

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE UNA PRUEBA EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO

Presentado por:

JAVIER HERNANDO LAGUNA MARROQUÍN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

MANIZALES

2018

CONTENIDO

Resumen.....	;	Er
ror! Marcador no definido.		
Introducción.....	;	Er
ror! Marcador no definido.		
Regla de exclusión.....	;	Error!
Marcador no definido.		
Desarrollo del tema.....		6
Conclusiones.....		14
REFERENCIAS.....	;	Err
or! Marcador no definido.		5

Resumen

El objetivo del presente trabajo, tiene como finalidad establecer si en el actual sistema penal acusatorio la declaratoria de nulidad de una prueba resulta un beneficio para la parte a quien le declaran dicha nulidad, teniendo en cuenta los efectos de la figura jurídica en mención.

Para entender esto, es necesario comprender el concepto de nulidad, así como sus causas, efectos jurídicos y las situaciones en las cuales ésta se puede convertir en un beneficio para quien infringe la norma.

Es la jurisprudencia constitucional y especializada de la corte suprema de justicia sala de casación penal la que aclara estos conceptos y permite establecer cuando es un beneficio y cuando no lo es.

Palabras claves: Nulidad, causales de nulidad, efectos de la declaratoria de nulidad de la prueba, cláusula de exclusión.

Abstract

The aim of this essay is to establish if in the current accusatory penal system the declaration of nullity of proof is of benefit for the party to whom nullity is being declared to; taking into consideration the effects of this legal entity.

In order to understand this notion, it's necessary to comprehend the concept of nullity including its causes, its legal effects and situations where nullity may be of benefit to who violates the rule.

In the constitutional jurisprudence of the Supreme Court of Justice, the Criminal Appeals Chamber clarifies these concepts and establishes when nullity is of benefit and when it is not.

Key words: Nullity, causes for annulment, effects of declaration of nullity of proof, exclusion clause.

Introducción

La nulidad puede definirse, como una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto procesal deje de desplegar sus efectos jurídicos, retro trayéndose al momento de su celebración. Para que una norma o acto sean nulos se requiere de una declaración de nulidad, expresa o tácita y que el vicio que lo afecta sea coexistente a la celebración del mismo.

La declaración de nulidad puede ser ex nunc (nulidad irretroactiva, se conservan los efectos producidos antes de la declaración de nulidad) o ex tunc (nulidad retroactiva, se revierten los efectos producidos con anterioridad a la declaración de nulidad) (Declaración de nulidad, s.f).

Al respecto la jurisprudencia especializada define el concepto de nulidades en la sentencia 34962 del 23 de mayo del 2005 de la siguiente forma *“Por definición, se entiende que las nulidades son sanciones a los actos procesales cumplidos sin aquellos parámetros normativos que prescriben las condiciones de modo, tiempo y lugar en que debe manifestarse el ejercicio de la actividad y trámite de una actuación judicial, y están caracterizadas como un mecanismo de extremo rigor sujeto a taxativas causales, cualidad que exige y supone la existencia de un*

agravio sustancial para la ritualidad de las formas procesales o las garantías de los intervinientes.”.

Lo anterior son definiciones generales del concepto de nulidad, la cual es aplicable al proceso o a las actuaciones procesales como tal, pero es la nulidad de la prueba en el sistema penal acusatorio la que interesa para el presente trabajo, por lo que es preciso remitirse a la ley procesal penal y a las decisiones adoptadas por la corte constitucional con relación al tema, con el objetivo de establecer en cuales casos se aplica el efecto *Ex tunc* en la declaración de nulidad de la prueba, pues es éste efecto el que se convierte en beneficio, retrotrayendo el proceso hasta el momento procesal viciado, brindando la posibilidad de volver a practicar la prueba.

Ahora bien, como el presente trabajo se trata de la nulidad de la prueba en el proceso penal, es necesario conocer el tratamiento que el ordenamiento jurídico le ha dado a esta situación, analizando la evolución normativa de la denominada cláusula o regla de exclusión.

Regla de exclusión

Colombia, mediante la Constitución de 1991, incluyó expresamente una cláusula que establece la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso. El inciso final del artículo 29 constitucional regula el tratamiento que se les da a aquellas pruebas obtenidas por fuera del rito procesal establecido constitucional y legalmente.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta, han sido expedidos tres procedimientos penales: el decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. Este último reglamenta de manera expresa la nulidad del artículo 29 de la Constitución a la vez que la asume expresamente como una regla de exclusión.

