puede estimarse como una expresión de la doctrina de la *manzana envenenada en el cesto de frutas*, en casos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial; dice la Corte que: **‘...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 vinculo 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....’²⁶⁹.**

²⁶⁹Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

La excepción al principio de permanencia del proceso se explica porque: **‘...tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial... Sin lugar a dudas resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones...’²⁷⁰ .**

Representa éste un precedente monumental en materia de prueba ilícita, que se explica por la entidad de la vulneración, representada en una de las más graves violaciones a los derechos humanos, como son los delitos de *lesa humanidad*, entre ellos la tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

La razón para esta determinación además de la entidad de estas violaciones a las garantías fundamentales, parece explicarse en que en la adopción del nuevo esquema acusatorio, cobra preponderancia la necesidad de disuasión

²⁷⁰ Ib. Y agrega la Corte Constitucional: ‘...Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”

a los encargados de la actividad investigativa. Por eso, como este tipo de conductas representa la más grave negación de la condición humana, el proceso pierde toda lógica.

Así que resaltamos que la conclusión en estas circunstancias es la nulidad de todo el proceso y además el impedimento para el juez de conocimiento.

Este criterio parece no discutido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual trató la sentencia C-591 de 2.005 como precedente en sus sentencias de septiembre 7 y octubre 5 de 2006, con lo cual, consideramos se abre la puerta para que en adelante en procesos en estas circunstancias, al ser conocidos en casación por quien se invoca como máximo tribunal de la justicia ordinaria, no se encuentren razones para convalidar la actuación de ningún modo y, entonces se anule todo el proceso, sin más consideraciones que la existencia del delito de lesa humanidad cometidos por los agentes estatales.

2-9.Regla especial de exclusión en materia de allanamientos:

Otra de las novedades de la ley 906 de 2004 en materia de lo que es objeto de este trabajo, es que contiene en su artículo 232 una cláusula de exclusión expresa en materia de registros y allanamientos. Para adentrarnos en este punto -y porque nos será útil más adelante- nos referiremos brevemente al núcleo esencial²⁷¹ del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de

²⁷¹...El núcleo esencial de un derecho fundamental es el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Consiste en aquellas facultades necesarias para que el derecho sea reconocido como lo que es,

la Carta Política y como principio rector en el artículo 14 de la ley 906 de 2004 y, en su amplia relación con la inviolabilidad de domicilio preceptuada por el artículo 28 constitucional.

El derecho a la intimidad tiene una doble connotación, por una parte constituye el derecho a *secreto que restringe la divulgación de información personal íntima o privada*²⁷². Por otra, como *libertad*, esto es, como la *posibilidad del individuo de condicionar y decidir las circunstancias de su vida privada y familiar*²⁷³. Además, posee también un doble status. *Negativo*, que representa la *prohibición y defensa ante la infiltración en la esfera privada del individuo*. Y, uno *positivo*, que *controla las informaciones que afecten a la persona o la familia*²⁷⁴. De tal modo, el núcleo esencial del derecho a la intimidad **‘...asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad...’**²⁷⁵.

A este análisis debe añadirse, el valor que constitucionalmente tiene *el domicilio*, como lugar de desarrollo de las potencialidades del ser²⁷⁶. Por tanto, la Corte Constitucional, expone: **‘...por inviolabilidad de domicilio se entiende en general el respeto a la casa de habitación de las**

sin que se desnaturalice. Se viola el núcleo esencial de un derecho cuando en su regulación legislativa queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultan irrazonablemente su ejercicio o lo privan de protección...’. Sent. C-489, Nov. 2/95, Exp. D-878. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷² Sent. C-489, Nov. 2/95, Exp. D-878. M.P. DR. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷³ Ib.

²⁷⁴ Ib.

²⁷⁵ Ib.

personas, lo cual muestra que el concepto de domicilio a nivel constitucional no corresponde a su acepción en el derecho civil. En efecto, la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así más que a un espacio físico en sí mismo al individuo en su seguridad, libertad e intimidad...²⁷⁷.

De allí la forma en que se estructura la inviolabilidad del domicilio por la Carta de 1991, protegiendo toda molestia en la persona, familia o domicilio con la exigencia de orden escrita de *autoridad judicial competente*. Que contrasta con el contenido del artículo 23 de la Constitución de 1886: **‘...Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes...’**. Texto que no limitaba la intervención en tales garantías expresamente a las autoridades judiciales y que dejaba en cierta medida abierta la intromisión de autoridades como las de policía.

Así las cosas, en materia de domicilio y libertades anexas a la intimidad, el artículo 28 de la Carta Política de 1991, establece una expresa *reserva*

²⁷⁶...La libertad personal y el domicilio así entendido son entonces en gran medida presupuesto de todas las demás libertades y derechos...’. Sent. C-024/94. Exp. D-350. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷⁷Sent. C-024/94. Exp. D-350. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

judicial, condicionando la validez de la intromisión en tales garantías a la participación judicial; que como veremos, en el nuevo esquema acusatorio de la ley 906 de 2004 corresponde a la participación armónica del Fiscal y del Juez de Control de Garantías.

Por consiguiente, del texto del artículo 28 constitucional, se desprenden tres requisitos para la afectación de la intimidad y el domicilio: a) Mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) El respeto a las formalidades legales, y c) La existencia de un motivo previamente definido en la ley²⁷⁸; requisitos que condicionan no solo el trabajo del legislador, sino la lectura que la Administración de justicia realice al momento de valorar las hipótesis concretas sometidas a su conocimiento²⁷⁹. Esta preceptiva se debe conjugar con las previsiones del artículo 250-2 constitucional²⁸⁰, que define como función de la Fiscalía General de la Nación, *adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones*, actividad sometida al estricto *control posterior del Juez de Control de*

²⁷⁸Sent. C-024/94. Exp. D-350. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Criterios reiterados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de sep. 5/2005, Rad. 23770, MP. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

²⁷⁹‘...El respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido en la ley -requisitos b) y c)-, hacen referencia a que en la expedición de una orden de allanamiento o de privación de la libertad como en su ejecución se observe el debido proceso, consagrado como principio en el artículo 29 superior. La existencia de un motivo previamente definido en la ley hace alusión al principio universal de legalidad, es decir que sólo la ley puede definir las circunstancias en que la naturaleza del hecho punible -delito o contravención-, ameritan la privación de la libertad a una persona. Igualmente que sólo la ley podrá establecer los casos en los cuáles puede un juez ordenar un registro domiciliario. La Constitución estableció entonces una estricta reserva legal en materia de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, por lo cual estos derechos no pueden ser limitados sino por la ley...’. Sent. C-024/94. Exp. D-350. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Garantías. El artículo 250-2 constitucional es desarrollado por los artículos 219 a 232 del nuevo Código de Procedimiento Penal. De modo que el Fiscal expedirá la orden escrita de registro que será realizado por la policía judicial. Orden que tendrá como finalidad obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del imputado o condenado.

De los artículos 219 a 232, la Corte Constitucional ha establecido los que considera *requisitos esenciales* para la práctica del allanamiento. Que siguiendo expresamente sus palabras son: (1) Debe ordenarse con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva; (2) deben existir motivos razonablemente fundados²⁸¹ para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o partícipe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con lo que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo; (3) los motivos fundados deberán ser respaldados, al

²⁸⁰... el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, más no en la dogmática...'. Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

²⁸¹... Pues bien, los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento, deben encontrarse respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad...'. Sent. C-673, Jun. 30/2005. Exp. D-5452. M.P: Dra. Clara Inés Vargas.

menos, por un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado; además en el caso del informante el Fiscal podrá interrogarlo para verificar su credibilidad y al Juez de Control de garantías no le será oponible la reserva sobre los datos del informante²⁸²; (4) la orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados; (5) existen unos objetos (art. 223 C.P.P.) no susceptibles de registro; (6) la ley (art. 224 C.P.P.) establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento; (7) la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la ley, artículo 225 C.P.P.; (8) se debe tener en cuenta la regla particular (art. 226 C.P.P.) si se trata de un allanamiento especial; (9) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la ley, artículo 229 C.P.P.; (10) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan²⁸³.

No cabe duda que la Corte Constitucional quiso darle a estos elementos el carácter de *requisitos esenciales*, pues fue enfática en cuanto a las consecuencias de la omisión de los mismos²⁸⁴. Consecuencia que encontramos acorde con la Constitución, ya que si consideramos la *inviolabilidad del domicilio* como un *derecho fundamental*, la intrusión en el

²⁸² Sent. C-673, Jun. 30/2005. Exp. D-5452. M.P: Dra. Clara Inés Vargas.

²⁸³ Tomados literalmente de la sentencia C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

²⁸⁴ Ib.

mismo debe realizarse con acatamiento estricto de las condiciones señaladas por la ley, y su desconocimiento genera precisamente la nulidad de pleno derecho de la diligencia que en tales circunstancias se torna arbitraria.

