

**REFLEXIONES EN TORNO AL TRATAMIENTO
DE LA PRUEBA ILICITA EN EL SISTEMA
JURIDICO COLOMBIANO**

RAMON PELAEZ HERNANDEZ



REFLEXIONES EN TORNO AL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO*

RAMON ANTONIO PELAEZ HERNANDEZ**

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca
Recibido: 20-08-2008..Aprobado: 07-11-2008

RESUMEN

Una de las grandes preocupaciones del Derecho Procesal ha sido el tratamiento que debe dársele a la institución de las nulidades en el ámbito del proceso cuando quiera que estas afectan de manera particular los diversos actos que en el curso de la actuación se ventilan. De esa situación no es ajena la prueba, dado que constituye el acto de mayor importancia en la actuación, de tal manera que requiere una particular atención la forma en que se regula el tema de la nulidad y el efecto procesal que le sigue a dichas irregularidades.

Este último aspecto, en nuestro sistema jurídico colombiano adquirió particular interés, con la incorporación del inciso final en el artículo 29, pilar fundamental del debido proceso y por ello se busca realizar análisis, para verificar la forma en que opera el mecanismo de exclusión tanto para el caso de las pruebas principales afectadas de nulidad, como también de aquellas pruebas derivadas de la principal, que devienen en ilícitas.

PALABRAS CLAVE

Debido proceso probatorio, prueba, ilícita, regla de exclusión, prueba principal y prueba derivada.

ABSTRACT

The aim of this writing, is to analyze the form in which the denominated constitutional rule of exclusion of the illicit test is applies in our Colombian legal system, and like, the form is not compatible in our Social State of Right in which certain criteria from which are conceived, can a derived test of which it has been considered illicit, get to produce, under certain circumstances, legal effects.

* Artículo, relacionado con el avance de investigación en el Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia -2008-

** Abogado de la Universidad Autónoma. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre y en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de las universidades Autónoma, Colegio Mayor de Cundinamarca, Fundación Universitaria San Martín, Cooperativa y Libre de Colombia. Tradadista.

To this end, we need to point out that, the test in the scope of the process, is considered as a procedural act, in such a way that in its production or in the scope of all procedural or administrative action, must fulfill the formalities anticipated for the effect, under pain of the consequences that such disregard can produce, and in that sense it is necessary to point out the effect that would have the disregard of the formalities anticipated for the production of knowledge means, and in particular form, the remedy that are due to use to remove this means of the procedural action, and the way as this concept interacts with the fundamental right to a due process.

KEY WORDS

Due evidential process, illicit.test (proof), rule of exclusion principal.test (proof) derivative test (proof).

INTRODUCCION

El propósito que se busca con el presente escrito es el de realizar un análisis de la forma en que se aplica en nuestro sistema jurídico colombiano la denominada regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita, y cómo, en principio, no resulta compatible en nuestro Estado Social de Derecho la forma en que se conciben ciertos criterios a partir de los cuales puede una prueba, derivada de aquella que se ha considerado ilícita, llegar a producir, bajo determinadas circunstancias, efectos jurídicos.

Para el efecto, precisemos que, la prueba en el ámbito del proceso se considera un acto procesal, de tal manera que en su producción, bien sea en el ámbito de toda actuación procesal o administrativa, deben cumplirse las formalidades previstas para el efecto, so pena de las consecuencias que dicha omisión pueda acarrear y en ese sentido es necesario precisar el efecto que tendría la desatención de las formalidades previstas para la producción de los medios de conocimiento y, en forma particular, el remedio que se debe utilizar para sustraer dicha prueba de la actuación procesal, y la manera como interactúa dicho concepto con el derecho fundamental a un debido proceso.

PROBLEMA DE INVESTIGACION

Efectuadas las anteriores precisiones se tendría que el problema jurídico gira en torno a determinar cuáles serían las consecuencias que derivaría el hecho de pretermitir las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto y qué mecanismo procesal existiría para dejar sin efecto dicho medio y, la respuesta sería que, si bien en nuestro sistema jurídico colombiano rige la regla constitucional de exclusión que permite sustraer de la actuación ese medio de prueba, la dificultad real consiste en determinar la suerte que debe seguir la prueba derivada de aquella que ha sido objeto de ilicitud.

METODOLOGIA

Los métodos generales del análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental constituyen la metodología de este artículo, debido al asunto fundamental de que trata. Es decir, el presente trabajo se basará específicamente en la investigación teórica. Además se utilizará el tipo de investigación histórica y descriptiva.



RESULTADOS

1. Se demostrará cómo en nuestro sistema jurídico colombiano rige la regla constitucional de exclusión de la prueba ilícita a partir de la incorporación del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, lo que permite darle un tratamiento diferente al que tradicionalmente se le daba a las pruebas de carácter ilícito.
2. No obstante lo anterior, la manera como concibe la Corte Constitucional la denominada teoría del fruto del árbol envenenado y su aplicación respecto a la prueba derivada de la principal que deviene en ilícita, no resulta ser la más apropiada en un Estado Social de Derecho como el colombiano, para lo cual exploraremos la temática en la forma en que se plantea a continuación.

1. LA PRUEBA EN EL AMBITO DEL PROCESO

Cualquiera sea la naturaleza del proceso de que se trate, e independientemente del sistema judicial que esté propiciando el adelantamiento de la respectiva actuación procesal, resulta claro que la prueba juega un papel importante dentro del proceso, íntimamente ligada a la función pública que debe cumplir el Estado a través de los órganos encargados de administrar justicia; por ello, la prueba entra a cumplir una función de carácter pública, pues a través de ella se puede llegar a una decisión de fondo que, consultando los intereses de la comunidad y de quienes en el proceso intervienen es garante de la paz y la tranquilidad en el seno de la comunidad.

Al respecto, López Blanco (2001) señala que “son las normas procesales probatorias de una especial relevancia... pues de poco sirve ser el titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden si, en caso de que se pretenda desconocer o discutir, o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en actuaciones públicas o privadas, pues desde ahora debemos despejar el malentendido que supone que las pruebas son tan solo para el juez” (13).

