



El debilitamiento de la *regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Carlos Andrés Bolaños Arias

Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: abolanosarias@gmail.com

El debilitamiento de *la regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano*

Resumen

A lo largo del siglo XX, en los estados de tendencia democrática se presentó un proceso de construcción, definición y delimitación del instituto de la prohibición de admisión de aquellas pruebas obtenidas con vulneración o desconocimiento de normas jurídicas positivas. Así, en los Estados Unidos de América se ha construido la institución de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, como mecanismo encaminado indirectamente a la protección de las libertades y garantías individuales, la cual se sustenta en la necesidad de pulcritud en los procedimientos policiales y en la prevención de conductas ilegales por parte de los agentes policiales en los procedimientos de obtención y aseguramiento de la prueba.

Si bien la regla de exclusión se originó y fundamentó en el marco del derecho anglosajón, en el derecho colombiano, la Constitución Política de 1991 consagró de manera expresa la institución de la *nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso*, institución a la cual, posteriormente, la Corte Constitucional denominó como *Regla de Exclusión Probatoria*. Con su consagración constitucional, paradójicamente, dicha institución ha experimentado un progresivo debilitamiento, tanto a nivel jurisprudencial como legal.

Palabras clave: Prueba ilícita, regla de exclusión probatoria, derechos fundamentales, debido proceso.

* Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal.

Introducción

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho de orientación democrática, fundado en el respeto de la dignidad humana, lo que significa que es deber y obligación del Estado proteger a todas y cada una de las personas en su dignidad y demás garantías y derechos fundamentales. Esa obligación, no sobra decirlo, cobija especialmente los ámbitos punitivo y probatorio.

Antes de la vigencia de esta Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico no existía una regulación expresa en relación con el problema de la prueba obtenida con violación al debido proceso y los demás derechos fundamentales, por lo que en la práctica, en aquellas ocasiones en las que se estaba en frente de una prueba obtenida de manera ilícita, ésta no era susceptible de ser declarada nula, ineficaz o inexistente; por el contrario, la prueba obtenida de esa manera era plenamente eficiente para fundamentar sentencias condenatorias.

La nueva Constitución en su artículo 29 consagró como garantía fundamental la nulidad de pleno derecho de la prueba que ha sido obtenida con desconocimiento o violación del debido proceso, a la cual la Corte Constitucional denominó *Cláusula de Exclusión Probatoria*. Sin embargo, en este trabajo se sostiene que en el ordenamiento jurídico penal colombiano, inicialmente por vía jurisprudencial y posteriormente a través del poder de configuración legislativo, se ha venido presentando un debilitamiento progresivo de dicha institución, aparejando un debilitamiento del ordenamiento constitucional, por cuanto por esta vía se soslaya el cumplimiento de los fines del Estado al permitir un gradual desconocimiento de los derechos fundamentales de libertad.

Para lograr desarrollar lo anterior, el presente trabajo realiza una aproximación a algunos problemas que se suscitan en relación con la prueba judicial, derivados del conflicto existente entre las necesidades sociales de verdad material y los derechos y libertades individuales; aborda el “*derecho penal liberal*” como criterio legitimador del *ius puniendi*, sosteniendo que en el marco de un Estado constitucional el punto de partida para la construcción de unas instituciones procesales penales legítimas no es otro que un *derecho penal liberal* o *del ciudadano*; y, finalmente, presenta el concepto de *Regla de Exclusión Probatoria*, explorando su desarrollo en el ordenamiento jurídico penal colombiano y analizando su debilitamiento a partir de los puntos de quiebre suscitados respecto de su consagración constitucional.

No obstante, se advierte que no se pretende abordar y desarrollar de manera profunda y exhaustiva los problemas del debido proceso, la prueba ilícita, la prueba ilegal y la exclusión probatoria, sino que se intenta, simplemente, evidenciar el debilitamiento de la *Cláusula de Exclusión Probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

1. Preliminares. Ubicación del problema

Como mecanismo de configuración de la conducta humana, el Derecho es un instrumento valorativo que persigue la convivencia pacífica y la paz social, en el marco del respeto de la dignidad humana; es decir, es un instrumento al servicio de todos y cada uno de los miembros de una comunidad política determinada. En consecuencia, las instituciones jurídicas deben constituirse en un instrumento para la satisfacción de las necesidades existenciales de los individuos, para la promoción, reconocimiento y respeto de la dignidad humana y para la cohesión de las comunidades.¹

Lo anterior implica que las normas jurídicas son instrumentales a la realización de los fines y valores de una comunidad política. Las normas procesales como reglas jurídicas están al servicio de la justicia y de la materialización de los valores fundantes del Estado.²

En el marco del Estado constitucional, el debido proceso se entiende como una garantía procesal y como un derecho subjetivo fundamental que persigue proteger de la arbitrariedad los derechos y libertades individuales, puesto que exige el cumplimiento de un catálogo de reglas para poder afectar derechos y libertades.

Vinculados al debido proceso se encuentran los valores de libertad, justicia, verdad, igualdad, seguridad jurídica y razonabilidad, pues éste le es funcional a tales valores. Así mismo, se relaciona con el derecho constitucional al acceso efectivo a la administración de justicia.

A través del derecho al acceso a la justicia es posible exigir al Estado la satisfacción de los derechos que se han visto conculcados por el incumplimiento de un deber jurídico, y por intermedio del debido proceso se construyen las circunstancias en las cuales se definen posiciones relacionales respecto de derechos y libertades. Es así como la construcción y argumentación de los hechos en sede procesal jurisdiccional se torna determinante cuando están en juego derechos y libertades.

Igartua Salaverría sostiene que "(...) en el ámbito del derecho, la evidencia de un hecho está sujeta a una específica regulación de las pruebas."³ Tal regulación probatoria, entre otras cuestiones, se pregunta por ¿cuáles pruebas son admisibles y cuáles no? ¿Cómo deben aceptarse las pruebas?⁴ ¿En un modelo de Estado determinado cuál es la finalidad de las pruebas judiciales?⁵

¹ Cfr. MORENO Ortiz, Luis Javier (2000). *Acceso a la Justicia*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. p. 3 y ss.

² Esta posición se compadece con lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia. Cfr. *Ibid.* p.161.

³ IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Donostia: Librería Carmelo. p. 68.

⁴ *Ibid.* p. 69.

⁵ URBANO Martínez responde esta pregunta sosteniendo que en el marco de un Estado Democrático de Derecho la finalidad de la prueba penal está ligada a los fines del derecho Penal, esto es en términos generales, a la solución correcta y justa desde la perspectiva material de un conflicto generado por una conducta punible. Sostiene este autor que el Juez debe realizar una aproximación

Las anteriores cuestiones remiten a los problemas de las pruebas ilícitas y de la admisibilidad de las mismas. La discusión sobre la admisibilidad de las pruebas ilícitas ha transcurrido entre dos posiciones opuestas: 1. el rechazo incondicional de toda prueba cuya obtención lesione o ponga en peligro derechos y libertades individuales y 2. la primacía del valor verdad y del derecho al acceso a la justicia sobre los derechos fundamentales de libertad.⁶ Se advierte, pues, una colisión entre valores constitucionales.

No es fácil encontrar pautas generales para resolver el conflicto presentado, toda vez que, en primer lugar, no existe una definición unívoca de prueba ilícita.⁷ En efecto, la prueba ilícita se puede definir como aquella que atenta contra la dignidad humana, o como la prueba que es contraria a derecho, también como la que atenta contra la moral y las buenas costumbres. Así mismo, existen posiciones que limitan las pruebas ilícitas exclusivamente a la violación de derechos fundamentales.⁸

Para intentar solucionar el conflicto enunciado, en los Estados Unidos de América se ha construido la institución de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, como mecanismo encaminado indirectamente a la protección de las libertades y garantías individuales, el cual se sustenta en la necesidad de pulcritud en los procedimientos policiales y en la prevención de conductas ilegales por parte de los agentes policiales en los procedimientos de obtención y aseguramiento de la prueba.⁹

Así mismo, en el derecho continental, especialmente en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, se ha edificado el sistema de prohibiciones probatorias, del cual la prueba ilícita es una de sus modalidades.¹⁰

Surge problemática, también, la cuestión de la admisibilidad de las pruebas lícitas derivadas de pruebas obtenidas ilícitamente, toda vez que para justificar o negar la admisibilidad de algunas de ellas se incurre en juicios causales hipotéticos.¹¹

razonable y equilibrada a la verdad, es decir que ésta se distancie de la verdad en sus sentido material en cuanto absoluta y de la verdad formal en cuanto verdad libremente construida. Ver: URBANO Martínez, José Joaquín (2008). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. p. 30-31.

⁶ *Ibíd.* p. 73.

⁷ Cfr. MIRANDA Estrampes, Manuel (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª ed. Barcelona: J.M. Bosch. p. 17-52.

⁸ *Ibíd.* p. 19-26.

⁹ Entre otros: GASCÓN Abellán, Marina (2005). *¿Freedom of proof?: El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*. Número 52. p.74-85; GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*. Número 26. p. 76-80; MIRANDA Estrampes, Manuel (2003). *La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*. Número 47. p. 53 -66.

¹⁰ Entre otros: GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.*, p. 76-80.

¹¹ Como es el caso de la doctrina del *inevitable recovery*, según la cual la prohibición de admisibilidad de las pruebas ilícitas no puede recaer sobre aquellos hechos que se hubieran podido aprehender por otros medios.

2. El “Derecho Penal liberal” como criterio legitimador del *ius puniendi*

En el marco de un Estado constitucional, el proceso penal se ha entendido como un mecanismo encaminado a conciliar los intereses de búsqueda de la verdad y de protección y defensa de los derechos fundamentales de los procesados.¹² Entonces, para considerar al proceso penal como un instrumento legítimo del Estado que persigue encontrar la verdad y satisfacer los fines de la convivencia pacífica y la paz social, deberá procurar la protección de los intereses de todos y cada uno de los intervinientes en el marco de un debate procesal en el que se persigue determinar la aclaración de una hipótesis delictiva y el grado de responsabilidad de los ciudadanos en la misma. Es así como en un Estado Social de Derecho, de orientación personalista y democrática, se ha de acudir a un *derecho penal liberal o del ciudadano*, en el cual la búsqueda de la verdad esté condicionada por el derecho penal material y el respeto al debido proceso.¹³

Ahora bien, de la fórmula contenida en el artículo 1 de la Constitución Política se deriva para el Estado la obligación de implementar los mecanismos necesarios y suficientes para alcanzar los fines de la justicia, la convivencia pacífica y la paz social; para ello, debe garantizar la efectividad de los derechos y garantías fundamentales de las personas, que no son cosa diferente a establecer límites frente a los poderes del Estado en favor de todos los asociados.¹⁴

En este contexto, la justicia se alcanza por intermedio de decisiones legítimas por parte de los diferentes órganos y ramas del poder público, legitimidad que se refiere a la satisfacción de los valores, principios, reglas y procedimientos propios del Estado democrático. Entonces, para que las decisiones que afecten libertades de las personas (tales como la dignidad, la intimidad y la locomoción, entre otras) estén investidas de legitimidad, es menester que se respeten, en todo momento, los derechos fundamentales en general, y el debido proceso en particular.

3. Aproximación al concepto de *regla de exclusión probatoria*

En un Estado en el cual el fin del proceso penal, como ya se enunció, es la protección de las garantías y libertades fundamentales de las personas en los procedimientos de búsqueda de la verdad, la obtención y el aseguramiento de la prueba se constituyen en un problema esencial, toda vez que exige determinar *cuáles pruebas son admisibles* o *cuáles pruebas son inadmisibles* en el marco de un sistema de valores, principios y reglas en aras de que las decisiones restrictivas y de injerencia en la esfera de libertad de las personas sea legítima.

¹² URBANO Martínez, José Joaquín (2008). *Op. cit.*, p. 30-31; ROXIN Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 121.

¹³ JAÉN Vallejo, Manuel (2003). *Acusación e investigación en el sistema procesal penal*. En: *Revista Diálogos y saberes*. Número 24. p. 198–199.