La discusión en este punto, estaría dada en si se trata de *prueba ilícita* o de *prueba ilegal*. Tomando en cuenta que se trata de la omisión de requisitos legales esenciales, la solución estaría inclinada a la *ilegalidad*. Sin embargo, considerando que la ejecución de la medida de allanamiento se relaciona directamente con el *núcleo fundamental* de los derechos a la *intimidad* y la *inviolabilidad de domicilio*, cuya intervención como se anotó en precedencia, está condicionada constitucionalmente a la orden escrita y al cumplimiento de las formalidades legales; estimamos que las irregularidades en el cumplimiento de los requisitos arriba señalados, comportan en general una forma de *ilicitud de la prueba*. Ya que, esos requisitos desarrollan de manera directa y sustancial la garantía fundamental y están conglobados de tal forma en la preceptiva del artículo 28 constitucional. Esta es una conclusión que encuentra apoyo en palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que al estudiar la cuestión a un allanamiento sin el cumplimiento de los requisitos previos para su práctica anotó: **‘...al señalar que dicha diligencia se realizó con afectación de las garantías fundamentales de su prohijado, se infiere que su pretensión apunta a demostrar su ilicitud...’**²⁸⁵.

Aunque en principio y en gracia de discusión, podría aceptarse que el último de los requisitos (art. 227 C.P.P.) *relativo al acta de la diligencia*, si bien es *esencial al procedimiento*, no se ofrece claramente tan cercano al núcleo

²⁸⁵Sent. Nov. 9/2006. Rad. 23327. M. P: Dra. Marina Pulido de Barón.

esencial de las garantías en comento, pues se trataría de las constancias sobre los hallazgos y circunstancias del allanamiento, es decir, de un acto posterior a la orden, ingreso y registro, a manera de fe de la diligencia. Lo cual, implicaría que las omisiones relativas únicamente al acta se relacionaran más con la *ilegalidad* o incluso, con el valor de convicción de los datos encontrados.

Visto lo anterior, notamos como el nuevo Código de Procedimiento Penal, en materia de registros y allanamientos consagra expresamente una regla de exclusión: **‘La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación.’**. En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha advertido que: **‘... de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente..’²⁸⁶**.

En tales circunstancias, las consecuencias de la exclusión son extremas, pues también ha señalado la Corte Constitucional que los elementos o

²⁸⁶ Sent. C-591, jun. 9/2005, Exp. D-5415, M.P. Dr. Clara Inés Vargas H.

evidencias encontradas en el allanamiento inválido y no relacionadas con el objeto de esa investigación, podrá emplearse en otro proceso, pero en ningún caso podrán ser empleadas como prueba de responsabilidad, sino como evidencia material²⁸⁷, es decir, como elemento conductor de la investigación y motor de recaudo de nueva evidencia y pruebas.

Sobre este particular debe añadirse que la sanción de exclusión es inexorable, inclusive en Sala Plena de 21 de marzo de 2.007, en el expediente en sentencia C-210, expediente D-6405, la Corte Constitucional, reprochó la posibilidad de que los elementos resultados del allanamiento invalido fuesen empleados 'para fines de impugnación', al considerar, según el comunicado de prensa: **'...La Corte encontró que la expresión acusada viola los artículos 29 y 250 de la Constitución, este último tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, puesto que la Carta impide que se otorguen efectos jurídicos a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible para el análisis de la segunda instancia, que se utilicen evidencias físicas o material probatorio recaudado en diligencias declaradas nulas. De igual manera, la Corte dijo que la interpretación sistemática de los artículos 23, 232 y 455 de la Ley 906 de 2004, permite concluir que, en aplicación de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita, lo recaudado en allanamientos y registros nulos no puede producir efectos jurídicos en ninguna etapa procesal...'**²⁸⁸. Lo que unido a los razonamientos anteriores concluye que los elementos producto de un allanamiento inválido no podrán ser presentados al juicio oral por previsión

²⁸⁷Ib.

²⁸⁸Comunicado de Prensa de marzo 21 de 2007.

de la regla de exclusión, ni como elementos materiales probatorios, ni como evidencia física, y ni siquiera como elemento de impugnación de otros medios probatorios.

De lo visto en precedencia se advierte que el nuevo esquema acusatorio adoptado por la ley 906 de 2004, desarrolla en grado extensivo la regla de exclusión del artículo 29 constitucional; con repetidas alusiones a la exclusión de la evidencia física, elementos materiales probatorios y pruebas obtenidas con violación del debido proceso (arts. 23, 177-5, 231, 232, 238, 359).

Lo cual se refuerza con otra innovación relativa a la estipulación de las condiciones para reclamar sobre la regularidad de los registros y allanamientos, que en el artículo 231 se desarrolla con la denominación de **‘interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos.’** Situación que en los Estados Unidos se conoce como el problema de *standing o acción legitimada* (legitimación)²⁸⁹. En dicho sistema se cita como precedente principal el caso *Rakas v. Illinois*, en él se rechazó la exclusión del arma y municiones halladas debajo del asiento de otro pasajero y en la gaveta del auto; pues según la Corte, los acusados de robo, pasajeros del propietario del vehículo, no poseían el vehículo y tampoco la evidencia²⁹⁰. La Suprema Corte de Estado Unidos afirmó: **‘... Si la búsqueda y el asimiento desafiados violaron la Cuarta Enmienda de Derechos de un demandado**

²⁸⁹ CHIESA, Ob. Cit. Pág. 310.

²⁹⁰ Ib.

criminal que intenta excluir la evidencia obtenida durante ello. Aquella pregunta a su turno requiere una determinación de si la búsqueda y el hallazgo disputados han infringido un interés del demandado que la cuarta enmienda fuera diseñada para proteger...'²⁹¹. En consecuencia, como lo plantea CHIESA la primera pregunta de legitimación (standing) estará dada por determinar que **'...la intimidad y la protección contra registros irrazonables son derechos personales que deben ser invocados por el titular del derecho; esto incluye la Regla de exclusión....'**²⁹². De forma que se requiere una expectativa legítima de intimidad, criterio establecido por el caso *Katz v. United States*²⁹³. Precedente reforzado en *United State v. Salvacci*, en el cual los cheques obtenidos de manera ilegal del correo, por los acusados, la Suprema Corte estimó no eran objeto de exclusión; pues **'...la posesión del objeto incautado no es suficiente para solicitar la supresión de la evidencia obtenida tras el registro del lugar donde fue hallado ese objeto; no es lo mismo la posesión de un objeto que el standing para reclamar su supresión bajo la enmienda cuarta...'**²⁹⁴.

Finalmente, CHIESA resume el criterio rector en estos casos en cuanto a la legítima expectativa de intimidad, de la siguiente forma: **'...En suma, bajo la Enmienda Cuarta, para que un acusado pueda invocar la Regla de exclusión y solicitar la supresión de evidencia ilegalmente obtenida,**

²⁹¹...Whether the challenged search and seizure violated the Fourth Amendment rights of a criminal defendant who seeks to exclude the evidence obtained during it. That inquiry in turn requires a determination of Whether the disputed search and seizure has infringed an interest of defendant wich the Fourth Amendment was designed to protect...'. CHIESA, Ob. Cit. Pág. 311.

²⁹² Ob. Cit. Pág. 311.

²⁹³CHIESA, Ob. Cit. Pág. 311.

tendrá que demostrar, como requisito de umbral, que su derecho a la intimidad ha sido afectado, esto es, que tiene una expectativa legítima a la intimidad con relación al lugar registrado. Es insuficiente alegar un interés posesorio o ser propietario en la cosa incautada, cuya supresión se solicita...²⁹⁵.

Es esta una perspectiva importante ya que delimita la discusión en el ámbito de los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, lo que circunscribe a su vez la cuestión al núcleo esencial de los mismos. Que se concibe como lo ha dicho la Corte Constitucional en un reducto o espacio físico inexpugnable²⁹⁶. Las garantías de los artículos 15 y 28 de la Carta Política de 1991, son derechos fundamentales, esto es, una protección de las personas, lo que implica que la expectativa se refiera a un ámbito espacial de intimidad y no simplemente a una relación física con determinados objetos o lugares.

Previsiones como las anteriores explican, la redacción del artículo 231 del C.P.P.: **‘INTERÉS PARA RECLAMAR LA VIOLACIÓN DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD EN RELACIÓN CON LOS REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del**

²⁹⁴CHIESA, Ob. Cit. Pág. 312.

²⁹⁵CHIESA, Ob. Cit. Pág. 314.

bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.’.

La redacción de la norma ofrece varias hipótesis de interés (legitimación o standing) para reclamar: 1) El indiciado o imputado. 2) El titular del derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. 3) Y, excepcionalmente el visitante que tenga una expectativa razonable de intimidad.