1.1. FORMALIDADES PARA LA PRODUCCION DE LA PRUEBA

Si la prueba es fundamental para adoptar una decisión de fondo, la doctrina ha sido enfática en señalar que en su estructuración es menester la concurrencia de una serie de requisitos que garantizan precisamente la posibilidad de que la misma sea válida y correlativamente pueda producir efectos jurídicos, y esos requisitos genéricamente podrán ser denominados elementos del acto probatorio, los que, en la medida en que se pretermitan y resulten ser esenciales en determinado medio de prueba, pueden conducir a la ilicitud de la prueba.

1.1.1. Elementos del acto probatorio

Estos, en principio, pueden ser definidos como las condiciones necesarias que deben concurrir de manera simultánea para garantizar como lo dijimos inicialmente, que el medio de prueba, además de ser válido, produzca el efecto requerido dentro de la actuación, pueden clasificarse en tres grandes categorías:

- Elemento subjetivo. Comprende la relación que se suscita entre los sujetos procesales y el medio de prueba en particular, para significar que pueden ser de tres clases:



Sujeto proponente, quien ostenta, como su nombre lo indica, la calidad de solicitante del medio de prueba dentro de los términos y oportunidades procesales previstas para el efecto.

Sujeto contradictor, quien, en relación con el proponente, será aquella parte a la que ha de producirle efectos adversos el medio de prueba planteado por el proponente.

Sujeto destinatario, que sería la persona a quien se dirige la prueba y, en este sentido, ha sido unánime la doctrina en señalar que lo es el operador normativo. Atendiendo los anteriores conceptos, no podemos decir que existan dentro del proceso sujetos activos o pasivos de la prueba puesto que la prueba, si bien va siempre dirigida al operador jurídico, a la postre pertenecerá al proceso.

► Concurren de igual manera otros sujetos denominados órganos de prueba que serían todas las personas que colaboran con el operador normativo en la producción de la prueba o con la misma prueba, como por ejemplo, los peritos, los testigos el mismo confesante los auxiliares de la justicia, quienes son las personas que desempeñan alguna actividad probatoria; ello también hace relación a quienes hacen las pruebas, a quienes proponen, quienes las ordenan, quienes las practican, quienes las valoran y quien las asume. Así, los sujetos de la prueba son:

- a) Los proponentes (partes y juez)
- b) Ordenadores (juez de instrucción o de conocimiento)
- c) Los receptores (juez de conocimiento, de instrucción, comisión)
- d) Los ejecutores (juez de conocimiento, de instrucción, comisión)
- e) Los contradictores (la parte contraria)
- f) Los destinatarios (juez de instrucción, comisionado)
- g) Los valoradores (juez).

Elemento objetivo. Es aquel que responde al interrogante sobre qué aspectos debe recaer el medio de prueba y, en ese sentido, se precisa que esta recae sobre todos los hechos y actos en general lo que comúnmente se ha denominado el objeto de prueba y en forma particular, sobre aquellos hechos que de manera precisa e inequívoca interesan al proceso en donde se ventila la controversia y así estaríamos en presencia del tema de prueba.

Elemento actividad. Comprende el conjunto de actuaciones que deben desplegarse para garantizar que el medio de prueba se allegue al proceso en adecuadas condiciones, para que a renglón seguido pueda el operador jurídico entrar a valorarlas en los términos en que corresponda, y este elemento tiene diferentes fases que pueden clasificarse en tres:

1º. La fase de producción u obtención de la prueba, que se subdivide en:

- a) averiguación o investigación;
- b) aseguramiento;
- c) proposición o presentación;
- d) admisión y ordenación;
- e) recepción y práctica

Esta fase de la actividad probatoria es, sin lugar a dudas, la de mayor importancia en consideración a que con ella se garantiza que la prueba sea producida u obtenida válidamente y en consecuencia cuente con la potencialidad de producir los efectos

legales, procesales y sustanciales que de ellas pueden deducirse, para el efecto es necesario la concurrencia de algunos requisitos que se clasifican de la siguiente manera:

Requisitos intrínsecos. Están relacionados con el medio de prueba en particular y el efecto jurídico que producen en la actuación, se refieren a:

- a) la conducencia del medio escogido, vale decir, que legalmente sirva para demostrar o establecer el hecho que va a probarse con él.
- b) la pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar, es decir, que se relacione con el litigio o la materia.
- c) la utilidad de la prueba, vale decir, que produzca el efecto jurídico requerido por quien la exhibe.
- d) la ausencia de prohibición legal, es decir, que el hecho que pretenda demostrarse no esté prohibido por la ley.

Requisitos extrínsecos Comprenden aquellos necesarios, tanto para la admisibilidad, como para la práctica de la prueba y están relacionados con el cumplimiento de formalidades en su producción, se clasifican así:

- a) oportunidad procesal, es decir, que la solicitud o proposición de la prueba se haga en los términos y dentro de las oportunidades previstas en cada uno de los ordenamientos procesales.
- b) formalidades procesales, que corresponden al cabal cumplimiento de cada uno de los requisitos que el legislador ha previsto para la práctica de los medios de prueba, en particular en los respectivos ordenamientos procesales.
- c) la legitimación del proponente, que comprende la necesidad de que el solicitante tenga la calidad de sujeto procesal dentro de la actuación.
- d) la competencia del funcionario o su comisionado, aspecto íntimamente ligado a la competencia que el funcionario tiene para conocer del proceso y que está determinado por los factores que previamente definieron la competencia.
- e) capacidad general del operador normativo y de los órganos de prueba, aspectos que están ligados a la capacidad jurídica y procesal de los sujetos y órganos de prueba, y supone la posibilidad que tienen de actuar por sí mismos.

2º. Fase de asunción, que se concibe como la comunicación subjetiva del operador jurídico con ese medio de prueba, sus operaciones sensoriales y psicológicas necesarias para conocerlo y entenderlo; es decir, entiéndase por asunción la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba por el juez (Devis Echandía, 285).

3º. Fase de valoración o apreciación, que consiste en la ponderación que hace el operador jurídico a través de un juicio de valor del respecto contenido y alcance del medio de prueba allegado al proceso y que se realiza, por regla general, al momento de proferir la decisión de fondo, sustentado en los sistemas de valoración probatoria (llámese tarifa legal o libre apreciación racional o sana crítica).