Los tres procedimientos parten de la libertad de medios de prueba, el artículo 253 del decreto 2700 de 1991, que se reproduce en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000; y el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, autorizan a probar por cualquier medio de prueba que no resulte violatorio de los derechos humanos. Si bien el punto de partida es la libertad probatoria, aparecen normas que desarrollan el enunciado constitucional de la nulidad de la prueba obtenida por fuera del debido proceso que ordenan la no valoración o la exclusión de pruebas irregulares.

Así, el decreto 2700 de 1991 define en su artículo 246 que toda providencia debe fundarse en pruebas “legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”; de igual forma, según el artículo 250, deben ser rechazadas las pruebas que hayan sido obtenidas de forma ilegal; por último, el artículo 314 indica que las pruebas que realice la policía judicial deben acatar de manera estricta las garantías constitucionales y legales. Estas disposiciones son reproducidas en la Ley 600 de 2000 sin mayores modificaciones en los artículos 232, 235 y 318.

Es a partir de la Ley 906 de 2004 que de manera expresa se adopta legalmente la regla de exclusión en el proceso penal colombiano; indicando en su artículo 23 que deberán excluirse aquellas pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, además de aquellas pruebas que “sólo puedan explicarse en razón de su existencia”. Esta cláusula es reforzada por el art. 360 que ordena para el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria la exclusión de “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”.

El alcance de la regla de exclusión se ve limitado en la misma Ley por la adopción de las llamadas excepciones a la regla de exclusión, que el legislador colombiano decide incluir en el artículo 455, indicando que a efectos del artículo deberán considerarse los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable.

Si bien a partir de la Constitución de 1991 se consagraron, en los códigos de Procedimiento Penal, disposiciones encaminadas a excluir del proceso aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha delimitado de manera más clara el alcance de este mandato de nulidad que se desprende del artículo 29 de la Constitución, especialmente a partir de la sentencia SU-159 de 2002, en la cual se adopta la exclusionary rule y algunas de sus excepciones como remedio para excluir la prueba ilícita (Monsalve, 2010).

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo y jurisprudencial de la cláusula de exclusión, es menester profundizar en las excepciones a dicha cláusula, pues es en desarrollo de éstas que se podrá llegar a una conclusión respecto de si existe o no beneficio cuando se está en presencia de una prueba nula.

Desarrollo de tema

A partir de las ya mencionadas definiciones, se analizan los efectos de la declaratoria de nulidad de la prueba en el proceso penal acusatorio, teniendo como base lo establecido en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 el cual reza lo siguiente *“Cláusula de exclusión. 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 pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.”* Es claro que la norma procesal, establece un rechazo a las pruebas que han sido obtenidas en contravía de lo establecido en la ley, generando una sanción excluyente no sólo de la prueba como tal, sino también de aquellas que se derivan de éstas, por lo que no podrán ser valoradas por el operador judicial y mucho menos podrán ser la base de una decisión judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de agosto de 2009, ha tratado este tema y ha entendido que la vulneración de garantías en desarrollo de un procedimiento investigativo, de acuerdo con la intensidad de la misma, produce como consecuencia la exclusión del producto de dicho acto y de todo de lo que de él se derive; dejando a salvo solo aquello cubierto por las excepciones, legales y las previstas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y vínculo atenuado.

Estas excepciones que se mencionan, la ley procesal sólo las enuncia mas no las desarrolla, por lo que para encontrar su definición o concepto es necesario remitirse a la jurisprudencia constitucional, que según la Sentencia C – 591 de 2005 se entiende por *vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito.*

Para complementar los conceptos aportados por la jurisprudencia, me permito remitirme a la doctrina para profundizar un poco más en los temas, por lo que, con relación al vínculo atenuado, se tiene que este procede por convalidación por parte del que sufre la ilicitud, un ejemplo de esta excepción, se presenta cuando un servidor público exige dinero para adoptar una decisión judicial. La grabación de esta interceptación ha sido obtenida sin la observancia de las garantías fundamentales ni procesales, por lo tanto, se considera ilícita. Sin embargo, de manera posterior, el funcionario judicial, en un interrogatorio libre y asistido por su representante legal, acepta el hecho.

Obviamente, el interrogatorio surge debido a los indicios que posee el agente estatal investigador, motivado en la interceptación ilícita realizada al funcionario judicial, pero esta ilicitud desaparece al momento en que el funcionario, de manera expresa, libre y voluntaria, decide admitir la comisión de la conducta por la cual está siendo investigado. Por tanto, ya no existe la presión alguna que vicie la causalidad entre la prueba derivada (Marín, 2004).