De las mismas se advierte que sólo tendría interés para reclamar la exclusión, aquel sobre quien se tengan indicios de ser autor o partícipe de la conducta que se investiga o se le ha formulado imputación o ha sido capturado (art. 126 C.P.P.). Lo que pareciera prever que la exclusión no podría ser reclamada por los demás intervinientes en el proceso penal; situación que se precave en todo caso con la segunda hipótesis arriba mencionada. Además, no se olvide que en virtud del principio de rector de igualdad (art. 4 C.P.P.) todos los intervinientes tienen derecho a la protección de sus garantías y que el Ministerio Público dentro del proceso penal tiene funciones de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales (art. 111 ib). Por tanto, en este orden de ideas, la legitimación la tiene inicialmente quien ha sido objeto de la investigación o

²⁹⁶Ib.

persecución penal, pero el interés puede ser invocado por otros intervinientes.

No obstante, el concepto también abarca al titular del derecho de dominio, posesión o tenedor. Ante lo cual debemos recordar que no se trata de la simple relación material con objeto, sino de una aspiración razonable de intimidad; puesto que el domicilio comprende los espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad²⁹⁷; razón por la cual lo que se protege no es la posesión de cierta evidencia física o de los elementos materiales probatorios, sino la relación del afectado con el espacio que los contiene, y precisamente se satisface el concepto genérico de expectativa de intimidad con la alusión al tenedor, poseedor o propietario, en tanto que estos modos implican una relación permanente o constante del individuo con el bien objeto de la medida, razón por la cual espera que su ocupación no se vea perturbada por más embarazos que los que autoriza la Constitución y la ley.

Es oportuna la aclaración de la parte final del artículo 231 C.P.P. en cuanto al 'visitante en calidad de huésped', del cual expresamente la norma exige la acreditación de una 'expectativa razonable de intimidad'. Esta situación contrasta con la del poseedor, tenedor o propietario, quienes en principio tienen una definida expectativa de intimidad, pues de manera directa el artículo 28 constitucional le ofrece su protección a bienes que pueden representar su domicilio; lo cual no sucede con quien accidentalmente se encuentra en el mismo, así lo resalta CHIESA con oportunidad a la que

²⁹⁷Sent. C-024/94. Exp. D-350. M.P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

recurrimos: **‘...No basta estar legítimamente en el lugar. No es lo mismo estar accidentalmente en una casa -como cobrando el periódico- que estar invitado a cenar o a pernoctar...’**²⁹⁸. Por tanto, para comprensión de nuestra regla resulta conveniente el precedente en el caso *Katz. V. United States* que con opinión concurrente del juez Harlan, expresó: **‘...Mi comprensión de la regla que ha emergido de decisiones anteriores es que hay un requisito doble, primero que una persona ha exhibido una expectativa (subjetiva) real de la aislamiento y, segundo, que la expectativa sea una que la sociedad está preparada para reconocer como “razonable” ...’**²⁹⁹.

Se trata entonces, como también se desprende de la regla del aparte final del artículo 231 de nuestro Código de Procedimiento Penal, de examinar un aspecto *subjetivo*, determinado por el convencimiento del individuo de ciertos límites de inviolabilidad de sus circunstancias íntimas; a lo cual se suma un criterio *objetivo*, relacionado con las circunstancias temporales de su ocupación del lugar, razón por la cual la norma comentada reza: *‘al momento de la realización del registro’*.

De contera, estimamos que la alusión al ‘huésped’ que contiene la norma debe entenderse condicionada por el verdadero contexto de la noción de una expectativa razonable de intimidad, según las circunstancias del registro, para evitar así generalidades contraproducentes. Por ejemplo, en el

²⁹⁸Ob. Cit. Pág. 311.

²⁹⁹‘...My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective)

caso *Minnessota v. Olson* citado por CHIESA, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que quien pernocta en un domicilio, por ese solo hecho, tiene legitimidad para reclamar expectativa razonable de intimidad³⁰⁰.

En el caso del huésped descrito por nuestro Código de Procedimiento Penal, deberán examinarse si las condiciones en que se desarrolló el registro vulneraban sus expectativas de intimidad, pues no por estar en recinto ajeno, sus propietarios o las autoridades están autorizados para realizar intrusiones indebidas a su intimidad. Su habitación o los aposentos puestos por los moradores a exclusiva disposición del huésped, gozarían de una expectativa razonable de intimidad.

Como hemos observado aunque la regla de exclusión contenida en el artículo 20 de la Carta Política ha tenido un desarrollo jurisprudencial armónico y coherente, que no debe estimarse cambie por la adopción de un nuevo modelo procesal penal; con la entrada en vigencia del nuevo esquema acusatorio adoptado por la ley 906 de 2.004, y en particular con el desarrollo legal de doctrinas y teorías antes enunciadas jurisprudencialmente, se abre la puerta a una nueva dimensión para el manejo de la prueba y de manera especial, para determinar la legalidad y licitud de la misma. A lo cual ha resultado útil en consecuencia, como se ha realizado a lo largo de este trabajo, la alusión a sistemas como el de Estados Unidos y Puerto Rico que han sido hito en el desarrollo del sistema o esquema que pretendemos emular, y que inclusive, ya en las sentencias citadas habían sido objeto de comentario y en cierta forma seguimiento.

expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as 'reasonable'..'. CHIESA, Ob. Cit. Pág. 345.

³⁰⁰Ob. Cit. Pág. 314.

Capítulo 3. Hipótesis de concretización.

Los argumentos descritos a lo largo de este trabajo si bien corresponden a la jurisprudencia construida a partir de casos concretos se han visto revestidos por las reglas teóricas que de ellos se han desprendido; por esto, es oportuno en este momento realizar una mención sucinta de algunas circunstancias concretas que permitirán observar que el desarrollo jurisprudencial aunque de rico contenido teórico, algunas veces parece desatender o modular aparentemente las reglas que se han vertido a través de los distintos fallos. También, examinar algunos casos del derecho procesal de Estado Unidos y de Puerto Rico para que sirvan como referente (solo como esto) de consulta.

3-1. Panorama jurisprudencial.

Sin pretender realizar una exposición individual de cada sentencia y mucho menos abarcar cada una de las mismas, se enunciarán las sentencias que dadas las especiales circunstancias del caso o su reiteración en sentencias posteriores, permiten intentar una línea jurisprudencial.

3-1-1. Panorama jurisprudencial Corte Suprema de Justicia.

Ya en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema expidió las sentencias de septiembre 7 (Rad. 21529) y octubre 5 (Rad. 23284) de 2006, ambas con ponencia del Magistrado JAVIER ZAPATA

ORTIZ. En la segunda, advierte la Sala Penal como en materia de prueba ilícita **‘...parámetros, que antes sólo doctrinarios y jurisprudenciales, fueron adoptados por el legislador colombiano en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio...’**. Esto nos demuestra como al menos en cuanto a los criterios seguidos para la diferenciación entre prueba ilícita y prueba ilegal y la extensión del contenido de la regla de exclusión consagrada en la Carta no se prevén mayores modificaciones.

Así en ambas sentencias la Sala Penal de la Corte hace referencia como soporte jurisprudencial a las sentencias de julio 8 de 2.004 (Rad. 18451) y mayo 18 de 2.006 (Rad. 24012).

De la primera de las sentencias advertimos que la Sala Penal de la Corte ha mantenido la negativa de efectos jurídicos a la prueba ilícita: **‘...Como lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia colombiana, 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, entendiendo por tales no sólo las enunciadas en el aludido artículo 29, sino comprendiendo en ellas todos los derechos fundamentales, que como es bien sabido, son de rango constitucional. En tal virtud, son inadmisibles las que son el 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...’³⁰¹**.

³⁰¹ Sent. Jul. 8/2004. Rad. 18451. M.P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

Y, la exclusión como sanción constitucional y, que la misma no implica la invalidez de todo lo actuado: **‘...Ahora bien, 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, como también ha sido reiterado, sólo afecta la prueba de espurio 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...’**³⁰².

Del mismo modo, del radicado 18451, además se postula las funciones de la regla de exclusión: **‘...Nuestro ordenamiento jurídico acoge así, con éste 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 con una arbitrariedad.**

El radicado 18451 también realiza un análisis sobre las pruebas derivadas: **‘...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,**

³⁰²Ib.

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 constitucionalmente ilícita (prueba principal) y, eventualmente, de la prueba derivada, entendiéndose 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...’.

Finalmente, también se extrae que la magnitud de la vulneración debe ser de entidad suficiente: **‘...Como corolario de lo expuesto, debe admitirse, como así, claro está, también lo ha reiterado la Sala, 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....’.**

Estos criterios que a su vez desarrollan las sentencias de Octubre 17 de 1990, M.P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ; Diciembre 16 de 1998 (Rad. 10373), M.P. DR. M.P. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR y Julio 23 de 2001 (Rad. 13.810), M. P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL;

evidencian que la Corte Suprema ha mantenido aún en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, su perspectiva ante las pruebas obtenidas con violación del debido proceso y la regla de exclusión, lo cual resulta explicable si se aprecia que el fundamento de sus análisis ha sido el artículo 29 Constitucional. Criterios estos que podemos encontrar casi que reproducidos en las sentencias de septiembre 7 (Rad. 21529) y octubre 5 (Rad. 23284), arriba citadas. Más aún, en la sentencia de septiembre 7 de 2.006, la Sala Penal de la Corte invita: **‘...Al respecto confrontar la Sentencia de casación del 8 de julio de 2.004 (radicación 18451), providencia donde la Sala analiza la doctrina y perfila la línea jurisprudencial...’**.