1.2. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Planteadas así las cosas, y determinado como se ha hecho que la prueba es un acto procesal, veamos cómo articula con la institución del debido proceso. Entendido el

proceso como método, su contenido básico no puede ser caprichoso, sino que ha de responder a los fines buscados y la función que debe cumplir.

Esto significa que dentro de cada legislación pueden utilizarse instituciones jurídicas o ritualidades diversas, siempre y cuando apunten concretamente a desarrollar las finalidades y la función propias del proceso.

La institución del debido proceso está incluida dentro de un género más amplio, integrado por las garantías constitucionales del proceso. Estas categorías han sido definidas por Héctor Fix-Zamudio (1974) como “aquellas que integran el sector jurídico... integrado por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento...” (106).

Siendo un derecho fundamental que cumple ante todo una función garantista de los otros derechos fundamentales, se ha considerado designarlo como una garantía, aun cuando se está en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera para los titulares libres de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga a este a asegurar ciertas condiciones en todo proceso. Por tal razón es un derecho donde se palpa la superación de la concepción clásica de los derechos fundamentales como un campo de libertad ante el Estado para resaltar el aspecto positivo que vincula a la organización estatal a su deber positivo de brindar una prestación a los ciudadanos.

El tratadista Hernando Morales Molina lo define como una garantía “...en que no puede emplearse un procedimiento diferente al asignado por la ley en cada caso, y si ello ocurre se produce inadecuación del trámite” indica en todo caso que “El debido proceso legal, que presupone que no puede sentenciarse a quien no ha sido citado a juicio, tiene gran significado en el derecho anglosajón por el aspecto de que nadie puede ser juzgado si no se le ha citado al proceso”. (197).

Por su parte, el tratadista Jorge Arenas Salazar, haciendo un análisis de las garantías y derechos constitucionales en materia de pruebas, afirma que “el debido proceso, como derecho fundamental, es la matriz de todos los demás derechos que en el trámite del proceso penal garantizan la intangibilidad de la dignidad absoluta de la persona, reafirman que el ser humano es la referencia imperativa de todos los valores, que nada es superior y que todo queda condicionado a servirle con miras a permitir su desarrollo integral y armónico”; por tanto, “el debido proceso es el conjunto de garantías que protege a la persona de los riesgos del desbordamiento del poder”. (80).

El debido proceso constituye uno de los derechos o garantías fundamentales que sirven como instrumento garantista de las libertades y derechos primordiales del ser humano, ante el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, en voces del Dr. Saavedra Rojas, quien agrega que “ese poder sancionador no es absoluto ya que, por el contrario, deben existir muy claras barreras limitadoras de su ejercicio, puesto que en un momento determinado la omnipotencia del Estado, guiado por ideologías extremas, o manifestada en el arbitrario ejercicio del poder por quienes lo detentan, puede llegar a cercenar o conculcar preciosas libertades, derechos o garantías del ser humano”. Más adelante agrega que el principio a que se ha hecho referencia, “como principio político fundamentalmente garantista se convierte en la valla más



eficaz para racionalizar el ejercicio del poder represivo del Estado, es el instrumento garantizador de los derechos del individuo frente a esa potestad estatal, y de allí su capital importancia, porque de hecho se convierte en el medio regulador entre el poder del Estado y la debilidad e impotencia que frente a él deben soportar los ciudadanos". (39).

El artículo 29 de la Constitución Política al estatuir el debido proceso como derecho fundamental y en la Corte Constitucional, en sentencia T-351 del 30 de agosto de 1993 como garantía de libertad, permite colegir que sus elementos constitutivos son:

- El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.
- El juzgamiento sólo es procedente ante juez o tribunal competente.
- El juzgamiento debe ser realizado con observancia de la plenitud de las formalidades procesales, propias de cada juicio.
- Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.
- Quien sea juzgado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.
- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*).

En materia penal el derecho de defensa y al debido proceso, tiene un reforzamiento adicional, por cuanto deben observarse, además, los siguientes requisitos:

- La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica a la restrictiva o desfavorable.
- Todo 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.
- Todo sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.
- Todo sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

En este orden de ideas, la citada Corporación indicó en el fallo de tutela referido que "La observancia del derecho al debido proceso, dada la generalidad del mandato contenido en la norma citada, se aplica necesariamente cuando el Estado ejerce la función jurisdiccional o la función administrativa y resultan afectados desfavorablemente los derechos fundamentales de la persona." (M. P. Antonio Barrera C *Jurisprudencia y Doctrina*. Editorial Legis, noviembre de 1993, 1183 y 1184).

En lo que respecta a la prueba propiamente dicha es evidente que su relación con el debido proceso se materializa a partir de la posibilidad que tienen los sujetos procesales de controvertir la prueba exhibida en su contra, la de aportar pruebas tendientes a desvirtuar los cargos y la alternativa que le brinda la ley, para intervenir en su producción en la forma, términos y oportunidades previstas en cada uno de los ordenamientos procesales.

Como corolario de lo anterior y, en relación con el papel que cumple la prueba dentro del proceso, nuestra Corte Suprema en Sentencia de Casación proferida por la Sala Civil con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de 28 de junio de 2005 en

el Expediente No. 7901, reafirma aspectos relacionados con el derecho a la prueba, como garantía que irradia la actuación procesal¹.

1.3. DEBIDO PROCESO PROBATORIO

La incorporación de los postulados a los que se ha hecho referencia en relación con la prueba en la estructura misma del debido proceso, ha permitido que se hable de debido proceso probatorio, para diferenciarlo del denominado debido proceso en general.

Recordemos cómo efectivamente el artículo 29 de nuestra Constitución recoge claros postulados que se refieren específicamente a la prueba, siendo esta incorporación una de las grandes novedades del citado artículo, puesto que no existía en el ámbito de la Constitución, hasta antes de la reforma de 1991 disposición que refiriera de manera específica a la prueba, y en ese sentido es preciso señalar cómo, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, a través de proveído calendarado el 28 de noviembre de 2007, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, indicó en relación con el concepto debido proceso elementos diferenciadores que permiten sin

1. En efecto, en dicho pronunciamiento se señaló entre otros aspectos los siguientes: «...1.1.2. Ahora bien, dentro del plexo de derechos fundamentales que, vinculados al debido proceso, reconoce la Constitución Política, se encuentra el de “presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (inc. 4º, artículo 29), derecho que no se puede escrutar desde una perspectiva meramente formal o nominal, sino que debe ser analizado en consonancia con los fines del proceso mismo, en cuanto escenario propicio para la solución de un conflicto y la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial (arts. 228 C. y 4 C. P. C.).

El derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, entonces, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada una de las partes. Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que le permita a las partes acreditar los hechos alegados y, desde luego, generarle convencimiento al juez en torno a la pretensión o a la excepción. Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (*iuxta allegata et probata iudex iudicare debet*), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas; en segundo lugar, admitir aquellos medios probatorios presentados y solicitados, en cuanto resulten pertinentes y útiles para la definición del litigio; en tercer lugar, brindar un escenario y un plazo adecuados para su práctica; en cuarto lugar, promover el recaudo de la prueba, pues el derecho a ella no se concreta simplemente en su ordenamiento, sino que impone un compromiso del Juez y de las partes con su efectiva obtención; y en quinto lugar, disponer y practicar aquellas pruebas que de acuerdo con la ley u. oficiosamente el juez se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos en torno a los cuales existe controversia.

Desde esta lozana y trascendente perspectiva, la prueba, en la actualidad, no puede ser considerada únicamente como una carga (*onus probandi*), sino también, según el caso, como un prototípico y autónomo derecho (derecho a probar), por lo demás fundamental, susceptible de acerada tutela y cabal respeto, so pena de que se adopten los correctivos que, in casu, resulten pertinentes, siempre con el propósito de no permitir impunemente que el precitado derecho sea eclipsado y, de paso, lo sean también otros derechos esenciales, de suyo fundantes, como el de acceder a la administración de justicia y a un debido proceso. Por eso afirma con acierto el profesor Fábrega, en su *Teoría General de la Prueba*, que “El derecho a la acción o a la contradicción, sin derecho a aportar pruebas, carece de sentido y efectividad” (43), todo lo cual está en estricta consonancia con esta novísima concepción, ampliamente respaldada por decantada y moderna doctrina (Vid: Michele Taruffo. En *Diritto alla prova nel processo civile*. En Riv. Dir. Proc. 1/1984; Joan Picó I Junoy. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Ed. Bosch), así como por la jurisprudencia internacional (Tribunal Constitucional de España. Sent. de 17 de enero/94).



lugar a dudas afirmar que hace carrera en nuestro ordenamiento jurídico una noción novedosa de debido proceso probatorio con autonomía suficiente y efectos jurídicos².

2. ILICITUD PROBATORIA

Si se articulan las premisas señaladas anteriormente, se tendría que la prueba está incorporada en la esfera del debido proceso, por una parte, en lo que respecta a la oportunidad procesal con que se cuenta para controvertirla, e intervenir en su práctica y, por otra, en lo que respecta a la nulidad que acarrearía aquella prueba que es obtenida con violación al debido proceso y que se podría calificar como prueba ilícita.

Como bien lo señala el tratadista Parra Quijano, refiriéndose a la ilicitud probatoria, que para "...abordar este tema es necesario partir del artículo 1º de la Constitución Política que establece que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el 'respeto de la dignidad humana', del artículo 13 que consagra el derecho a la igualdad, y del artículo 29 que sanciona con nulidad de pleno derecho la prueba obtenida no solo violando las formalidades, sino también los derechos fundamentales" (22-23).

El concepto de ilicitud de la prueba ha sido concebido por la doctrina como "...las. que están, expresa o tácitamente, prohibidas por la ley o atentan contra la moral y

2 Al respecto, y en relación con el debido proceso general y debido proceso probatorio, se señala en dicho pronunciamiento que ... el primero, como manifestación del principio lógico "antecedente-consecuente", se relaciona con una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, cuyo objeto, en materia penal, es la verificación de una conducta punible y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados dichos actos a obtener una decisión válida y con fuerza de cosa juzgada acerca de los mismos temas..." y cuyos presupuestos fueron desarrollados sistemáticamente en el numeral 3. "...A diferencia de lo anterior, el debido proceso probatorio atañe al conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba, dado que esta, en el nuevo sistema puesto en marcha con la ley 906 de 2004, debe sujetarse a principios basilares como son los de legalidad, publicidad, oralidad, contradicción, intermediación y concentración, so pena de desnaturalizar el respectivo acto probatorio, ocasionando la nulidad del mismo cuando efectivamente el desacato de aquellos se traduce en irrespeto de las garantías de alguna de las partes.

El principio de legalidad tiene relación con la previsión de que únicamente se consideran medios de conocimiento "la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento...".

En tanto que el principio de publicidad tiene arraigo en nuestra Carta Fundamental e implica que en un Estado social y democrático quien sea sindicado de una conducta punible tiene derecho a un proceso público, lo que impide que en desarrollo del mismo pueda concebirse la aducción de pruebas ocultas o secretas; es decir, que todo medio de conocimiento, salvo precisas excepciones legales, debe introducirse en el juicio ante la presencia de las partes e intervinientes y del público...

El de la oralidad, como los anteriores, es también norma rectora del ordenamiento procesal (ídem, artículo 9º, en armonía con el 415) y en materia probatoria constituye una regla, prácticamente sin excepción, ya que aún tratándose de reproducir prueba documental, los escritos deben ser leídos en el debate en presencia del juez, las partes, los intervinientes y el público asistente, y los demás documentos deben ser exhibidos o proyectados por cualquier medio posibilitando así su pleno conocimiento (ídem, artículo 431); el mismo principio impone que solo puede sustentarse la sentencia en pruebas que hayan sido regularmente incorporadas en forma oral...

El principio de contradicción halla asiento en la Constitución Política y como norma rectora que es del ordenamiento penal adjetivo (Ley 906 de 2004, art. 15), irradia todo el proceso judicial imponiendo la igualdad de oportunidades para las partes intervinientes de ejercer la defensa de sus derechos; en materia probatoria... comprende el derecho a ofrecer y producir pruebas cuando corresponda, el de controlar plenamente la producción de las pruebas ofrecidas por las otras partes, el de alegar acerca del mérito de las mismas y el de realizar todas las observaciones que sean pertinentes durante el curso del debate...