¹⁴ Cfr. CALLE Calderón, Armando Luis (2000). *Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso*. En: *Nuevo Foro Penal*. Número 63. p. 45–68.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el loable fin de la obtención de la verdad, como uno de los presupuestos de la materialización de la justicia, no puede conseguirse de cualquier manera, incluyendo la afectación de la dignidad humana.¹⁵

De allí que en algunos estados occidentales de tendencia democrática, a lo largo del siglo XX se hayan intentado elaborar construcciones teórico-jurídicas, iusfilosóficas y dogmáticas para la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación a normas jurídicas positivas. Es el caso de teoría de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida¹⁶ y de las prohibiciones de valoración probatoria.¹⁷ Es conocido que la discusión se inició y se desarrolló en los Estados Unidos de América, bajo un sistema procesal y una tradición jurídica diferentes a la *européo-continental*, tradición en la cual fue formado el derecho colombiano.

Si se define la *regla de exclusión probatoria* como el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces ésta persigue garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.¹⁸

Se ha observado que con la obtención y el aseguramiento de la prueba de cualquier manera se han visto afectados de manera grave derechos fundamentales de las personas, entre los cuales se encuentran la dignidad humana, la intimidad, la indemnidad personal, ocasionando la deslegitimación del Estado y de las autoridades públicas. Se evidencia pues, que con el problema del aseguramiento de prueba se presenta una tensión entre los fines de consecución de la verdad y de la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Es así como la discusión sobre la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos y garantías se ha dirigido, básicamente, desde dos criterios radicalmente opuestos, a saber: uno que considera que el único parámetro para determinar la admisibilidad de una prueba es la relevancia o eficacia de la misma para demostrar los hechos discutidos en el proceso, sin importar la manera en la cual se obtuvo la prueba; y otro según el cual, para determinar la admisibilidad o inclusión de la

¹⁵ Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura. p. 310; CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU-159 de 2002*. Salvamento de Voto. Bogotá.

¹⁶ Al respecto, entre otros: GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. 2 Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. p. 419-430; IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. cit.* p. 71 y ss.

¹⁷ GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.*, p. 76–80.

¹⁸ En el derecho norteamericano se puede definir la regla de exclusión de la evidencia (*Exclusionary rule*) como “aquella institución probatoria, según la cual en un juicio penal no puede resultar admitida la evidencia producto de una actividad ilegal realizada por autoridades de persecución penal. El objeto de la regla de exclusión es resguardar la actividad judicial de las conductas inapropiadas de la policía y evitar que esta se haga partícipe de comportamientos violatorios de la ley”, citado por GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Op. cit.*, p. 419.

Es evidente, entonces, la diferencia existente entre la fundamentación y los fines de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano y en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.

prueba se debe tener en cuenta el respeto por los derechos y garantías fundamentales de las personas.¹⁹

En este último sentido, son ilustrativas las consideraciones del Juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, quien en una sentencia de 1928 sostuvo lo siguiente:

Es verdaderamente deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente (...) Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos de los delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel inicuo.²⁰

4. Desarrollo de la *cláusula de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico colombiano

Con anterioridad a la Constitución Política de 1991, en nuestro *sistema legal* no estaba consagrado, y mucho menos regulado, el instituto de la prueba ilícitamente obtenida ni la consecuencia de la exclusión de ésta.²¹

Como resultado de lo anterior, en los eventos en los cuales se estaba en presencia de una prueba ilícitamente obtenida no se le aplicaba a la misma la sanción de la nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia,²² al contrario, ésta gozaba de plena eficacia para sustentar una sentencia de condena.²³

Mediante la Carta Política de 1991 se introdujo y se constitucionalizó en nuestro ordenamiento jurídico la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación del

¹⁹ IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. cit.* p. 72. En este sentido, se advierte que en la formulación y justificación de la cláusula norteamericana de exclusión de la evidencia se persigue la transparencia de la actuación mediante la cual se aseguró la prueba, más que la protección de los derechos fundamentales. Así mismo, en la formulación norteamericana, la regla de exclusión persigue un efecto persuasorio dirigido a las autoridades encargadas de recolectar la evidencia, con la finalidad de que no cometan en el futuro acciones que maculen la prueba.

²⁰ Citado por IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. Cit.* p. 72.

²¹ Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba Ilícita y regla de exclusión. Op. cit.* p. 314 y ss. En el mismo sentido RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. p.89.

²² Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. Cit.* p. 314-318. En igual sentido, RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *Op. Cit.* p.89, sostiene: “Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de sus múltiples reformas existía un evidente fundamento para establecer la existencia de un ilícito o irregularidad constitucional en la obtención de la prueba en el ámbito extraprocesal ante la evidencia de la violación de los derechos y libertades de las personas; sin embargo, no era claro que esto tuviera como consecuencia procesal la nulidad o la exclusión de la prueba. La solución más generalizada a esto tampoco era la declaración de la nulidad de la prueba, sino que quedaba a la libre apreciación del juez reconocer la ineficacia de la información que se extraía de la fuente de prueba si de acuerdo con las reglas de la sana crítica se consideraba que perdía su credibilidad o su capacidad demostrativa”.

²³ Incluso, esta situación se mantuvo en vigencia de la Constitución Política de 1991. En este sentido véase CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-008 de 1998*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.

debido proceso o de las garantías fundamentales, con la finalidad de garantizar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales y de materializar los fines del Estado de orientación personalista. En efecto, en el inciso final del artículo 29 superior se consagró: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Prima facie se observa que en la mencionada regulación, que es coherente con el modelo de Estado Social de Derecho de orientación democrática y personalista, se persigue limitar los poderes del Estado en las tareas de esclarecimiento de la verdad y correlativamente constituir a la dignidad humana y al debido proceso en barreras de contención frente al poder sancionatorio del Estado.

Lo anterior significa que la regla de exclusión probatoria del artículo 29 es una garantía fundamental de raigambre constitucional, de aplicación directa y con protección reforzada que se encuentra en conexión directa con los derechos fundamentales, entre otros: la dignidad humana, la vida digna, la indemnidad de la persona, la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

A diferencia de lo acaecido en otros ordenamientos normativos, por ejemplo el español²⁴ y el norteamericano²⁵, en Colombia la cláusula de exclusión probatoria por prueba ilícita emana directamente de la Constitución, lo que implica su efectividad y aplicación directas sin necesidad de acudir a inferencias de ninguna índole.