Es en los casos concretos, cuando se muestran ya las imposiciones de la nueva teoría del Código de Procedimiento Penal. Por ejemplo en la sentencia de febrero 21 de 2.007 (Rad. 25920) con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortiz, expresó que deficiencias en el descubrimiento probatorio pueden tornar la prueba ilegal y que no obstante, los errores en la materia se rigen por el principio de trascendencia, lo que permite inclusive que la actividad de la parte afectada subsane la irregularidad: **‘...no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre...Cabe destacar que el abogado defensor había conseguido por su cuenta los mismos video casetes -con imágenes sobre los hechos investigados- que tenía la fiscalía...’**.

Situación similar en la cual siguiendo su línea jurisprudencial respecto a la regla de exclusión, la Sala Penal de la Corte aclara la nueva normatividad procesal, la volvemos a encontrar en la sentencia de febrero 21 de 2.007 (Rad. 25920). En un primer plano en cuanto a la *cadena de custodia*; donde expone la Corte: **‘...La cadena de custodia tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física...de ahí, que en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad...’**.

Un segundo plano de la sentencia de febrero 21 de 2.007 (Rad. 25920), se advierte en la *prueba de referencia*, donde señala con claridad: **‘Cuando ya se ha practicado la prueba y esta se cataloga de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión solo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales...’**.

En todo caso, pese a los precedentes jurisprudenciales citados, encontramos un caso problemático en la sentencia de noviembre 6 de 2006, en la cual se reitera y cita la jurisprudencia de septiembre 7 de 2006 (rad. 21529).

Por una parte, en esta sentencia en acompasamiento con el nuevo esquema acusatorio, al analizar un caso relativo a un allanamiento y registro sin aparente orden judicial, la Sala Penal de la Corte realiza una importante

claridad: **‘...independientemente de que la diligencia de registro al domicilio...haya procedido mediante allanamiento o si contó con la aquiescencia del procesado, pues en cualquiera de los casos para prescindir de la orden de autoridad era necesario que aparecieran motivos fundados para su realización...’**³⁰³. De tal forma en esta sentencia de manera acorde con el nuevo sistema, en contexto con las garantías fundamentales, la Sala Penal de la Corte afirma que aún en caso de flagrancia la incursión al domicilio **‘...debe estar precedida de un conocimiento fundado, fruto de una valoración ex ante...’**.

De tal forma, la sentencia de noviembre 6 de 2006 en mención, es un gran avance en la limitación a la facultad de intervención de la policía judicial, pues también dice la Sala Penal de la Corte: **‘...a juicio de la Sala, no solo el fiscal, cuando decreta una orden de allanamiento y registro debe basarse en serios motivos...sino que, bajo idéntica filosofía, los funcionarios de policía judicial también deben contar con el mismo grado de conocimiento cuando llevan a cabo las diligencias...de no ser así, se propiciaría la práctica de actos arbitrarios en los que sin justificación alguna se invadiría el entorno íntimo de las personas con la consecuente vulneración de las garantías fundamentales...’**.

La exigencia de la Sala Penal de la Corte, es razonable pues siendo la regla la exigencia de la orden escrita y estando limitado inclusive el competente natural para tal fin (el fiscal) por la existencia de serios y fundados motivos; más aún, habrá que decirse de la policía judicial a quien por regla general le

³⁰³ Rad. 23327. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón.

está sometido el acceso al domicilio a la condición de autorización del morador o de circunstancias apremiantes o de flagrancia.

No obstante, estas previsiones en la sentencia analizada encontramos un punto discutible al momento de analizar la entidad de la vulneración. Ya que aduce la Corte que los uniformados asistieron al lugar por llamada telefónica y 'llevaron labor de vigilancia que se extendió, según dice el mismo uniformado, durante varios días, lo cual les permitió constatar las informaciones suministradas por la ciudadanía...'; criterio al cual añade que por tratarse como en este caso de tráfico de estupefacientes, se estima que existe 'flagrancia permanente', lo cual determina la licitud del allanamiento.

La base de nuestra crítica, se encuentra en el núcleo esencial mismo del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo cual postula como regla general la orden escrita del fiscal y que solo por excepción (art. 229 C.P.P.), la policía judicial accederá al inmueble, nave o aeronave, en caso de flagrancia.

Y, siendo un hecho aceptado por la Corte y los investigadores, que la vigilancia duró varios días, cobraban vigencia el mandato constitucional y en especial, las previsiones del artículo 221 del C.P.P., que permite acudir ante el fiscal con 'informe de policía judicial', como respaldo probatorio para motivos fundados y obtener así la orden escrita de allanamiento. Este recurso manido de la Sala Penal de la Corte de recurrir al carácter de flagrancia permanente (aunque resultase cierta), para convalidar allanamientos sin orden judicial como el mencionado, conlleva un grave

desconocimiento del núcleo de la garantía constitucional. Y desconoce entre otros los criterios moduladores de la actividad procesal, que reclaman ajustarse a factores tales como necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento; todo esto unido a la cláusula de reserva en materia de intromisión en el domicilio ajeno.

Cabe de tal forma, una ponderación entre la necesidad del ingreso sin orden y la posibilidad de la obtención de la misma. Que no se resuelve con el criterio abstracto y teórico de flagrancia permanente en las conductas de tráfico de drogas, ya que es esta precisamente la conducta que posibilita solicitar legalmente la intervención del domicilio, pero el ingreso sin orden no debe corresponder solo a la naturaleza de la conducta, sino también a la situación de emergencia y urgencia, circunstancias que hacen razonable el registro sin orden. En el caso comentado, la vigilancia durante varios días denota la posibilidad de solicitar al fiscal la orden escrita, que fue justamente el querer del constituyente en todos los casos, previendo que el ingreso sin orden fuese excepcional. Caso contrario, la *regla* (orden escrita) se convierte en *excepción*, pues en casos de tráfico de drogas por ejemplo, según criterio de la Sala Penal de la Corte, por considerarse flagrancia permanente no se requeriría finalmente la orden escrita y, de tal modo, se insiste, la excepción (ingreso sin orden) se convierte en la regla. En síntesis, estimamos que si las circunstancias de la conducta cualquiera que fuere, permiten a la policía judicial realizar una vigilancia prolongada, más aún exige que el ingreso, salvo una emergencia que no de espera, se debe realizar con orden del fiscal, constituyendo sus observaciones el motivo razonable.

3-1-2. Panorama jurisprudencial Corte Constitucional.

Del breve panorama de las sentencias de la Corte, puede anotarse además que guardan en común, como se vio a lo largo de este trabajo, su frecuente cita de dos sentencias hito de la Corte Constitucional, esto es, C-591 de 2005 y la SU-159 de 2002, de esta última la Sala Penal de la Corte Suprema anota ser 'paradigmática'³⁰⁴; las cuales no serán tratadas en extenso, pues ya se ha hecho suficiente alusión en acápites precedentes.

La Sentencia SU-159 de 2002, que ya se ha discutido ampliamente a lo largo de este trabajo, con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinosa analiza los elementos, condiciones y alcance de la regla general de exclusión consagrada en el artículo 29 Constitucional. Y realiza un completo análisis de los antecedentes de la norma en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. También muestra la vigencia de la regla de exclusión en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente realiza un detallado estudio sobre las pruebas derivadas y sus condiciones de exclusión y de las condiciones de validez para la interceptación de comunicaciones.

Podemos reiterar que la SU-159 de 2002, detalla que existen vulneraciones a los requisitos legales esenciales establecidos para la obtención de la prueba, caso en el cual, en criterio compartido con la Sala Penal de la Corte Suprema, si se trata de irregularidades menores no conlleva la exclusión de

³⁰⁴ Sent. Oct. 5/2006, Rad. 23284. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

la prueba. Y, que también pueden darse violaciones a los derechos fundamentales, que la Corte llama inconstitucional, que reclama la exclusión.

Del mismo modo que la regla de exclusión cobija pruebas de cualquier naturaleza y se extiende a cualquier comportamiento ilegal o ilícito de los agentes del Estado. Aquí, además, siguiendo el precedente sentado por la sentencia C-491 de 1995, reiteró que la sanción del artículo 29 constitucional implica la nulidad de la prueba en concreto y no de toda la actuación.

Como se ve, la SU-159 de 2002 verdaderamente ha sido un hito seguido no solo por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino por la propia Corte Constitucional, en especial en otra de las sentencias que nos interesa, esto es, en la C-591 de 2005 donde la Corte Constitucional realizó un profundo análisis del sistema penal acusatorio y en particular de la regla de exclusión.