El principio de intermediación (Ley 906 de 2004, artículos 16 y 379) comprende la percepción directa de las pruebas por el juez, las partes intervinientes y el público en general, pero fundamentalmente hace referencia es a la relación que debe obrar entre

las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan (Devis, Echandía, 539).

Siguiendo al reconocido tratadista colombiano Parra Quijano se define la prueba ilícita como "...aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables" (23).

En nuestro sistema jurídico, el remedio procesal que se materializaba frente a una prueba ilícita consistía en la inadmisibilidad y la ineficacia o irrelevancia de la prueba; sin embargo, es preciso indicar que con la promulgación del artículo 29 de la Constitución Política, la manera de concebirse la ilicitud de la prueba cambió radicalmente, comoquiera que se dio paso a la regla de exclusión.

Para el efecto, es preciso realizar una revisión del origen del artículo 29 para poder desentrañar las consideraciones de la Asamblea Constituyente, al fijar la regla contenida en el inciso final del artículo 29; y para ese propósito, es oportuno traer a colación algunos de los señalamientos que en relación con este tema tuvo oportunidad de hacer al Corte constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda. En ese sentido, el inciso final del artículo 29, tal y como hoy se encuentra consignado en la Carta Política, fue aprobado el 15 de junio de 1991, en primer debate de la Plenaria de la Asamblea Constituyente. La principal preocupación de los delegatarios de la Comisión era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular, a través de la tortura. 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.³ 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 solo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos

el juzgador y la prueba, implica que el funcionario que va a emitir sentencia debe ver y oír por sí mismo, en forma directa que la prueba respecto de los hechos, las pruebas deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de los elementos de convicción...

Por último el principio de concentración (Ley 906 de 2004, artículo 17) es norma basilar rectora, en particular, del juicio oral, pues impone que este se desarrolle de forma unitaria, en un solo acto, el mismo día, y si ello no fuere posible en días consecutivos...

Adicionalmente a los anteriores principios, cada medio de prueba tiene dispuesto en la ley su propio debido proceso (Ley 906 de 2004, artículos 372 a 441), pero la conculcación de aquellos o de este frente a determinado elemento de convicción eventualmente genera su desestimación o falta de consideración como fundamento de la decisión judicial..." (Auto de 28 de noviembre de 2007. Radicación 28656. Corte Suprema de Justicia Sala Penal. M. P. Julio Enrique Socha S., citado en Revista *Jurisprudencia y Doctrina* Editorial Legis. Tomo XXXVII No. 435 del mes de marzo de 2008, págs. 378 a 381).

³ El Delegatario Otty Patiño, preocupado por la capacidad disuasiva de la norma sostuvo en el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991: "(...) pretender dar como elemento disuasivo para la tortura el hecho de que no sirvan las pruebas obtenidas bajo tortura, me parece que no tiene sentido (...). Yo creo que desde luego, (la tortura) ha rebajado sustancialmente, pero fue una práctica consentida, admitida y tecnicada, y en ese sentido me parece que sí debería establecerse algo más que



en la Constitución y (ii) la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba⁴.

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. 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.

Durante los debates en las Comisiones I y IV y en la Plenaria solo se trataron este tipo de casos: violaciones graves a las garantías básicas. El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, sino solo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional.

También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”), resultado directo e inmediato (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.

En relación con el inciso final del artículo 29, la jurisprudencia de la Corte Constitucional había abordado algunos de los puntos, manifestándose en el mismo sentido pero ampliando el ámbito del debido proceso a las formalidades legales esenciales. Así, en la sentencia C-491 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), a propósito de una demanda de inexecutable del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil que consagra las causales de nulidad del proceso Civil, se señaló que en principio es al legislador a quien le corresponde establecer las causales de nulidad de los procesos, en todo o en parte. Dijo en aquella ocasión la Corte:

(...) estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión “solamente” que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiéndole que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según la 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

simplemente la invalidez de la prueba (...) sería conveniente establecer la pérdida del fuero, cuando se hagan estas prácticas de tortura, y de que la persona que lo haga, salga del fuero establecido, en el caso de los militares, del mismo fuero militar, para que pueda ser juzgado civil y públicamente también, porque es la única manera de verdad, que esta práctica no sea encubierta.” En ese mismo debate la delegataria Aída Abella señaló: “Yo creo que Otty tiene razón; es decir, cómo garantizamos que no se produzcan las torturas, la desaparición forzada (...) Yo pienso que de pronto algunos civiles, como dice el doctor Arias, pueden ejercer la presión indebida para una declaración, pueden ejercer hasta la tortura (...)” (Biblioteca de la Corte Constitucional. *Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente*, folios 184 y 185, respectivamente).

4 La propuesta de Darío Mejía contemplaba declarar nula toda declaración o prueba, sin embargo, antes de la votación se suprimió el término “declaración” por cuanto se consideró que ya estaba contenido en el concepto “prueba” (Biblioteca de la Corte Constitucional. *Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente*, folio 190).

en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone esta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia (resaltado fuera del original).

La Corte había indicado que el efecto que se sigue de la declaración de nulidad de una prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso constitucional es solamente ese, la nulidad de la prueba. Dijo la Corte en la sentencia C-372 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía):

“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. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de estas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal” (resaltado fuera del original).

Así pues, a la cuestión de la nulidad de la prueba, obtenida con violación del debido proceso, es que dicha nulidad solo afecta a la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó, solamente, en la prueba que ha debido ser excluida.

Se apartan así, el texto del artículo 29 y la jurisprudencia constitucional colombiana, de lo que podría llamarse la doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas, según 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 cuál sea su relación con la prueba cuestionada. Para la Corte la conclusión de que la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso se sigue del texto, de la jurisprudencia, de la historia de la norma, así como de una lectura teleológica de la propia Carta Política.

Atendiendo la anterior afirmación, se ha discutido sobre el particular la suerte que debe correr una prueba que deviene en ilícita y al respecto se han ventilado dos teorías:

La primera de la admisibilidad de la prueba ilícita que se sustenta en el hecho de que lo que debe prevalecer es la verdad y para llegar a la justicia, por tanto, esta prueba se debe tener en cuenta sin perjuicio de las medidas que se adopten en contra de la persona que violó el derecho.