La consagración constitucional de la cláusula de exclusión probatoria, en el marco de un Estado que acude al enunciado valorativo de la prevalencia del interés general, evidencia la tensión existente entre los intereses de consecución de la verdad, por un lado, y de respeto de los derechos y garantías constitucionales, del otro. Éste es el perenne conflicto entre el interés general y los derechos individuales de libertad como esferas intocables de aquél.

La tensión entre estos intereses o valores fundamentales ha de resolverse en atención a la persona que es el fundamento último del Estado. La cláusula de exclusión probatoria, al perseguir la protección de los derechos fundamentales y al adoptar la función de protección de los ciudadanos o las personas frente al Estado, igualmente se constituye en un límite para el Estado, en aras de materializar su legitimidad y un orden social justo.²⁶ Solucionar el conflicto sociedad (Estado) – individuo, en favor de la primera, con el pretexto de la prevalencia del interés general y de la búsqueda de la verdad, trae aparejado un desconocimiento de los derechos fundamentales y una relativización de los mismos.²⁷

²⁴ En el cual se ha intentado fundamentar la *Regla de Exclusión Probatoria* en el artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

²⁵ En este sistema se ha edificado la *exclusionary rule* en las enmiendas cuarta (derecho a la intimidad) y quinta (derecho a la no autoincriminación y al debido proceso) de la Constitución de los Estados Unidos de América.

²⁶ En este sentido, MAIER, Julio B.J. (1999). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Nuevo Foro Penal*. Número 60. p. 135–143.

²⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 139–140.

El método de la ponderación²⁸ en el caso concreto entre el interés particular vulnerado, con la obtención o aseguramiento de la prueba, y el interés del Estado y de la sociedad en la persecución penal, permite una limitación ilegítima e *instrumental* de los derechos fundamentales, por medio de argumentos pragmáticos y especulativos,²⁹ tales como la gravedad del hecho investigado o la necesidad de efectividad del aparato de justicia.

Téngase en cuenta, además, que en el marco de un proceso penal la verdad (como construcción valorativa derivada de relaciones y entramados de poder) no tiene carácter absoluto, ni la capacidad o eficacia de desdibujar y anular los derechos fundamentales existenciales y de libertad.

También es menester considerar que si bien en la Constitución Política de Colombia está consagrada la *Regla de exclusión probatoria*,³⁰ entendida como la imposibilidad de aducir, incluir y valorar la prueba obtenida con violación del debido proceso y demás garantías fundamentales, su fundamento político y jurídico no es el mismo de la *exclusionary rule* norteamericana. En efecto, de lo expuesto hasta ahora se colige que en nuestro ordenamiento jurídico la *Regla de Exclusión Probatoria* se sustenta en la protección y garantía de los derechos fundamentales,³¹ mientras que en el sistema norteamericano, la *exclusionary rule* se apoya en la impecabilidad de los procedimientos de obtención y aseguramiento de la evidencia y en el efecto de persuasión (*deterrent effect*) dirigido a las autoridades encargadas de obtener y asegurar la evidencia con la finalidad de que no se violen o desconozcan garantías a los ciudadanos. Se observa que el fin primordial de la *exclusionary rule* no es el respeto y garantía de los derechos fundamentales en el proceso de obtención y aseguramiento de la prueba, sino un efecto simbólico frente a la sociedad, en el sentido de configurar en ésta una sensación de seguridad y justicia.

No obstante la consagración constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita y su contenido político en favor de las garantías y libertades de las personas frente al poder del Estado, se observa que tal garantía puede tener un alcance diferente dependiendo de la forma de articular constitucionalmente la mencionada regla.³² Es así como puede entenderse que la tal regla es:³³ a) la manifestación de la garantía del debido proceso y por ende de los derechos fundamentales, esto es, la regla de exclusión se justifica en razón de la protección reforzada de los derechos fundamentales³⁴; b) un mecanismo dirigido a producir un efecto de prevención y disuasión (*deterrent effect*) de conductas policiales que afectan derechos, en el

²⁸ Criterio mayoritario en Alemania y recurso al cual acude la Corte Constitucional colombiana. Al respecto, ver CORTE CONSTITUCIONAL (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas. Consideración 8.J.4. Bogotá.

²⁹ MAIER, Julio B.J. (1999). *Op. Cit.*, p. 139.

³⁰ Término introducido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002.

³¹ Sin perjuicio de poder admitir que en el ordenamiento constitucional colombiano la cláusula probatoria pueda cumplir funciones (que no fines) de persuasión a las autoridades encargadas de obtener y asegurar la prueba.

³² GASCÓN Abellán, Marina (2005). *Op. Cit.* p. 78.

³³ *Ibíd.* p. 78.

³⁴ CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis, Primera edición. Bogotá.

entendido de que la prevención y la disuasión de conductas y no la protección de derechos son el fundamento para excluir pruebas ilícitas en un proceso determinado; o c) un instrumento para lograr la justicia y el logro de los intereses públicos a partir de un concepto material de verdad.³⁵ Es evidente, pues, que el primero de los mecanismos de articulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita resulta más fuerte en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

5. Debilitamiento de la *cláusula de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Tal y como se consagró la regla de exclusión de la prueba ilícita en el artículo 29 constitucional, a partir de la fórmula de la *nulidad de pleno derecho*, se advierte que esta garantía se fundamenta en el debido proceso y en la protección de los derechos fundamentales.³⁶ Empero, desde la misma entrada en vigencia de la Constitución política de 1991, a través de diferentes decisiones jurisdiccionales y legislativas, se ha presentado un sistemático debilitamiento de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita.

Es de anotar, que no obstante la introducción constitucional de la nulidad de pleno derecho como consecuencia de la prueba obtenida con violación del debido proceso, el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 no regularon la mencionada institución probatoria, aunque sí pretendieron introducir una actualización axiológica en esos cuerpos normativos, coherente con el nuevo régimen constitucional y haciendo mención del respeto por la dignidad humana, el debido proceso y las garantías constitucionales.³⁷

De otro lado, desde el inicio de sus funciones como máxima guardiana de la Constitución, la Corte Constitucional se ha ocupado de definir, delimitar y limitar los alcances de la cláusula de exclusión probatoria.³⁸ En esta tarea, inicialmente definió a la prueba ilícita como aquella obtenida con desconocimiento de los componentes del debido proceso o con violación de los derechos de contradicción o intimidad y sin la observancia de las reglas propias de cada juicio.³⁹ Así mismo, la Corte estableció

³⁵ Éste es el caso del derecho alemán.