En la C-591 de 2005, ya tratada en extenso en este trabajo, la Corte estudia la constitucionalidad de las regulaciones de la cláusula general de exclusión, de la exclusión en materia de registros y allanamientos, la prueba derivada y la nulidad por violación de las garantías fundamentales. La Corte resalta que el artículo 23 del C.P.P. desarrolla el artículo 29 constitucional: **‘...De entrada advierte la Corte, que esta norma general no se opone al artículo 29 Superior, y por el contrario lo reafirma, al disponer la nulidad de pleno derecho de la prueba y su exclusión cuando ha sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, así como las que sean consecuencia de las pruebas excluidas; es decir, se refiere a**

la nulidad de pleno derecho y la exclusión del proceso de la prueba obtenida contrariando la Constitución...’.

Del mismo modo, en la C-591 se dispuso la inexecutable de la expresión ‘directa y exclusivamente’ del artículo 232, referida a la exclusión de los elementos encontrados en curso del allanamiento inválido. Y, tras señalar los requisitos esenciales para los registros y allanamientos, deduce que en caso de omisión de los mismos, se genera la invalidez de todos los elementos probatorios encontrados, no solo los que tengan relación directa con la diligencia; sin perjuicio que los no relacionados con la investigación penal, puedan emplearse como evidencia en otro proceso, pero no como prueba de responsabilidad.

Una gran innovación en esta sentencia con relación al nuevo esquema acusatorio, lo representa la conclusión a la que llega al estudiar la constitucionalidad de la expresión ‘salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas’, del inciso segundo del artículo 457 del C.P.P. (nulidad por violación de garantías fundamentales), en la cual la Corte señala: **‘...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... se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso...Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto...’.** Lo cual genera una bifurcación en cuanto a la jurisprudencia en la materia (seguida por la Sala Penal de la Corte en las sentencias de septiembre 7, Rad. 21529 y octubre 5, Rad.

23284 de 2006), de manera que se plantea, o bien solo la nulidad del medio de prueba, como tradicionalmente se ha entendido; o la nulidad de todo el proceso en caso de delitos de lesa humanidad.

Aunque no se estudia en particular la regla de exclusión, es también pertinente citar como precedente la sentencia C-673 de 2005, por su íntima relación con los requisitos para proceder a un allanamiento, en la cual se estudió la exequibilidad del inciso segundo del artículo 221 C.P.P., relacionado con la declaración de informante como motivo fundado. En esta sentencia la Corte Constitucional, resolvió que: **‘...No se puede tampoco desconocer que hacer públicos los datos del informante conduciría, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, a poner en grave peligro la seguridad de éste, y además, impediría que en el futuro el ciudadano pudiese seguir suministrando valiosa información a las autoridades competentes... Así las cosas, la expresión “De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, no puede ser entendida en el sentido de que la reserva sobre los datos del informante vincule al juez de control de garantías... Al mismo tiempo, la preservación de la seguridad del informante, justifica que los datos de éste no sean de carácter público sino reservado, razón por la cual el segmento normativo “inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías”, se ajusta a la Constitución, pero en el entendido que tales datos no pueden ser reservados para el juez que ejerza funciones de control de garantías.... en el entendido de que el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad...’.**

Como se ve la jurisprudencia constitucional y ordinaria tienen un camino para recorrer, pero inclusive en vigencia de la ley 600 de 2000, con fundamento en la Carta Política de 1991, se habían sentado, y se están perfilando las bases para delimitar las garantías que los ciudadanos pueden esperar ante la persecución penal.

3-2. Derecho comparado y casos tipo.

En las sentencias comentadas y tratadas a lo largo de este trabajo, no ha sido extraño encontrar frecuentes alusiones a la doctrina y jurisprudencia extranjeras, y de manera particular a la propia de Estados Unidos y Puerto Rico.

La doctrina extranjera recuerda que en el derecho penal es exigida la vigencia de los 'imperativos constitucionales': **'...Tal vez más que cualquier otra rama de nuestro derecho, el procedimiento criminal está marcadamente condicionado por principios constitucionales...Los derechos fundamentales del hombre, frente a las acciones del Estado, imponen significativas limitaciones a lo que puede hacer el gobierno - las tres ramas- al reglamentar los procedimientos criminales...'**³⁰⁵.

Donde más puede nuestra jurisprudencia y doctrina encontrar herramientas para analizar temas relacionados con la prueba ilícita o inclusive la ilegal, es en el tema de la protección contra detenciones, registros e incautaciones

³⁰⁵CHIESA, Aponte Ernesto L, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1.991, Pág. 23.

irrazonables. Cuyo fundamento es la Enmienda IV a la Constitución de los Estados Unidos, Enmienda que data de diciembre 15 de 1791: ‘**...El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, no será violado, y no se expedirán para ello mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas...**³⁰⁶’.

Las peculiaridades de este sistema, se pueden establecer en parte analizando las excepciones a la aplicación de la regla.

3-2-1. Impugnación de la credibilidad del testigo: Una de las particularidades del sistema norteamericano es que la regla de exclusión no aplica cuando se trata de impugnar la credibilidad del acusado, así se estableció en el caso *Walder v. United States*, donde se previno que la protección constitucional no abarcaba amparar que el acusado mintiese en su declaración, lo que trasciende la finalidad de la regla de exclusión, por lo cual la evidencia obtenida con violación de la Cuarta Enmienda podía emplearse como elemento de impugnación³⁰⁷. En sentido similar el caso *Harris v. New York*. En estos dos casos, se trataba de la impugnación durante el interrogatorio directo. Previsión que se extendió al

³⁰⁶ ‘...The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized...’. CHIESA, Ob. Cit. Pág. 280.

³⁰⁷ CHIESA, Ob. Cit. Pág. 295.

contrainterrogatorio en el caso *United States v. Havens*³⁰⁸. Situación no admitida por nuestra Corte Constitucional en sentencia C-210, expediente D-6405 de 2007 antes comentada.

3-2-2. Registros de buena fe: Otro aspecto interesante se encuentra en el caso de *registros de buena fe*, que se enuncia en el caso *United States V. León*, en este caso se expidió una orden de registro con fundamento en la declaración de un informante que luego la Corte de Distrito estimó insuficiente para establecer causa probable. Pero, la Corte Suprema estableció la validez de la cláusula de buena fe con que actuaron los agentes³⁰⁹. Y, afirmó: ‘... **Si la exclusión de la evidencia obtenida conforme a una autorización posteriormente invalidada persigue tener algún efecto disuasivo, por lo tanto, debe alterar el comportamiento de los oficiales individuales de la aplicación de ley o de las políticas de sus departamentos. Se podría argumentar que aplica la regla de exclusión en caso de que la policía no ha podido demostrar causa probable en el uso de la autorización disuada las futuras presentaciones inadecuadas o “compras del magistrado” (engañado o inducido a error) y promueve así los finales de la cuarta enmienda. Suprimir la evidencia obtenida conforme a una autorización técnico defectuosa apoyada por causa probable también pudo animar a oficiales que escudriñen más de cerca la forma de la autorización y precisar sospechó errores judiciales. Encontramos tales discusiones especulativas y concluimos que la supresión de la evidencia obtenida conforme a una autorización se debe pedir solamente sobre una base del caso-por-caso y solamente en esos casos inusuales en los cuales**

³⁰⁸Ib.

³⁰⁹CHIESA, Ob. Cit. Pág. 304.

la exclusión fomente los propósitos de la regla de exclusión....³¹⁰. En conclusión para la Suprema Corte de los Estados Unidos, en casos de buena fe la regla no cumple su fin disuasivo.

3-2-3. Prueba derivada y fuente independiente: Respecto a la legitimación y a la prueba derivada los casos más representativos fueron citados en acápite precedentes. Podemos agregar un caso del problemático criterio de fuente independiente en *Segura v. United States*, caso en el cual los agentes entraron ilegalmente al apartamento del acusado permanecieron allí la noche y luego obtuvieron una orden de registro³¹¹. En este caso la Suprema Corte Concluyó: **'No se derivó ni fue relacionado ninguna de la información según la cual la autorización fue asegurada de cualquier manera con la entrada inicial en el apartamento de los solicitantes; la información vino de las fuentes enteramente no relacionadas con la entrada y era sabido a los agentes bien antes de la entrada inicial. No hay información obtenida durante la entrada o la ocupación inicial del apartamento que fuere necesaria o utilizada por los agentes asegurar la autorización. Es por lo tanto fuera de tema que la información poseída**

³¹⁰...If exclusion of evidence obtained pursuant to a subsequently invalidated warrant is to have any deterrent effect, therefore, it must alter the behavior of individual law enforcement officers or the policies of their departments. One could argue that applying the exclusionary rule in cases where the police failed to demonstrate probable cause in the warrant application deters future inadequate presentations or "magistrate shopping" and thus promotes the ends of the Fourth Amendment. Suppressing evidence obtained pursuant to a technically defective warrant supported by probable cause also might encourage officers to scrutinize more closely the form of the warrant and to point out suspected judicial errors. We find such arguments speculative and conclude that suppression of evidence obtained pursuant to a warrant should be ordered only on a case-by-case basis and only in those unusual cases in which exclusion will further the purposes of the exclusionary rule..'. CHIESA, Ob. Cit. Pág. 305.