La segunda es la inadmisibilidad de la prueba ilícita aplicable en nuestro sistema jurídico, que se sustenta en el hecho de que en un Estado en el que se protege el debido proceso no es posible permitir que para la obtención de la prueba sean violados los derechos y garantías, so pretexto de proferir una decisión judicial.

El problema jurídico central frente a la prueba ilícita gira precisamente en torno a la suerte que deben correr aquellas pruebas reflejas o derivadas de la ilícita, en el sentido de si deben o no ser valoradas, y para solucionar esa problemática se han tenido en cuenta dos teorías:

Teoría de los frutos del árbol envenado, la cual sugiere que no hay que darle ningún valor probatorio a una prueba lícita, obtenida de una ilícita, pues si sus fundamentos están viciados, su producto lo estará de igual manera, tesis esta que es la que



rige en Colombia, con las objeciones que más adelante se plantean a propósito del salvamento de voto obrante en la sentencia SU-159 de 2002.

Teoría de la proporcionalidad, la que “en principio no acepta la prueba refleja de la ilícita, pero trata de medir si el derecho violado con esa prueba es menor que lo que se gana con su utilización y de ser así la prueba refleja sí podrá ser tenida en cuenta.” (Giacometto Ferrer, 58).

El artículo 29, tantas veces citado, consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Este concepto es incorporado a través de la Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional, en el expediente T-426353, a propósito de la acción de tutela instaurada por Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, en donde se unifican los pronunciamientos jurisprudenciales alrededor de la regla de exclusión, así lo consagra el artículo cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En dicho pronunciamiento se señaló que dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, este puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de Procedimiento Penal y Civil, para la producción de la prueba, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas.

2.1. ELEMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSION

-La Jurisprudencia SU-159 de 2002 precisa en señalar lo siguiente:

- La fuente jurídica de exclusión. El artículo 29 indica de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda, guarda relación con la obtenida 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, tal y como se mencionó detalladamente en el numeral 1. 1. 1 precedente, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el operador jurídico, al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita, para que proceda a su exclusión si es del caso. La terminología varía, como quiera que, al decir de la doctrina existen tres categorías: prueba ilícita prueba ilegal y prueba irregular,⁵ lo que permite inferir que no existe uniformidad en tales denominaciones.
- La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los

⁵ Efectivamente cuando se desarrolla la nulidad prevista en el artículo 29 de la C.P. “...comprende, tanto la llamada **prueba ilícita**, que, como ya se dijo, viola los derechos fundamentales, sea que esa violación se haya cometido para conseguir la fuente, o el medio probatorio. También la **prueba ilegal**, es decir, aquella que viola una norma legal. Y la **prueba irregular** desde el punto de vista procesal.” (Parra Quijano, 26).



derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión era el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establecía que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991.

Por otra parte encontramos cómo en el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) se incorpora de manera expresa la Cláusula de Exclusión cuyo tenor literal señala que “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”, disposición concordante con el artículo 359 que consagra la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, y el artículo 360 en alusión a la posibilidad que tiene el juez de excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, allegado o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Merece particular atención en este acápite el artículo 455 de dicha normativa, el cual dispone respecto a la “Nulidad derivada de la prueba ilícita que “Para efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley” y para el efecto, identificaremos el alcance de cada uno de dichos aspectos:

- Vínculo atenuado. Este se presenta cuando la relación entre el acto primario ilegal y el fruto probatorio se desvanece, y al respecto se cita como ejemplo el caso de una interceptación ilegal a través de la cual se determina que un servidor público exige dinero a un usuario para adoptar una decisión, “... caso en el cual no podrá valorarse como elemento probatorio ni prueba posterior la grabación magnetofónica. Sin embargo, en un interrogatorio posterior, de manera libre y asistido por abogado, el indiciado decide aceptar el hecho. Aunque sin la interceptación ilegal la policía no se hubiese enterado de la concusión ni hubiera interrogado al imputado, lo cierto es que al momento del interrogatorio ya no existe la presión y el vínculo con el acto irregular ha empalidecido, razón por la cual pueden valorarse probatoriamente esas aceptaciones posteriores del imputado” (Marín Vásquez, 71).
- Fuente independiente. Se presenta cuando se acredita que la prueba derivada fue obtenida por un medio idóneo distinto, aunque aparentemente proviene del acto primario ilícito. Para su aplicación se trae a colación la recomendación del tratadista argentino Julio B. Maier, a través del denominado método de la supresión mental hipotética (Derecho Procesal Penal Tomo I Editores del Puerto SRL. Buenos Aires 2ª Edición 1996, 700 y 701), citado por el Dr Marín a través del siguiente ejemplo: “... los investigadores poseen información sería de que en una residencia se conservan armas de uso privativo de las fuerzas armadas, solicitan y obtienen la orden del fiscal para registrar y allanar con ese exclusivo propósito; pero, por alguna circunstancia inesperada, no hallan las armas, sin embargo de lo cual se encuentran con un laboratorio de cocaína o un secuestrado y sus captores. En este caso, no obstante que la orden no iba dirigida a estos últimos objetivos, los resultados probatorios derivados perviven, ante la supresión mental hipotética de la orden y su finalidad, porque ellos pueden explicarse



por la alternativa constitucional y legal de la flagrancia, evento este que no requerirá orden previa del fiscal.”.(Marín Vásquez, 70).

- Descubrimiento inevitable. Concepto decantado por la jurisprudencia de los Estados Unidos, según el cual un elemento material probatorio logrado por medios ilegales podrá ser admitido, controvertido y valorado en juicio si se determina que en el caso concreto, también por medios legales inexorablemente habría sido descubierto, ejemplo para su aplicación sería el de la persona que confiesa acerca de un homicidio sin estar asistido por defensor, e indica el lugar de ubicación del cadáver, pero precisamente en ese sector había más de doscientos hombres en su búsqueda, y dada su proximidad el cadáver en todo caso iba a ser descubierto.
- Otros criterios establecidos en la ley. Como los eventos previstos en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal para el caso del allanamiento y registro de un inmueble cuando medie autorización expresa del propietario, poseedor o simple tenedor, o en los eventos de catástrofes o se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado.