³⁶ En este sentido, Urbano Martínez sostiene que "(...) la consagración expresa de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita en el actual constitucionalismo colombiano es compatible con la concepción que tiene de la persona humana y de sus derechos con el imperativo de respetarlos". En: URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. cit.* p. 320.

³⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 320–323. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso 18451 de 2004 sostiene que el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 desarrollan el precepto contenido en el inciso final del artículo 29 constitucional al regular entre otras materias la necesidad de prueba, imparcialidad de los funcionarios, pruebas ilegales, prohibidas, ineficaces impertinentes o superfluas. En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Proceso 18451 de 2004*. M.P. Herman Galán Castellanos. Bogotá.

³⁸ Un detallado estudio del instituto estudiado y de su evolución en el derecho colombiano en URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. cit.* p. 310–345.

³⁹ *Ibíd.* p. 330–345. En ese trabajo se encuentra un estudio de las sentencias C-159 de 1993, C-495 de 1995, C-217 de 1996, T-03 de 1997, T-008 de 1998 C-093 de 1998, por medio de las cuales la Corte Constitucional realiza una aproximación al problema de las pruebas ilícitas y de la *Regla de Exclusión Probatoria*.

que la institución en estudio es aplicable a toda clase de procesos y no exclusivamente del proceso penal.

5.1. Debilitamiento por vía jurisprudencial. Breve reseña de algunas decisiones de la Corte Constitucional

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha presentado, paradójicamente, un gradual desconocimiento de la cláusula de exclusión probatoria consagrada en el artículo 29 de la Carta de Derechos; debilitamiento éste que se evidencia en importantes consideraciones jurisprudenciales, por lo que se procede, entonces, a realizar una breve reseña de dos de las sentencias de la Corte Constitucional que impulsaron y han marcado hito en el debilitamiento de la aludida garantía fundamental.

5.1.1 Sentencia T-008 de 1998⁴⁰

En esta sentencia se puede encontrar el primer ataque a la cláusula de exclusión probatoria contenida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. En esta oportunidad, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional se

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-008 de 1998*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá. En este sentido, los hechos y fundamentos objeto del pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera: el 26 de marzo de 1994, en horas de la noche, cuatro líderes indígenas del Resguardo de San Andrés de Sotavento que se trasladaban en un automotor fueron interceptados por otro vehículo tipo campero, del cual descendieron cuatro individuos que empezaron a disparar en contra del vehículo donde se transportaban aquéllos. Al día siguiente los cuatro cuerpos sin vida de los líderes indígenas fueron encontrados en el Municipio de Chinú (Departamento de Córdoba). Como consecuencia de lo anterior, la *Justicia Regional* inició investigación en contra del señor W.A.T.T. por concurso de homicidio.

En el marco de la investigación se recibió un testimonio bajo reserva de identidad, sin el cumplimiento de las exigencias de los decretos 0099 de 1991 y 2271 de 1991, esto es, se surtió el interrogatorio sin la presencia de un representante del Ministerio Público con la finalidad de que constatará que la huella dactilar del testigo le correspondiera efectivamente y sin que se elevara acta separada en la cual constara la identidad del declarante. De la misma manera, se practicó un allanamiento a una hacienda de propiedad del procesado en el cual se halló una pistola Colt 45, de propiedad del encartado y con la cual, de acuerdo con los dictámenes técnicos de balística, se perpetró el homicidio múltiple. El 3 de octubre de 1996, un Juez Regional de Medellín dictó sentencia absolutoria en favor del procesado, al considerar que en el caso concreto se presentaba duda que impedía proferir sentencia condenatoria. Así mismo consideró inexistente el testimonio rendido bajo reserva de identidad sin el cumplimiento de las normas antes citadas, a la vez que realizó un análisis de todos los elementos del acervo probatorio existente.

El 17 de abril de 1997, el Tribunal Nacional revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar condenó al señor W.A.T.T. a pena privativa de la libertad, arguyendo que las omisiones durante la recepción del interrogatorio bajo reserva de identidad no tenían la capacidad de tornar en inexistente el testimonio por cuanto la inexistencia de la prueba se presentaba únicamente en aquellas diligencias en que estuviere presente el procesado sin la asistencia de un defensor y que, además, si bien esa prueba no podría ser valorada como testimonio sí podía serlo como hecho indicador en los eventos en que existieran otras pruebas que, como ocurría en ese caso, confirmaran su autenticidad. El defensor del condenado, como mecanismo transitorio, mientras la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidía el recurso extraordinario de casación presentó acción de tutela al considerar que la providencia atacada constituía una vía de hecho que vulneraba los derechos fundamentales del procesado a la libertad personal (C.P., artículo 28), al debido proceso (C.P., artículo 29) y a la presunción de inocencia (C.P., artículo 29), además de presentarse un defecto fáctico como consecuencia de un mal ejercicio de valoración probatoria por parte del juez de segunda instancia.

ocupó de determinar, entre otros asuntos, si en el caso particular la declaración de un testigo con reserva de identidad, que ha sido obtenida por fuera de las normas legales aplicables, debe ser excluida de conformidad con lo establecido por el artículo 29 superior.

La Corte Constitucional reconoció expresamente que en el caso objeto de análisis, efectivamente se presentó una prueba obtenida con violación al debido proceso, la cual, en consecuencia, debía ser excluida procesalmente.⁴¹ Sin embargo, a renglón seguido sostuvo que la prueba que debió ser excluida no resultó determinante al momento de emitir sentencia. En este sentido expresó:

No obstante, el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como una vía de hecho. En efecto, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional (v. supra), no todo vicio implica la descalificación absoluta y definitiva del acto judicial. Conforme a la jurisprudencia constitucional, esta Sala no puede menos que indicar que **sólo** en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la **única** muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.