³¹¹CHIESA, Ob. Cit. Pág. 322.

por los agentes antes de que entraran en el apartamento constituyó una fuente independiente para el descubrimiento y el asimiento de la evidencia ahora desafiada. Esta evidencia fue descubierta el día que seguía la entrada, durante la búsqueda conducida bajo autorización válida; era el producto de esa búsqueda, enteramente sin relación a la entrada anterior...³¹².

3-2-4. Expectativa de intimidad razonable: Con relación a la expectativa de intimidad razonable, podemos retomar el caso *Katz v. United States*, en el cual los agentes federales conocedores de que Katz transmitía la información de juego por teléfono a los clientes de otros estados, fijaron un dispositivo que escuchaba detrás de las puertas al exterior de una cabina de teléfono pública usada por Katz. En esta decisión se delimita la intimidad como un derecho personal no circunscrito necesariamente a los lugares, pues estima la Suprema Corte: **'...discute que la vigilancia de una cabina de teléfono sea eximida del requisito general de la autorización anticipada por un magistrado sobre una demostración de la causa probable. No podemos convenir. Omisión de tal autorización 'puentea' las salvaguardias proporcionadas por una predeterminación objetiva**

³¹²...None of the information on which the warrant was secured was derived from or related in any way to the initial entry into petitioners' apartment; the information came from sources wholly unconnected with the entry and was known to the agents well before the initial entry. No information obtained during the initial entry or occupation of the apartment was needed or used by the agents to secure the warrant. It is therefore beyond dispute that the information possessed by the agents before they entered the apartment constituted an independent source for the discovery and seizure of the evidence now challenged. This evidence was discovered the day following the entry, during the search conducted under a valid warrant; it was the product of that search, wholly unrelated to the prior entry. The valid warrant search was a "means sufficiently distinguishable" to purge the evidence of any "taint" arising from the entry..'. DRCNet Online Library of Drug Policy: www.druglibrary.or

de la causa probable, y substituye en su lugar el procedimiento menos confiable de una justificación del después del acontecimiento para buscar, muy probable de ser influenciado sutilmente por los defectos familiares del juicio de la retrospección... Estas consideraciones no desaparecen cuando la búsqueda en la pregunta se transfiere del ajuste de un hogar, de una oficina, o de un cuarto del hotel a la de una cabina de teléfono. Dondequiera que un hombre pueda estar, tiene derecho a saber que él seguirá siendo libre de búsquedas y de asimientos irrazonables. Los agentes del gobierno aquí no hicieron caso “del procedimiento de la justificación antecedente, eso es central a la cuarta enmienda,”...³¹³. Y, se advierte además la circunstancia de criterios subjetivos de expectativa razonable de intimidad.

En *California v. Ciraolo*, los oficiales que fueron entrenados en la identificación de la marihuana, en un aeroplano privado volaron sobre la casa en una altitud de 1.000 pies, e identificaron fácilmente las plantas que crecían en la yarda; una autorización de la búsqueda fue obtenida más adelante con base en una de las observaciones a simple vista³¹⁴. En esta ocasión sostuvo la Suprema Corte: ‘...**Las observaciones de los Oficiales Shutz y de Rodríguez en este caso ocurrieron dentro de espacio aéreo navegable público, de una manera físicamente no intrusiva; de este punto podían observar las plantas fácilmente perceptibles como marihuana al ojo desnudo... Cualquier miembro del vuelo público en este espacio aéreo que echó un vistazo abajo habría podido considerar lo que estos oficiales observaron. En este expediente, concluimos**

³¹³FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com

³¹⁴Ib.

fácilmente la expectativa de ese apelante a que su jardín fuera protegido contra tal observación es irrazonable y no es una expectativa que la sociedad está preparada para honrar...'³¹⁵. Esta opinión fue sostenida en el caso *Florida v. Riley*, donde la irrazonabilidad de la expectativa se estimó ya a una altura de 400 pies de altura³¹⁶

3-2-5. Evidencia a campo abierto: La anterior doctrina se afianza en *California V. Greenwood*, en el cual la Suprema Corte consideró, donde los agentes revisaron la basura dejada por el acusado frente a su casa y conforme a ello obtuvieron la orden de registro: **'... la sociedad no aceptaría como razonable a una expectativa de intimidad en basura dejada para la recolección en un área accesible al público...'**³¹⁷.

El criterio anterior se refuerza en *Oliver v. United States*, donde teniendo informes sobre marihuana que fue encontrada tras traspasar una cerca, a campo abierto a una milla de la casa de la granja del acusado³¹⁸. En este deduce la Suprema Corte: **'...La ley común puede dirigir la consideración de qué áreas son protegidas por la Cuarta Enmienda definiendo las áreas cuya invasión es ilícita. La infracción a aquella ley, sin embargo, prohíbe intrusiones sobre la tierra que la Cuarta Enmienda no proscibiría.... así, en el caso de campos abiertos, las características generales de los derechos protegidos por la ley común de la infracción, tienen poco o nada de importancia a la aplicabilidad de la cuarta**

³¹⁵ FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com

³¹⁶ CHIESA, Ob.cit. Pág. 442.

³¹⁷ ib.

³¹⁸ ib.

enmienda...³¹⁹. Por ende, a pesar de que la ley en general pueda proscribir a los demás ciudadanos la intromisión en ciertas áreas de la propiedad de sus semejantes, se resalta de esta sentencia que la protección de la Cuarta Enmienda contra registros irrazonables, no se extiende a campo abierto, que de alguna forma ya no constituyen domicilio. Como resalta CHIESA, en cuanto al concepto de expectativa razonable, la Suprema Corte señala como criterios no taxativos el espíritu de la Cuarta Enmienda, los usos que el ciudadano le ha dado al lugar registrado y el entendimiento general que la sociedad tiene que ciertas áreas merecen más escrupulosa protección³²⁰. Manteniendo con esto la doctrina sentada en *Hester v. United States*.

Un caso bastante interesante es *Dow Chemical Co. V. United States*, en el cual una planta química de 2.000 acres, consiste en edificios cubiertos, con el equipo de fabricación al aire libre y tuberías situadas entre los varios edificios expuestos a la observación visual desde el aire, con seguridad compleja al rededor del terreno, y donde se negó una petición por la agencia de protección del medio ambiente (EPA) para una inspección en sitio de la planta, la EPA no buscó una autorización administrativa de la búsqueda, sino que por el contrario empleó un fotógrafo aéreo comercial, usando una cámara fotográfica aérea de precisión estándar³²¹. Caso ante el cual sostuvo la Suprema Corte: **‘...Concluimos que las áreas abiertas de un complejo de la planta industrial con las estructuras numerosas extienden por un área de 2.000 acres no son análogas al “curtilage” de una vivienda con objeto de vigilancia aérea; un complejo tan industrial es más comparable a un campo abierto y pues tal está abierto a la opinión y a**

³¹⁹Ib.

³²⁰CHIESA, Ob. Cit. Pág. 346.

la observación de personas en el avión legal en el espacio aéreo público inmediatamente arriba o suficientemente cerca del área al alcance de cámaras fotográficas. Sostenemos que el tomar fotografías aéreas de un complejo de la planta industrial del espacio aéreo navegable no es una búsqueda prohibida por la Cuarta Enmienda...³²².

El concepto de *curtilage* se refiere al área a la cual se extiende la protección de la intimidad y la vida privada, cubierta por la Cuarta Enmienda³²³. Criterio precisado en *United States v. Dunn*, donde agentes antidrogas, descubriendo que un carpintero había comprado cantidades grandes de productos y sustancias controlados, siguiendo los “beeperes” colocados en algo de el equipo, siguieron el vehículo hasta el rancho del sospechoso; fotografías aéreas del rancho demostraron el carro cerca a un granero detrás de la casa, el rancho estaba cercado totalmente por una cerca del perímetro y con varias cercas interiores de alambre de púas, incluyendo una alrededor de la casa aproximadamente 50 yardas del granero, y una cerca de madera que incluía el frente del granero, que tenía una proyección abierta. Sin una autorización, los oficiales cruzaron la cerca del perímetro, varias de las cercas del alambre de púas, y la cerca de madera delante del granero; el olor de productos químicos allí los condujo, y allí, podían oír un motor funcionar dentro. No entraron en el granero pero parados en la puerta bloqueada y alumbrando con una linterna, dentro observaron lo que tomaron por un laboratorio de la droga. Entonces salieron del rancho, pero entrado varias veces el día siguiente para confirmar la presencia del laboratorio. Obtuvieron una autorización de la búsqueda y la ejecutaron³²⁴.

³²¹FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com.

³²²Chiesa, Ob. Cit. Pág. 431.

³²³Ib.

³²⁴FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com.

En este caso, *United States v. Dunn*, la Corte Sostuvo: ‘... el expediente divulga que el granero fue situado 50 yardas de la cerca que rodeaba la casa y 60 yardas de la casa misma...Observamos en *Oliver*, supra, que “para la mayoría de los hogares, los límites del curtilage serán marcados claramente; y el concepto que define el curtilage - como el área alrededor del hogar al cual la actividad de la vida casera se extiende - es familiar entendido fácilmente de nuestra experiencia diaria.”... Es especialmente significativo que los funcionarios de la aplicación de ley poseyeran los datos objetivos que indicaban que el granero no era utilizado para las actividades íntimas del hogar. Las fotografías aéreas demostraron que el carpintero había estado conduciendo el envase que contenía ácido phenylacetic fue acercado al granero, “al parecer,” en las palabras del tribunal de apelación, “para descargar de su contenido.”... Finalmente, mientras los oficiales estaban parados delante del granero, inmediatamente antes de mirar en su interior a través del material de la red, “el olor estaba muy, muy fuerte. [y los oficiales] podían oír el motor funcionar muy alto”. Cuando considerado además, los hechos antedichos indicaron los oficiales que el uso al cual el granero era puesto no se podría caracterizar bastante asociado a las actividades y a la intimidad de la vida doméstica que los oficiales pudieran haber juzgado el granero como parte del reducto casero...’³²⁵. De este fallo se desprenden como expone CHIESA, criterios para determinar si un área se encuentra protegida (curtilage), tales como la proximidad del área al hogar, si se trata de un perímetro cerrado que rodea el hogar, los usos a los que se destina y las medidas de protección tomadas para evitar el acceso o la observación³²⁶.

³²⁵Ib.

³²⁶Ob. Cit. Pág. 432.

3-2-6. Evidencia a plena vista: En este interesante recorrido podemos traer a colación el caso *Coolidge v. New Hampshire*, que muestra el caso de la evidencia a plena vista o percepción. Donde la Suprema Corte estimó que es válido el hallazgo, si la evidencia es advertida a simple vista, esto es, cuando no es producto de registro alguno, de tal forma que el carácter delictivo del objeto debe aparecer de su simple apariencia y percepción³²⁷. Por tanto, en el caso *Arizona v. Hicks*, en el cual una bala dañó un hombre en el piso inferior y cuando la policía entró en el apartamento para buscar el tirador, otras víctimas y armas (se hallaron tres), uno de los policías notó dos micro componentes costosos, que resultaron ser hurtados al analizar una placa giratoria que los mismos contenían³²⁸; la Suprema Corte estimó que la simple sospecha no constituía una causa probable para aprehender el bien, según la Corte era exigible la simple vista del bien sin mayores revisiones del mismo³²⁹.

Este aspecto del registro a simple vista, es interesante como también lo son las reglas establecidas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, según el cual: El bien debe haberse descubierto por estar a simple vista y no por vía de registro, inspección o búsqueda; el agente que lo observe debe haber estado justificada y lícitamente en el lugar donde el bien es observado, el objeto debe advertirse inadvertidamente y del mismo debe aparecer su naturaleza delictiva por la simple percepción³³⁰.

3-2-7. Vigilancia electrónica: Podemos citar el caso *United States v. Knotts*, donde teniendo los agentes razón de creer que Armstrong compraba

³²⁷Chiesa, Ob. Cit. Pág. 435.

³²⁸FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com.

³²⁹Ib.

³³⁰Chiesa, Ob. Cit. Pág. 436.

el cloroformo que se utilizará en la fabricación de drogas ilícitas, con el consentimiento del vendedor instalaron un beeper en una lata comprada por el acusado, rastreando entonces el envase hasta la cabaña para la cual obtuvieron orden de registro³³¹. La Suprema Corte consideró: **‘...Obviamente, debido a la falta de la vigilancia visual, el beeper permitió a los funcionarios de la aplicación de ley en este caso comprobar el último lugar de recibo del cloroformo cuando no habrían podido hacer así a simple vista....Un coche del policía Petschen siguiendo en una distancia a través de su viaje habría podido observarlo el dejar de la carretera pública y llegar la cabina todavía poseída por el sospechoso, con el tambor del cloroformo en el coche. Este hecho, junto con otros, fue utilizado por el gobierno en la obtención de una autorización de la búsqueda que condujo al descubrimiento del laboratorio clandestino de la droga. Pero no hay indicación que el beeper fue utilizado en cualquier manera de revelar la información en cuanto al movimiento del tambor dentro de la cabina, o de ninguna manera que no hubiera sido visible al ojo desnudo fuera de la cabina....’³³².**

El criterio sostenido en *Knotts* es importante, por cuanto en *United States v. Karo*, la Corte declaró la violación de la Cuarta Enmienda al usar un beeper en un descubrimiento de evidencia que no hubiese podido realizar a ojo desnudo (a simple vista).

De los dos precedentes, se concluye entonces, que si el uso del dispositivo electrónico para la obtención de evidencia, implica una intromisión a un área

³³¹FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com.

³³²Ib.

protegida o en circunstancias que a simple vista (ojo desnudo), cualquiera no podría obtener, se trataría de una vulneración a la Cuarta Enmienda que resguarda de registros irrazonables.

3-2-8. interceptación de comunicaciones: Podemos citar el caso *Rathbun v. United States*, donde la Suprema Corte sostuvo: ‘... **La experiencia común nos dice que...cada participante a una conversación de teléfono toma el riesgo de que el otro pueda tener una extensión del teléfono y puede permitir que otro oiga casualmente la conversación. Cuando tal ocurre no ha habido violación de ninguna intimidad de la que los participantes pueden quejarse. Por lo tanto, un elemento de la sección 605, interceptación, no ha ocurrido.**’³³³. Se advierte entonces, que no hay interceptación indebida cuando uno de los interlocutores graba o autoriza escuchar la conversación; por lo que CHIESA resalta: ‘...**Quien se arriesga a hablar con alguien sobre materia incriminatoria se arriesga a que ese alguien lo divulgue; por lo tanto, no queda en peor posición cuando esa persona acepta a que se intercepte o escuche la conversación.**’³³⁴.

Criterio este que se ha sostenido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Así, en la sentencia de julio 27 de 2006, expone la Sala Penal de la Corte: ‘... **No pasa inadvertido entonces que si bien conforme al artículo 15 de la Carta Política el derecho a la intimidad garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada, pues según el mandato "sólo pueden ser**

³³³FindLaw, For Legal Professionals: caselaw.lp.findlaw.com.

³³⁴Ob. Cit. Pág. 494.

interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley", los titulares de ese derecho que no es absoluto pueden renunciar a él cuando media el consentimiento de los intervinientes para que sea grabada, filmada o interceptada la conversación que se sostiene. Una conclusión de tal naturaleza no se opone a la consideración según la cual el derecho a la intimidad involucra también la garantía a las personas "de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren", lo que en principio constituiría un motivo impeditivo para que las grabaciones de las conversaciones y de la imagen obtenidas sin el conocimiento de quienes intervienen en ellas pudieran divulgarse o aportarse como pruebas judiciales. La Sala precisa en este caso que salvo cuando se requiera autorización judicial, la grabación, interceptación de la voz o la filmación de imágenes, será viable jurídicamente (con capacidad para servir como medio de prueba judicial) cuando exista o se exprese el consentimiento de todos quienes intervienen en la conversación o en el acto que es objeto de filmación o grabación, predicándose como excepción a lo afirmado aquel evento ya insistentemente desarrollado por la jurisprudencia –que hoy se reitera- relativo a la preconstitución de prueba cuando se es víctima de un delito y la obtención de la respectiva información comporta fines judiciales probatorios...³³⁵. Criterio sentado desde sentencia de 16 de marzo de 1988 (Rad. 1634) y reiterada en sentencia de 6 de agosto de 2003 (Rad. 21216).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideró irregular la aducción de una conversación informal, sin que uno de los interlocutores conociera

³³⁵Rad. 24679. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

que existía grabación, en circunstancias que no correspondían a una conducta delictiva de la que el grabante fuera víctima: **‘...como lo dijo el propio demandante, el doctor Agudelo no fue conocedor de que durante la entrevista se realizaba dicha grabación... Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta Corporación T-530 del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), (magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás, a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales. La deslealtad en que incurrió el actor al abusar de la confianza de su contertulio, ajeno al hecho de que sus opiniones estaban siendo grabadas, además de vulnerar el derecho fundamental a la intimidad, impide que el casete pueda ser tenido en cuenta como prueba judicial, porque su creación y aportación tampoco concuerdan con los presupuestos del debido proceso. En efecto, la prueba obtenida con violación del derecho a la intimidad también quebranta el debido proceso, pues, al suponer la utilización de una maquinación moralmente ilícita, constituye clara inobservancia de los principios de**

la formalidad y legitimidad de la prueba judicial y de la licitud de la prueba y el respeto a la persona humana...³³⁶.

Finalmente, al estudiar la evaluación que la Policía Judicial realizó del celular de un aprehendido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, manifestó: **‘...en tales condiciones, el proceder de la autoridad policial se llevó a cabo desconociendo el derecho a la intimidad del indiciado USMA FERRO, como que no puede desconocerse que el teléfono celular y la información en él contenida hacen parte de su privacidad, la cual no podía ser invadida sino mediante autorización judicial como lo manda el inciso segundo del artículo 15 de la Carta Política...De similar contenido es el artículo 14 de la ley 906 de 2004, en la que se precisan como excepciones a la inviolabilidad de la intimidad personal, los casos de flagrancia, que como se señaló, no fue lo que ocurrió en este asunto...³³⁷**

En síntesis, para la grabación de comunicaciones y su empleo en el proceso, no basta la voluntad de uno de los interlocutores, sino que para obviar la orden judicial es menester, en criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia, en concurrencia con lo dicho por la Corte Constitucional, en no requerir orden judicial en caso de la autorización de todos los intervinientes o en caso de ser víctima de un delito. Lo que confluye con las teorías del caso *Rathbun v. United States* ya citado.

³³⁶Sent. T-003 En. 21/1997, Rad. T-106489. M.P: Dr. Jorge Arango Mejía.

³³⁷Sent. Nov. 30/2006, Rad. 25136, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Los anteriores precedentes de derecho comparado y la breve referencia a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, nos muestran como la teoría construida a raíz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que gira en torno a los derechos a la intimidad y la protección del domicilio, puede encontrar una lectura y acogida en la legislación y jurisprudencia nacional, como en efecto hasta el momento ha sucedido, pues no perderemos de vista que muchas de las doctrinas vaciadas en la nueva normatividad procesal penal, son desarrollo de la jurisprudencia nacional en materia de prueba inconstitucional y que a su vez, estas decisiones judiciales internas han seguido muy de cerca los referentes aportados por la legislación y jurisprudencia extranjeras comentadas a lo largo de este trabajo.

CONCLUSIONES.

La reforma constitucional al artículo 250 realizada por el Acto Legislativo 03 de 2002, implicó sin duda un cambio de percepción del proceso penal, ya que con la ley 906 de 2004, se dio un giro considerable en el esquema acusatorio, acercándolo más a los modelos que siguen tal sistema como el caso de Estado Unidos y Puerto Rico -eso si, siguiendo la ideología jurídica propia-. Circunstancia que implica una metodología diferente en la búsqueda de la verdad de lo cual es herramienta fundamental la actividad probatoria.

Es evidente entonces que si el centro de discusión de la verdad penal es el juicio, es allí donde deben concentrarse y hacerse públicas las pruebas para su discusión. De forma que las evidencias físicas y elementos materiales probatorios son eslabones en una cadena de valor que habrá de terminar con el conocimiento del juez más allá de toda duda razonable. Así las cosas, cobra vigencia la regla que pregona que el juez no puede extraer su convencimiento de cualquier medio de prueba o con absoluta arbitrariedad, pues aún en la ley 906 de 2004, se señalan reglas para la producción y aporte del material probatorio y evidencia física, que desarrollan sin duda las previsiones constitucionales en materia de derechos humanos y derechos fundamentales.

Ese apego a los requisitos legales esenciales para los medios probatorios y el respeto por las garantías fundamentales, es precisamente el centro al rededor del cual giró la discusión de este trabajo, como análisis de la regla

general de exclusión en la Constitución Política y su desarrollo en la ley 906 de 2004. Ante lo cual debemos aceptar que la regulación legal se acerca de forma suficiente a la aspiración constitucional de prevenir la arbitrariedad de los agentes del Estado en la búsqueda de la verdad. Lo que cobra mayor dinamismo en la naturaleza dialéctica y contradictoria del nuevo esquema.

Esa regla de protección a las garantías se advierte al repasar las sentencias que fueron analizadas, muchas de las cuales representan verdaderas innovaciones como el énfasis en los motivos fundados aún en caso de flagrancia o la nulidad de todo el proceso ante pruebas obtenidas bajo comportamientos que representen delitos de lesa humanidad. Para lo cual debe resaltarse, han resultado oportunas las contribuciones de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, que han recorrido de forma casi centenaria la manera en que la introducción de la prueba al proceso penal resulta acorde con las garantías constitucionales, y que es una herramienta bastante útil dado el valor del precedente en dichos sistemas y en consecuencia, la importancia de perfilación de casos específicos de discusión.

No obstante, dada la novedad del modelo de esquema acusatorio de la ley 906 de 2004, se advierte con facilidad que la jurisprudencia no es muy abundante. Pero, la que se tiene representa una génesis interesante de la línea jurisprudencial, toda vez que en ella se han sentado verdaderos principios en torno al esquema acusatorio y a las condiciones de validez de la evidencia física, elementos materiales probatorios y de la prueba misma; por ejemplo, las previsiones antes tratadas respecto a las relaciones entre autenticidad de la prueba y legalidad de la misma, la exigencia de motivos

fundados, la evaluación del cumplimiento de los derechos en manos del Juez de Control de Garantías y el juez de conocimiento. Y, definitivamente la concreción de los criterios de prueba ilegal y prueba ilícita, en lo cual la Corte Constitucional ha aceptado que la ley 906 de 2004 siguió el criterio ya muy decantado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Todo lo cual se resume en la regulación expresa que la ley 906 de 2004, hace de estas teorías y materias que antes fueron construcción e interpretación jurisprudencial.

No debe pasar desapercibido en todo caso, que la estructura de las garantías y en particular de la regla de exclusión ha sido construida por la Sala Penal de la Corte y por la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 29 de la Carta, razón por la cual como la reforma al artículo 250 de la Constitución no abarca la parte dogmática, dicha jurisprudencia guarda plena vigencia.

No deja de preocuparnos, que en muchos casos la jurisprudencia no esté a la altura de la filosofía del nuevo esquema, por ejemplo, la aún sostenida opinión de la Sala Penal de la Corte -aquí comentada- sobre el carácter permanente de la flagrancia en los delitos de narcóticos; por la cual se subsanará finalmente todos los atropellos e ingresos irrazonables de la policía judicial. Pues, insistimos la prolongada vigilancia declara la posibilidad de atender a la regla constitucional y legal de obtener la orden judicial y por tanto, torna en irrazonable el ingreso sin dicha orden.

Consideramos entonces, que el esquema adoptado y la expresa y definida regulación de la regla de exclusión en la ley 906 de 2004, si representa como se demostró a lo largo de este trabajo, un redimensionamiento en la apreciación sobre la prueba inconstitucional y su tratamiento en el proceso penal, tanto así que en un principio fue la ley la que se configuró a raíz de la jurisprudencia, pero ahora en la hipótesis contraria, esta última tendrá que enriquecer la ley.

BIBLIOGRAFÍA.

- Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Volumen I Ernesto L. Chiesa Aponte, Editorial Forum, 1.991.
- El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Jaime Bernal Cuellar, Eduardo Montealegre Lynett. Tomo I. 5 Edición. Universidad Externado de Colombia. 2.004.
- Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Autores Varios. Antonio José Cancino Compilador. Universidad Externado de Colombia. 2.003.
- Principio Acusatorio y derecho penal. Teresa Armenta Deu. J.M. Bosch Editor. 2003.
- Derecho Procesal Penal. Claus Roxin. Editores del Puerto. 2.000.
- Procedimiento Penal Colombiano. Gilberto Martínez Rave. Octava Edición. TEMIS. 1.994.
- Procedimiento Penal Colombiano. Gilberto Martínez Rave. Decimotercera Edición. TEMIS. 2.006.
- La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente. Gunther Jakobs. Universidad Externado de Colombia. 2.000.
- La herencia de la criminología crítica. Elena Larrauri. Siglo XXI editores. 1.992.
- Teoría del discurso y derechos humanos. Robert Alexi. Universidad Externado de Colombia. 2.001.
- La estructura de los derechos fundamentales. Martin Borowski. Universidad Externado de Colombia. 2.003.
- Los Derechos Constitucionales. Fuentes Internacionales para su interpretación. Consejería para el desarrollo de la Constitución. 1.992.

- Filosofía del derecho. Arthur Kaufmann. Universidad Externado de Colombia. 2.002.
- Derecho y razón. Luigi Ferrajoli. Editorial Trotta. 2.000.
- La Mínima Actividad probatoria en el proceso penal. M. Miranda Estrampes. Edit. J.M Bosch, Barcelona, 1.997.
- Las garantías constitucionales del Proceso, Joan Picó i Junoy, Edit. J.M Bosch, Barcelona,2.002.
- Descubrimiento inevitable y expectativa razonable, Heliodoro Fierro Méndez, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2.006.
- exclusión de actos y pruebas en el juicio oral, Heliodoro Fierro Méndez, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2.005.