Lo fundamental de todo este ejercicio es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. El criterio fijado por la Corte Constitucional es que la nulidad solo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida. Esta posición ha sido sostenida en términos similares por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, entre otros fallos, en el calendado el 23 de julio de 2001 con radicación 13810 con ponencia de Fernando Arboleda, en donde se indicó que “...Obsérvese que la Carta no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino solo de la prueba ilegalmente incorporada, y así ha sido entendido de antiguo por la Corte al sostener que la ilegalidad del medio afecta su validez, pero no la eficacia de la actuación procesal posterior, salvo que se trate de la propia indagatoria...”.

2.2. CONDICIONES DE APLICACION DE LA REGLA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSION DE PRUEBAS

En la sentencia SU-159 de 2002 se fijan algunas pautas a partir de las cuales es viable la aplicación de la regla de exclusión, para lo cual se señala que la primera labor, que se debe desplegar por parte del funcionario es un examen para determinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Una vez efectuado ese filtro inicial se debe proceder en los términos que a continuación se señalan:

- Es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al que alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidación, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.
- Es necesario tener en cuenta que el derecho penal y en general todo régimen sancionador, 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.

Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

El mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el operador jurídico de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

En este orden de ideas, en la Sentencia SU-159 de 2002 se sientan las bases para comprender de mejor manera el tema relacionado con la ilicitud probatoria a través de la incorporación, según el citado pronunciamiento, de la teoría del fruto del árbol envenenado, posición que si bien se reafirma en el pronunciamiento contenido en la sentencia C-591 de 2005 en relación con la constitucionalidad de las normas de la ley 906 de 2004, que regulan la cláusula de exclusión, a nuestro juicio, en este último se señala que cuando se trata de pruebas que se hubieren obtenido mediante el ejercicio de conductas tipificadas como delitos de lesa humanidad, como la desaparición forzada, la tortura o la ejecución extrajudicial, la sanción se hace extensiva a todo el proceso, es decir, opera sin lugar a equívocos la teoría de la fruta contaminada en el cesto de frutas.⁶

No obstante lo anterior, resulta importante señalar que los argumentos esbozados en el salvamento de voto suscrito por los Dres. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo y Rodrigo Escobar Gil, en relación con la Sentencia SU-159 de 2002, como también,

6 En efecto, en la sentencia SU-159 de 2002, se señaló que: «...Sin duda, la cuestión que merece el mayor análisis constitucional en este caso es la relativa a la vía de hecho por defecto fáctico. La Corte encuentra que la grabación de la conversación telefónica fue excluida del acervo probatorio tanto por la Fiscalía General como por la Corte Suprema de Justicia y que las pruebas que sirvieron de fundamento a la resolución de acusación y a la sentencia condenatoria no son derivadas de dicha grabación, sino que provienen de fuentes separadas, independientes y autónomas. El que la *noticia criminis* haya consistido en la información periodística sobre la existencia de la grabación, no hace que todas las pruebas sean fruto de ella. En este caso, claramente no lo fueron dado que la Fiscalía desplegó una actividad investigativa que condujo a pruebas independientes de la grabación, como el patrón de reuniones y llamadas antes y después de la adjudicación de las emisoras, las certificaciones de las comunicaciones provenientes de las empresas de telefonía, los testimonios sobre cómo se hizo la adjudicación por parte de integrantes del comité correspondiente, el análisis de la elaboración y aplicación de una gráfica de criterios de adjudicación presentada por el petente, entre otras pruebas completamente ajenas al contenido de la conversación ilícitamente interceptada y grabada.

La Corte rechaza la afirmación de que la mera existencia de la grabación ilícita y su divulgación periodística, al ser la base de la *noticia criminis*, vicien todo el procedimiento. Semejante conclusión conduciría a que, en el futuro, quien desee eludir la acción de la justicia penal busque que se divulgue en detalle de qué manera cometió el delito con el fin de que nada de lo contado en una conversación o en una carta privada pueda ser legítimamente investigado y probado.

La Corte también rechaza la insinuación de que una prueba ilícita contamina *ipsofacto* todo el acervo probatorio. La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que, además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas».

Y agregó en dicho pronunciamiento la Corte, que "...En conclusión, la exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución,



el suscrito por el primero de los citados, en el salvamento de voto en relación con la sentencia C-591 de 2005, contienen elementos de gran importancia en razón a que se cuestiona, por parte de los disidentes, una inadecuada aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, puesto que los criterios citados por la Corte y posteriormente recogidos en la normativa penal en el artículo 455 de la ley 906 de 2004 lo que hacen es determinar que el Juez, frente a una prueba derivada de aquella que deviene en ilícita, pueda bajo determinadas circunstancias hacerle producir efectos jurídicos, quedando esa determinación a criterios eminentemente subjetivos que podrían conducir a verdaderas arbitrariedades, tal y como se reitera, quedó señalado en el salvamento suscrito por el Dr. Alfredo Beltrán Sierra en relación con la referida sentencia C-591 de 2005, cuyos apartes se indican a continuación:

...4. De otra parte, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece que la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas instituida por el artículo 23 de esa ley y que la Constitución fulmina con la nulidad de pleno derecho, tendrá que considerar como criterios para que esa nulidad se decrete “el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro que a mi juicio resulta inexecutable. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la Constitución.

La Carta establece que las pruebas ilícitas son nulas de pleno derecho. No hace las distinciones que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004

y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento ni contaminan todo el acervo probatorio, así esta haya sido elemento integral de la *noticia criminis*, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de esta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado...”.

Pues bien, dicha posición jurisprudencial se reafirma a través de la Sentencia C-591 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, en cuyo pronunciamiento señala entre otras cosas que “...el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que 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 aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito. En tal sentido, 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”.

“...La Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí 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



incluyó en su texto, sino que es perentoria, clara, contundente al sancionar con la nulidad cualquier prueba ilícita.

Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria, de tal suerte que el capricho sea el criterio para declarar que existe “vínculo atenuado” y por ese camino dotar de validez a pruebas que carecen de ella...

Lo anteriormente señalado nos conduce a precisar que la dificultad central radica en determinar el grado de licitud que pueda tener una grabación obtenida de manera irregular y al respecto es preciso señalar que existen en Colombia precedentes jurisprudenciales que permiten afirmar que el tema de ilicitud probatoria no es del todo novedoso y sí, por el contrario, refleja una permanente preocupación para definir los criterios a partir de los cuales debe brindársele el tratamiento que corresponda. Para el efecto basta con citar la sentencia del 22 de octubre de 1996, de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la radicación 9599 con ponencia del magistrado Fernando Arboleda: “...conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto que ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho fundamental (art. 15) como se dejó dicho. De procederse de esta manera, la prueba podrá nacer viciada (art. 29 C.N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas...”.