En el presente caso, resulta claro que la inexistencia de la declaración del testigo con reserva de identidad no tendría, necesariamente, el efecto de cambiar la decisión impugnada. Ciertamente, el Tribunal Nacional tuvo en cuenta otros elementos de juicio tales como el hallazgo de una de las armas homicidas en una finca de propiedad del condenado; la presunta relación de subordinación y confianza entre quien era el tenedor de la mencionada arma al momento del allanamiento a la finca "Los Naranjos" -quien se encuentra huyendo de la justicia- y el señor [T. T]; el conjunto de testimonios de oídas que afirmaban la participación del actor en la comisión del delito; el eventual interés del encartado en la ejecución de la masacre, etc. Con independencia del valor de cada uno de estos elementos de juicio -lo cual no puede ser definido por el juez de tutela-, lo cierto es que la prueba que debió ser excluida no resulta determinante a la hora de resolver el caso planteado.⁴²

Esto significa que, a juicio de esta sentencia, una prueba obtenida con violación al debido proceso y demás garantías y derechos fundamentales puede sustentar una

⁴¹ Al respecto, en la sentencia T-008 de 1998 (fundamento 15), la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: "(...) resulta claro que, desde una perspectiva constitucional, la justicia regional no puede tener en cuenta la declaración de un testigo con reserva de identidad si ésta ha sido obtenida violando las garantías consagradas en las normas legales que establecen la mencionada figura. Por consiguiente, la Corte no comparte la posición del tribunal nacional, en el sentido de que la declaración del testigo secreto puede ser tenida en cuenta en el proceso penal como un indicio, toda vez que, al haber sido recaudada con violación al debido proceso constitucional, resulta nula de pleno derecho y, en consecuencia, debe ser excluida del expediente. Proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo."

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Op. Cit.* Fundamento 16.

sentencia de condena, siempre que existan otras pruebas incriminatorias, así éstas sean derivadas de la prueba ilícita originaria. En la lógica de la providencia, si se admite que una sentencia de condena sea sustentada en la prueba ilícita originaria, con mayor razón puede ser fundada en prueba derivada de aquélla.

En este evento, como en los demás en los cuales se admite prueba irregularmente obtenida como fundamento de una sentencia condenatoria, se presenta un debilitamiento en la eficacia de la regla de exclusión; privilegiando de esta forma el clamor social de que se haga justicia y un criterio material de verdad, en desmedro de la reafirmación de la vigencia de los derechos y garantías fundamentales en los cuales se edifica la legitimidad del Estado, el orden político y el ordenamiento jurídico.

5.1.2 Sentencia SU-159 de 2002⁴³

Esta sentencia es paradigmática en materia de prueba ilícita y regla de exclusión probatoria, por cuanto a falta de regulación legal expresa de estos institutos, le indicó a la judicatura las pautas a seguir en tales materias hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.⁴⁴ Asimismo, su importancia deriva del hecho de que es la primera sentencia que realiza un estudio completo, analítico, comparado, histórico y sistemático de las instituciones en comento, a la vez que establece los alcances de las mismas.

En esta decisión, la Corte Constitucional sentó doctrina en los siguientes puntos: a) de manera expresa denominó a la regla contenida en el artículo 29, inciso final, como *Regla de Exclusión Probatoria*; b) las fuentes de exclusión probatoria son la prueba inconstitucional u obtenida con violación del debido proceso y la prueba obtenida con violación de las garantías y del procedimiento establecido y tienen aparejada como consecuencia jurídica el rechazo de la prueba y su exclusión del proceso; c) la existencia de una prueba obtenida con violación del debido proceso no afecta todo el proceso, sino exclusivamente la prueba viciada; es decir, cuando en un proceso obren pruebas nulas de pleno derecho éstas se excluyen, pero se continúa con el trámite que es considerado plenamente válido; d) así mismo, se entiende que para determinar si en relación con una prueba determinada procede su exclusión, se debe acudir al concepto de irregularidad menor;⁴⁵ e) al abordar el

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU- 159 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2002. En esta sentencia se estudia el caso conocido como “*Miti Miti*”, en el cual la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a pena privativa de la libertad al entonces Ministro de Comunicaciones S.A.G. como responsable del delito de celebración indebida de contratos, con fundamento en prueba derivada de una grabación arbitraria de conversaciones telefónicas sostenidas entre S.A.G. y el entonces Ministro de Minas y Energía R.V.A., la cual fue dada a conocer por una prestigiosa revista nacional. Debe tenerse en cuenta que, por lo menos desde una perspectiva formalista, tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia declararon la nulidad de la grabación dada a conocer por los medios de comunicación pública.

⁴⁴ Un ejemplo de ello es CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Op. cit.*

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Ibidem*. En el apartado 4.2.2 se afirma: “(...) 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. Según esta consideración, se está ante 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

problema de la prueba derivada se admite que la regla o cláusula de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta y admite excepciones,⁴⁶ por ejemplo, la doctrina de la atenuación o vínculo jurídico atenuado,⁴⁷ la doctrina de la fuente independiente,⁴⁸ la doctrina del descubrimiento inevitable⁴⁹ y la doctrina del acto libre de voluntad.⁵⁰

De esta decisión se rescata, en primer lugar, que no obstante estar presente en el cuerpo del inciso final del artículo 29 constitucional la consecuencia jurídica aplicable, la Corte reconoció que la consecuencia indefectible de la prueba obtenida con violación del debido proceso y las demás garantías fundamentales, es la exclusión o no valoración de la misma. En este sentido se sostuvo que “en todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad”,⁵¹ remediando de esta manera los perjuicios introducidos por la sentencia T-008 de 1998.

En segundo lugar, en esta decisión se determinó el alcance del debido proceso, la prueba ilícita y la prueba ilegal en términos de la regla de exclusión probatoria, entendiendo que esta última procede cuando exista prueba inconstitucional u obtenida sin observancia de los requisitos procesales y de producción de prueba específicos, y cuando su obtención haya devenido de violación de derechos y garantías fundamentales de la persona.