Respecto de la fuente independiente, la corte adiciona que, en esta excepción, no es aplicable la teoría del fruto del árbol ponzoñoso, por lo que para tener una mejor comprensión se requiere una definición de dicha teoría, la cual consiste en comparar la fuente de la prueba con un árbol, por lo que siendo ilegal la fuente, se puede decir que el árbol está envenenado, por tanto, los frutos de ese árbol también estarían envenenados.

Así lo trató la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América En 1920, la Corte adoptó la doctrina del “fruit of the poisonous tree” o "fruto del árbol venenoso", según la cual, los elementos de prueba originados en otros practicados de manera irritual, ilícita o prohibida, corren la misma suerte de éstos, razón por la cual deben ser igualmente excluidos.

Un ejemplo de ello sería:

Supongamos que George apuñala a su vecino Víctor y le da muerte. Al llegar a la escena, un policía irrumpe en la casa de George sin una orden judicial, en violación de la Cuarta Enmienda. Descubre el cuchillo todavía ensangrentado. En el juicio por asesinato de Víctor, el juez no permitirá al fiscal introducir el cuchillo como evidencia, alegando que el cuchillo es "fruto del árbol envenenado," el resultado de una búsqueda e incautación inconstitucional. Aunque en

realidad George ha incurrido en un homicidio, podría bien quedar libre porque el jurado no puede evaluar el cuchillo como mejor evidencia¹.

Ahora bien, respecto de la fuente independiente Peralta (2009) expone; “no se trata propiamente de una excepción, debido a que esta doctrina versa sobre los modos de obtener evidencia o de demostrar un hecho, pues en ambas situaciones existen dos modos: uno completamente legal y otro ilegal, sin que entre estos dos exista vínculo alguno.”

En similar sentido se expresa Estrampes (2010) quien manifiesta lo siguiente:

En realidad, no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada (Estrampes, 2010).

Un ejemplo de fuente independiente, se puede apreciar en el caso *Segura vs. US* (1984), en el cual la policía entró a un domicilio sin permiso judicial, detiene los ocupantes y permanecen en el lugar hasta que llega la orden que se obtiene en virtud a los datos indiciarios existentes antes de proceder al registro inicial. Se excluyó los elementos encontrados en la entrada inicial, pero se admitieron los que se descubrieron después de haberse ejecutado el mandamiento de entrada válido.

¹ Ejemplo tomado de Defensa de la prueba: contra la regla de exclusión y contra el centralismo libertario por Patrick Tinsley y N. Stephan Kinsella.

Por último, se tiene el descubrimiento inevitable, cuya comprensión no genera mayor dificultad, pero sí resulta muy cuestionada su práctica, puesto que ésta depende de la hipótesis que se plantee para lograr convencer al operador judicial de la inevitabilidad del descubrimiento.

Maier (1996) lo define de la siguiente forma:

“Descubrimiento inevitable (inevitable discovery) una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos. Es decir, se trata de determinar, en cada caso, si a través de un curso causal hipotético se hubiera llegado en forma irregular a la obtención de la misma prueba”.

Un ejemplo de descubrimiento inevitable, es un cadáver enterrado bajo la nieve que se encuentra en una propiedad, y es descubierto por la policía sin que medie orden judicial; aquí la hipótesis a plantear es que el descubrimiento del cadáver habría sido inevitable, toda vez que la nieve ya sea por el paso de la temporada o por acción de los rayos del sol, se derretiría exponiendo el cuerpo, haciendo inevitable su descubrimiento.

Hasta el momento, no es posible avizorar ningún tipo de beneficio o apremio con la declaratoria de nulidad de una prueba, puesto que como se ha visto, la sanción procesal es la simple exclusión, sin afectar el proceso, pues así lo ha resuelto la corte constitucional en su Sentencia T-233 de 2007, la cual estableció que *“Independientemente de la fuente de la ilegitimidad de la prueba, lo que importa resaltar por ahora es que cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse. Esta precisión permite mostrar el otro aspecto de la argumentación y es que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, pero no por ello es nulo de pleno derecho el proceso en el que se inserta. En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que la nulidad de la prueba*

obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene”.