CONCLUSIONES

- La prueba nula, que vulnera los derechos fundamentales, no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Sin embargo la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria no implica que el hecho, que se trata de demostrar con la prueba ilícita, no pueda quedar acreditado por otros medios de prueba, recaudados en debida forma siempre y cuando estos sean legítimos y se alleguen al proceso por cauces legales; que para el caso, no dependan de un acto probatorio viciado de nulidad, es decir, que el efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, esto es, que no tengan, conexiones con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal).
- La temática de la ilicitud será de construcción doctrinal y jurisprudencial permanente, en virtud de la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio en nuestro Régimen Jurídico colombiano, en donde el manejo de los medios de conocimiento por parte de los sujetos que intervienen en la actuación

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. 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...”.

procesal, requiere una particular atención tanto para su producción como para su recaudo, ciñéndose a las formalidades previstas para el efecto y, con ello, evitar las consecuencias a las que hemos hecho alusión en este escrito.

- La posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-159 de 2002, si bien constituye un estudio juicioso de la Regla Constitucional de Exclusión deja en todo caso la sensación de que en el caso materia de estudio se privilegiaron unos medios de prueba que, en principio, se pueden considerar como derivados de las grabaciones que, debidamente cuestionadas, fueron excluidas del acervo probatorio al momento de su valoración por parte de la Fiscalía y Corte Suprema de Justicia y, sin embargo, a la derivada de estas, se les confirió plenos efectos jurídicos.
- Pese a la posición asumida por la Corte Constitucional, tanto en la Jurisprudencia SU-159 de 2002 y C-591 de 2005 se puede afirmar que la manera en que se dio aplicación a la Teoría del Fruto del Árbol Envenenado no resulta ser la más apropiada, toda vez que el inciso final de artículo 29 de la Constitución Política impone su aplicación no solamente respecto a la prueba principal, sino que también debe hacerse extensiva a la prueba derivada de aquella que deviene en ilícita, de tal manera que los criterios referidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 más que brindar elementos al funcionario judicial para verificar si está o no en presencia de una prueba ilícita, lo que hace es dotarlo de herramientas para que, en determinado momento, cuando quiera que se trate de verificar los efectos de una prueba derivada de aquella que se ha considerado ilícita, pueda el Juzgador con argumentos eminente subjetivos hacerle producir efectos jurídicos, no quedándole camino diferente al afectado con dicha decisión que, el de impugnar la decisión por vía de apelación cuando a ello hubiere lugar, y en forma extraordinaria por vía de casación, en este último caso, con base en la causal de violación indirecta de la norma sustancial bien sea por error de hecho o por error de derecho en materia civil o por error de derecho por falso juicio de legalidad en materia penal y demostrar:

- “1. Que la prueba fue obtenida ilegalmente.
2. Si es del caso, que los efectos reflejos de la prueba ilícita, eran la única manera de lograr otras pruebas, legítimamente obtenidas.
3. Que las otras pruebas no permiten sostener el fallo. En otras palabras, que si se excluye la prueba ilícita, la sentencia tenga necesariamente que casarse.

Los criterios anteriores pueden servir igualmente para elaborar alegatos en las instancias” (Parra Quijano, 70).

Por último señalemos que en un Estado Social de Derecho, que pregona el cabal cumplimiento de las garantías de quienes acuden a un proceso en calidad de judicializados, debe aplicarse de manera integral la exclusión tanto para la prueba principal, que deviene en ilícita, como la derivada de esta, sin que en este último caso se puedan establecer criterios a partir de los cuales sea posible hacerle producir efectos a la prueba que deviene de aquella ilícita, por cuanto se estaría sacrificando el más preciado derecho de los sujetos procesales, cual es el que se les brinden plenas garantías en la producción de la prueba; pues se correría el riesgo de dar paso a un eficientismo judicial que se traduciría en obtener sentencia de fondo, sin importar la forma en que se obtenga la prueba. En otras palabras, a la luz del inciso final de artículo 29 de la Constitución Política Colombiana no es posible establecer esas diferenciaciones para aplicar la regla de exclusión en lo que respecta a la prueba derivada de la ilícita.

BIBLIOGRAFIA

Arenas Salazar, Jorge (1996). Pruebas Penales. (1ª edición). Bogotá, D. C.: Ediciones Doctrina y Ley.

Colombia. Corte Constitucional (1993, noviembre). Sentencia T-351-93. M. P. Antonio Barrera C. Jurisprudencia y Doctrina. Editorial Legis.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2008, marzo). Auto del 28 de noviembre de 2007, Radicación 28656. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Jurisprudencia y Doctrina N.º 435. Revista Editorial Legis. Tomo XXXVII (378-381).

Devis Echandía, Hernando (1995). Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. (5ª Edición). Bogotá: Editorial ABC.

Fix Zamudio, Héctor (1974). Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica. México: Editorial UNAM.

Giacometto Ferrer, Ana (2003). Teoría General de la Prueba Judicial. Módulo para Formación de Jueces y Magistrados. Bogotá, D. C.: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

López Blanco, Hernán Fabio (2001). Procedimiento Civil. Tomo III Pruebas. Bogotá, D. C.: Dupré Editores Ltda.

Parra Quijano, Jairo (2008). Manual de Derecho Probatorio. (16ª Edición) Bogotá, D. C.: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Marín Vásquez, Ramiro (2004). Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá, D. C.: Ediciones Nueva Jurídica Colección Estudio No 7.

Saavedra Rojas, Edgar (1995). Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal. Tomo I. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Jurisprudencias

Colombia. Corte Constitucional (2002, 6 de marzo). Sentencia SU-159 de 2002. Expediente T-426353. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

Colombia. Corte Suprema de Justicia (s.f.). Sentencia del 28 de junio de 2005. Exp. 7901. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sala Civil.

_____ (s.f.) Sentencia del 23 de julio de 2001. Radicación 13810. M. P. Fernando Arboleda. Sala Penal.