Sin embargo, debe también sostenerse que se observa que la Corte Constitucional, como criterio articulador de la regla de exclusión probatoria, aún en contravía de la Constitución, ha acogido el *deterrent effect* o efecto disuasorio. Para esto, el alto tribunal se fundamentó en el método histórico de interpretación de la norma y con base en las actas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente concluyó

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. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita. (Subraya fuera del texto original)

⁴⁶ Es de anotar que este sistema de excepciones, en principio, es aplicable a las pruebas derivadas de las pruebas directamente obtenidas con violación al debido proceso y a los derechos fundamentales. Sin embargo, se advierte que es posible que el sistema de excepciones a la regla de exclusión probatoria llegue incluso hasta la prueba directamente obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales

⁴⁷ De acuerdo con esta doctrina, es admisible la prueba derivada cuando el vínculo entre ésta y la prueba directa es tan tenue que es como si no afectara derecho fundamental alguno.

⁴⁸ Se admite la prueba derivada cuando ésta ha sido obtenida de una fuente completamente independiente y diferenciada, pero concurrente, de la prueba viciada.

⁴⁹ La prueba derivada es admisible si el ente acusador logra demostrar que la misma prueba, igualmente, se hubiera obtenido por medios lícitos.

⁵⁰ De acuerdo con esta doctrina, el vínculo entre prueba directa obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales y la prueba derivada de ésta, se rompe cuando es admitida por la persona contra la cual se pretende hacer valer.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Op. cit.*

que “su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado, y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos”.⁵² En este sentido, para esa corporación

La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como "chivos expiatorios". El artículo 29, inciso último, busca evitar que la historia se repita.⁵³

Es cierto que, en aplicación de la *Cláusula de Exclusión Probatoria*, se pueda cumplir con una función disuasoria dirigida a las diferentes autoridades encargadas de la obtención, producción y aseguramiento de la prueba. Pero desde los planos teórico y práctico existe diferencia en que se fundamente la regla de exclusión en el respeto de los derechos y garantías fundamentales o que se fundamente en un efecto preventivo.

Entonces, si la regla de exclusión probatoria se sustenta en el *deterrent effect*, se infiere que se relativizan los derechos fundamentales y el debido proceso al admitir que existen intereses públicos prevalentes, como son la obtención de la verdad y la reducción de la impunidad a cualquier precio. De esta manera es evidente que se presenta un debilitamiento progresivo en el sistema de protección de derechos.

Recuérdese que en el caso colombiano, al estar expresa y directamente consagrada en la Constitución, la *Regla de Exclusión Probatoria* deriva su vigencia de la materialización de los derechos y garantías fundamentales, por lo tanto no es admisible que gracias a conceptualizaciones simbólicas y oportunistas se pretenda articular la regla de exclusión en efectos preventivos y de lucha contra la criminalidad, permitiendo de esta manera la relativización de la garantía constitucional.

A juicio de la Corte Constitucional, “(...) el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal”.⁵⁴

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*. En igual sentido, más adelante sostuvo: 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.

⁵⁴ *Ibidem*.

El anterior argumento sumado a la adopción del *deterrent effect* ha permitido la introducción de excepciones a la regla de exclusión en los casos de prueba derivada.

A efectos de determinar en cuáles eventos una prueba derivada de una originariamente ilícita es admisible, en el fundamento 4.3.2.1 de la reseñada providencia se estableció:

Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.⁵⁵

Se aprecia que tales criterios tienen eficacia para desconocer derechos y garantías fundamentales, toda vez que se trata de criterios amplios y vagos que no tienen capacidad de limitar la libre valoración por parte del funcionario judicial cuando atiende a razones de interés general, justicia en sentido abstracto y verdad material. Y si bien pretenden legitimar formalmente la inclusión de pruebas ilícitas derivadas, nada aportan en cuanto a definición de límites de la actuación estatal en términos de protección respecto de los derechos y garantías fundamentales. Esto implica que la responsabilidad estatal por violación de derechos fundamentales se desvanezca por vía de especulación y argumentos no demostrables.⁵⁶

Se reitera que los derechos constitucionales que implican en el Estado un deber negativo obedecen al hecho de que a la vez que constituyen una garantía en favor de las personas frente al Estado, se erigen en un límite para éste, legitimando de esta manera su actuación. Entonces, no resulta admisible que, además de su situación natural de superioridad en relación con el individuo, el Estado para construir responsabilidad penal se apoye en pruebas obtenidas mediante conductas axiológicamente reprobables y reprochables e incluso constitutivas de infracciones penales. De esta manera se deslegitima la actuación estatal.

Siguiendo a los magistrados disidentes⁵⁷ en el fallo en cuestión, se puede concluir que “la aceptación de esta limitación a la exclusión de la prueba ilícita deja la puerta abierta a futuras conductas ilegítimas por parte de los organismos de investigación

⁵⁵ *Ibíd.* Subraya fuera del texto original.

⁵⁶ GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.* p. 79.

⁵⁷ Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

del Estado, lo cual no tiene ningún asidero dentro de los principios éticos y morales que rigen el Estado Social de Derecho”.⁵⁸

5.2. Debilitamiento por vía legislativa: Ley 906 de 2004

A pesar de la Ley 906 de 2004 emula la regla constitucional de exclusión probatoria (artículo 23), admite excepciones a la misma (artículo 455), tales como son: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento atenuado y las demás que establezca la ley.

Al regular la institución de la *Cláusula de Exclusión Probatoria*, el legislador se inspiró en la doctrina estadounidense⁵⁹ y en la doctrina sentada por la sentencia SU-159 de 2005.

Mediante sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma señalada,⁶⁰ estableciendo que para determinar la ilicitud de la prueba derivada, el funcionario judicial, con fundamento en la reglas de la experiencia y la sana crítica, debe determinar si se ha roto o no el nexo causal entre la prueba original viciada y la prueba derivada de ésta. Para ello el funcionario ha de ponderar entre los derechos fundamentales del procesado y los de la sociedad representados en los derechos de las víctimas y de terceros y en la obligación estatal de sancionar efectivamente el delito.⁶¹

Es evidente que en esta sentencia se declara la prevalencia de los intereses de la sociedad y del Estado en perjuicio de los derechos fundamentales individuales, al imponer que para la aplicación del citado artículo 455 el juez deberá ponderar entre, por un lado, los intereses de verdad material y necesidad de efectividad del aparato estatal de justicia, y por el otro, los derechos de la persona. Esto da vía libre al operador judicial para que desconozca abiertamente la regla de exclusión probatoria.

Además de lo anterior, en relación con la regulación legal de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, surge el siguiente interrogante ¿Tiene el artículo 455 la capacidad y la eficacia de evitar que por vía jurisprudencial, atendiendo al criterio de ponderación, se apliquen excepciones como la doctrina del acto libre de voluntad⁶² o de la buena fe⁶³?

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Op. Cit.* Salvamento de voto.

⁵⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

⁶⁰ Al respecto en Sentencia C-591 de 2005 se señaló: “(...) los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

⁶¹ Cfr. *Ibíd.*

⁶² Criterio acogido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2005.

⁶³ GASCÓN Abellán advierte que este criterio puede ser utilizado por la doctrina para justificar, además, la no exclusión de la prueba ilícita directamente obtenida con violación del debido proceso. En: GASCÓN Abellán, Marina (2005). *Op. cit.* p. 74-85.

Con base en el anterior panorama se sostiene que en el ordenamiento jurídico colombiano, la cláusula constitucional de exclusión de la prueba ilícita ha sido objeto de un progresivo debilitamiento por parte de las interpretaciones constitucional y legislativa, permitiendo de esta manera la desprotección de los derechos fundamentales frente al Estado y concediendo especial importancia a los intereses de obtención de la verdad y reducción de la impunidad.

Conclusiones

En el apartado anterior se sostuvo que en Colombia, por vía jurisprudencial, con base en casos concretos e hipotéticos derivados de la lectura e interpretación de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, la Corte Constitucional definió el concepto de *regla de exclusión probatoria*, a la vez que la limitó creando excepciones a la misma.

Se observa que, toda vez que la Corte Constitucional al reglamentar y configurar el alcance de la *regla de exclusión probatoria* se apoyó en gran medida en los fundamentos conceptuales de carácter político, sociológico y jurídico del derecho norteamericano y en la teoría alemana de la ponderación de los derechos, se presentan problemas de adaptabilidad en el ámbito jurídico local por la importación de la *exclusionary rule*. Tal importación, como se ha advertido a lo largo del presente trabajo, ha traído consigo el desvanecimiento de la efectividad de los derechos fundamentales.

La importación de la *exclusionary rule* a los sistemas de tradición jurídica continental, presenta evidentes problemas de adaptación.⁶⁴ En efecto, al aceptar excepciones a la *regla de exclusión probatoria*, se desconocen de manera abierta los principios fundantes del Estado de Derecho.⁶⁵

Así mismo, con la importación de la *exclusionary rule* se desvanecen los límites constitucionales y legales a favor de los ciudadanos y frente al aparato de persecución penal, al tiempo que la aceptación del criterio de la ponderación, y en especial de la pauta de la violación mediata de los derechos y garantías, implica un desconocimiento del debido proceso, por cuanto arroja a la persona en un estado de indefensión y de inferioridad frente al poder del Estado.⁶⁶

En síntesis, la importación de la *exclusionary rule* al sistema colombiano, tal como lo han hecho, en primer lugar, la Corte Constitucional y posteriormente el legislador, violenta los derechos basales de un Estado democrático de derecho, desarticulándolo y haciéndolo inviable en términos de legitimidad.

⁶⁴ GUERRERO Peralta (2007). *Op. Cit.* p. 451.

⁶⁵ *Ibidem*. En este sentido, Guerrero Peralta sostiene que "Si la legislación penal sanciona como conductas punibles (incluso como violaciones graves de los derechos humanos) la privación ilegal de la libertad, la detención arbitraria, la tortura, la violación de habitación ajena, la violación ilícita de comunicaciones, el acceso abusivo a un sistema informático, etc., no cabe esperar que las autoridades de persecución penal en desarrollo de su tarea resulten siempre amparadas en la justificación del cumplimiento de un deber legal, puesto que su actuación debe estar ceñida siempre al principio de de legalidad procesal y, por ende, al debido proceso" (Negrilla fuera del texto).

⁶⁶ *Ibidem* p. 453.

Referencias Bibliográficas

ALARCÓN Granobles, Héctor J.; CADENA Lozano, Raúl (2004). *Garantías Constitucionales y la prueba ilícita*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 134 p.

BERNAL Pulido, Carlos (2004). *El derecho fundamental del debido proceso*. Señal Editora. Medellín. 83 p.

CADENA Lozano, Raúl (2003). *Principios de la prueba en materia penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. Bogotá. 325 p.

CALLE Calderón, Armando Luis (2000). *Bases para una fundamentación político – constitucional del debido proceso*. En: *Nuevo Foro Penal*, número 63. Medellín. p. 45–68.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU-159 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

_____ (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

_____ (2007). *Auto 227 de 2007*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Sentencia 18451 de 2004*. M.P. Herman Galán Castellanos. Bogotá.

CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis. Primera edición. Bogotá. 163 p.

DÍAZ Cabiale, Juan Antonio; MARTÍNEZ Morales, Ricardo (2002). *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: *Jueces para la democracia: información y debate* número 43. p. 39–49.

ECHEVERRI Salazar, Orlando (2003). *Debido proceso y pruebas ilícitas. Doctrina y Ley*. Bogotá. 69 p.

FERNÁNDEZ Entralgo, Jesús. *Prueba ilegítimamente obtenida* (1989). En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 7. p. 21-33.

GASCÓN Abellán, Marina (2005). *¿Freedom of proof?: El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 52. p. 74-85.

GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 26. p. 76–80.

GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. Bogotá.

_____ (2009) *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 285 p.

IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Donostia: Librería Carmelo. 160 p.

JAÉN Vallejo, Manuel (2003). *Acusación e investigación en el sistema procesal penal*. En: *Revista Diálogos y saberes*, número 24. p. 198–199.

MAIER, Julio B.J. (1999). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Nuevo Foro Penal*, número 60. Medellín. p. 135–143.

MIRANDA Estrampes, Manuel (2003). *La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*, número 47. p. 53-66.

_____ (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Segunda edición. J.M. Bosch. Barcelona.

MORENO Ortiz, Luis Javier (2000). *Acceso a la Justicia*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 206 p.

RODRIGUEZ, Orlando Alonso (2003). *Prueba Ilícita penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 484 p.

ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. 158 p.

RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. p. 307 -404.

_____ (2008) *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 70 p.