Como bien lo ha dicho la corte constitucional, la nulidad de la prueba no implica necesariamente la nulidad del proceso, lo que quiere decir que existe una excepción la cual sí puede generar tal efecto y es la misma corporación quien se encarga de establecer cuál es el requisito para que al declarar la nulidad de la prueba se afecte el proceso, señalando que en la misma Sentencia T-233 de 2007 “...es requisito para la invalidación del proceso que la decisión final haya tenido como fundamento la prueba ilícita. De lo contrario, si la convicción del funcionario se forma a partir de elementos probatorios distintos, independientes de la prueba o a los que se habría llegado por otras vías, puede admitirse la subsistencia del proceso, pese a la inconstitucionalidad de la prueba que debe expulsarse.” Así las cosas, se tiene que para que se llegue a tal sanción, la decisión debe fundamentarse en la prueba nula, por lo que ahí sí sería necesario retrotraer el proceso.

Pero esa no es la única excepción que existe, puesto que dependiendo de cómo se obtenga de la prueba, también podría hablarse de nulidad del proceso y no la simple exclusión del medio de prueba, puesto que, excepcionalmente la ilegalidad de las pruebas se traduce en nulidad del proceso según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, al limitar tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, así se pronunció la Corte:

Al respecto la Corte Constitucional en su sentencia del 24 de agosto de 2009 considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por

tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

Según la corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997 este criterio unificado respecto de la sanción procesal derivada de la nulidad de la prueba, es incluso aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendiéndose que *“En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que 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. 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.”*

Estas decisiones de la corte constitucional, abre la discusión respecto de la nulidades procesales existentes en el proceso penal, pues podría decirse que existen dos categorías o

géneros, el primero, sería de orden legal, establecidas en la ley 906 de 2004 en su artículo 23 y la otra categoría sería de orden constitucional, reglamentada por vía jurisprudencial; aunque ambas protegen garantías fundamentales, la diferencia entre ellas consiste en la sanción que generan las mismas, pues en las primeras, la sanción es la exclusión de la prueba y sus derivados, sin afectar el proceso como tal y en la segunda, la sanción afecta la integridad del proceso siempre y cuando la decisión se base en la prueba ilegalmente obtenida o cuando la obtención del elemento probatorio sea mediante afectaciones graves a derechos constitucionalmente protegidos, es decir, cuando se presenten crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial.

Queda claro entonces que la única forma de afectar el proceso y retrotraer las actuaciones, es en el caso de las nulidades constitucionales, y es ahí en donde se encuentra el beneficio para el infractor de las normas, pues tendría de nuevo la oportunidad de volver a practicar la prueba, sólo que esta vez con el pleno de exigencias legales y constitucionales. Además, con las excepciones a la cláusula de exclusión, también se estaría hablando de un beneficio legal para quienes infrinjan las normas procesales, toda vez que es posible introducir al proceso evidencias ilícitas, las cuales pueden ser valoradas y servir de sustento para una decisión judicial.

Conclusiones

Los beneficios legalmente reglamentados para quienes infringen las normas, no deberían estar permitidos, pues se supone que el proceso penal es garante de los derechos fundamentales y además existe en la legislación procesal una regla o cláusula que excluye del proceso todas aquellas pruebas que estén en contravía de las garantías fundamentales, por lo que su introducción no debería ser permitida y mucho menos ser una potestad del juzgador, pues así opera actualmente, es el juez de conocimiento quien decide cuando se aplica o no el artículo 455 de la ley procesal penal, lo que se traduce en un juzgador ya contaminado por el proceso, el cual no necesariamente tiene que fundamentar la aplicación de una excepción.

Así las cosas, se puede concluir que existen beneficios procesales para aquellos que infrinjan las normas ya sea de orden legal o constitucional, pues la regla de exclusión en mi sentir no está completamente desarrollada, lo que permite que las sentencias penales puedan estar basadas en pruebas contrarias al ordenamiento y a los principios y reglas del procedimiento.

REFERENCIAS

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 34962 del 23 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Recuperado de:
<http://www.elpais.com.co/elpais/archivos/SanPedroFallo.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 591 de 2005. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-233 de 2007 de 29 de marzo de 2007. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-233-07.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de agosto de 2009, Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.
- Declaración de nulidad. (s.f). En Wikipedia. Recuperado el 15 de febrero de 2018 de
<https://es.wikipedia.org/wiki/Nulidad>
- Estrampes, M. M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, (22), 131-151.
- Maier, J. B. (1999). Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. *Nuevo Foro Penal*, (60), 135-143.
- Marín Vásquez, R. (2004). *Sistema acusatorio y prueba*. Bogotá, DC: Ediciones Nueva Jurídica Colección Estudio, (7).
- Monsalve Correa, S. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(113).
- Peralta, O. J. G. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica.