

# La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991<sup>1</sup>

*The Illegal Evidence in the Criminal Procedure since the Colombian Constitution of 1991*

*La preuve illicite dans le processus pénal colombien à partir de la Constitution de 1991*

*Sebastián Monsalve Correa<sup>2</sup>*

## Resumen

La pregunta por la licitud o ilicitud del conocimiento allegado -o por allegar- al proceso penal implica definir cuáles son las actuaciones de las autoridades públicas que desbordan un ámbito de actuación previamente autorizado y cuáles son las consecuencias de estas conductas para el proceso. En materia probatoria, aquel conocimiento obtenido de manera ilícita o que por medio de su valoración atenta contra los derechos de las personas sometidas a un proceso penal ha tenido una interpretación del juez constitucional que ha variado en el tiempo a partir de la Constitución colombiana de 1991, en la cual se consagró expresamente la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso. El presente escrito tiene como objetivo describir las interpretaciones que ha desarrollado la Corte Constitucional acerca del enunciado constitucional que contiene un mandato de exclusión de aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso (art. 29), para luego analizar cuál ha sido el fundamento definido por el Tribunal Constitucional y preguntarse por la pertinencia de estas interpretaciones respecto al ordenamiento jurídico. También busca mencionar las dificultades de incluir las llamadas excepciones a la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico procesal, en vista de los efectos inconstitucionales que éstas ocasionan. Por último, se enuncia una propuesta de

---

1 Este artículo fue desarrollado en el semillero *Lecturas de Filosofía del Derecho*, del grupo de investigación *Saber, poder y derecho* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

2 Estudiante de derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: [monsalvec@une.net.co](mailto:monsalvec@une.net.co)

Este artículo fue recibido el día 3 de agosto de 2010 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 11 del 8 de agosto de 2010.

fundamentación del modelo de exclusión de la prueba ilícita, acorde con el programa constitucional para el proceso penal.

**Palabras clave:** regla de exclusión, prueba ilícita, debido proceso penal, prohibiciones probatorias, nulidad de pleno derecho.

## Abstract

The question for the legality or illegality of gathered knowledge -or knowledge to gather- for the criminal procedure implies defining the actions of public authorities that exceed a previously approved scope and the consequences of these behaviors to the process. In terms of evidence, knowledge that has been obtained illegally or whose assessment violates rights of people subjected to a criminal procedure has had several different interpretations by constitutional judges, which have varied over time since the 1991 Colombian Constitution, in which the nullity of all evidence obtained outside the due process is expressly contained. The aim of this paper is to describe the interpretations developed by the Constitutional Court regarding the constitutional statement that contains a term of exclusion of such evidence obtained outside the due process (art. 29). Then it analyzes the basis for those interpretations as defined by the Constitutional Court. It also questions the relevance of those interpretations regarding the legal system, and it seeks to mention the difficulties of including the so-called exceptions to the exclusionary rule in the legal procedures, in view of the unconstitutional effects they cause. Finally, it sets forth a basis proposal to the model of the illegal evidence exclusion, in accordance with the constitutional program for the criminal procedure.

**Key words:** exclusionary rule, illegal evidence, criminal due process, evidentiary prohibitions, null and void.

## Résumé

La question de la légalité ou l'illégalité de connaissances ramassées -ou à ramasser- d'une procédure pénale implique la définition des actions des pouvoirs publics qui dépassent un champ de comportement précédemment approuvé et celle des conséquences de ces comportements dans le processus. En matière de preuve, les connaissances obtenues de façon illégale ou que par l'intermédiaire de leur évaluation attentent contre les droits des personnes soumises à une procédure pénale ont eu des interprétations diverses par les juges constitutionnels à partir de la Constitution colombienne de 1991, dans laquelle s'est expressément consacrée la nullité de plein droit de cette preuve obtenue en dehors du processus dû. Cet article se propose de décrire les interprétations que la Cour Constitutionnelle a développées à propos de l'énoncé constitutionnel qui contient un mandat d'exclusion de toutes preuves obtenues en dehors du processus dû (article 29). Ensuite, l'on analyse quel a été le fondement défini par le Tribunal Constitutionnel et l'on se pose des questions sur la pertinence de ces interprétations en ce qui concerne le système juridique. L'article vise également à mentionner les difficultés d'inclure les exceptions à la règle d'exclusion de la procédure judiciaire, à la lumière des effets inconstitutionnels

que celles-ci causent. On énonce finalement une proposition de fondements du modèle d'exclusion de la preuve illicite, en accord avec le programme constitutionnel pour le processus pénal.

**Mots-clés:** règle d'exclusion, preuve illicite, processus pénal dû, interdictions probatoires, nullité de plein droit.

## Sumario

*Introducción. 1. Proceso penal colombiano y regla de exclusión. 2. Jurisprudencia constitucional de la regla de exclusión. 2.1 Sentencia T-008 de 1998. 2.2 Sentencia SU-159 de 2002. 2.3 Sentencia C-591 de 2005. 3. Las dificultades de la asunción de la exclusionary rule en el ordenamiento jurídico penal colombiano. 3.1 De las excepciones en particular: la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable. 3.2 La persecución de cierto eficientismo penal como criterio legitimador de las excepciones a la regla de exclusión. 3.3 El efecto disuasorio como fundamento de la norma constitucional que ordena la nulidad de las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso. 4. El fundamento de la regla de exclusión. 4.1 Verdad y proceso penal. 4.2 La regla de exclusión como parte de la discusión acerca de aquel conocimiento que no puede ser valorado en un proceso penal. 4.3 El fundamento de la regla de exclusión. 5. Conclusiones. Referencias.*

-Debes dirigirte a él como “capitán”.  
-Adelante.  
Siéntate.  
Las manos debajo de los muslos,  
con las palmas hacia abajo.  
¿Qué tienes que decirnos?  
-No he hecho nada.  
No sé nada.  
-No hiciste nada,  
no sabes nada.  
¿Piensas que arrestamos  
a ciudadanos inocentes por capricho?  
-No, yo...  
Si piensas que nuestro sistema humanista  
es capaz de una cosa así...  
...esto sería motivo suficiente  
para detenerte<sup>3</sup>.

---

3 Diálogo inicial de la película *La vida de los otros* (von Donnersmarck, 2006)

## Introducción

El asunto de cómo es “lícito” juzgar en un proceso penal, implica la discusión de cómo es lícito obtener y llevar cierto conocimiento al escenario procesal. Esta discusión, sin embargo, debe ser enmarcada dentro de una más amplia, es decir, de aquella acerca de los límites de actuación del Estado, de cuándo este desborda su ámbito de actuación autorizado.

En materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Nacional contempla la nulidad de pleno derecho como sanción a las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso. Esta norma enarbola una frontera de actuación de las autoridades públicas, ya que establece que por fuera del debido proceso no puede ser obtenido conocimiento alguno y que de hacerlo, este deberá excluirse.

La garantía<sup>4</sup> de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida hace parte del programa procesal penal de la Constitución colombiana, por lo tanto es parte integrante del debido proceso en materia penal, entendido este como un “derecho fundamental, que dice cuáles son las condiciones sin las cuales resulta absolutamente ilegítimo cualquier acto de persecución penal, es decir, a cuáles son las condiciones de *cuándo y cómo juzgar*” (Calle, 2000, p. 59). Así, para la obtención y valoración de cada prueba, el Estado debe recorrer de manera estricta los ritos procesales que constitucional y legalmente le han sido autorizados; cuando se sale de este marco, lo que resulta son conductas ilegítimas del mismo.

El sistema penal acusatorio, diseñado en la Ley 906 de 2004, acogió el modelo norteamericano de la *exclusionary rule*, enunciando que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será sancionada con la nulidad y deberá ser excluida del proceso. En conjunto, con la adopción del sistema norteamericano se adoptaron algunas de sus excepciones: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado.

---

4 “En suma, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos y mediante la cual no solo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquellas otras que derivan indirectamente de la misma” (Gascón, 2005, p. 77).

## 1. Proceso penal colombiano y regla de exclusión

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

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta, han sido expedidos tres procedimientos penales: el decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. Este último *reglamenta*<sup>5</sup> de manera expresa la nulidad del artículo 29 de la Constitución a la vez que la asume expresamente como una *regla de exclusión*.

Los tres procedimientos parten de la libertad de medios de prueba, el artículo 253 del decreto 2700 de 1991, que se reproduce en el Art. 237 de la Ley 600 de 2000; y el Art. 373 de la Ley 906 de 2004<sup>6</sup>, autorizan a probar por cualquier medio de prueba que no resulte violatorio de los derechos humanos. Si bien el punto de partida es la libertad probatoria, aparecen normas que desarrollan el enunciado constitucional de la nulidad de la prueba obtenida por fuera del debido proceso que ordenan la no valoración o la exclusión de pruebas irregulares.

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

---

5 Según Maier (1989b, p. 251) el procedimiento penal debe ser acorde con las seguridades individuales y formas que postula la ley suprema, regulando las pautas principales a las que deben ajustarse las leyes de enjuiciamiento penal. Desde este punto de vista el derecho procesal penal es una ley reglamentaria de la Constitución.

6 “Artículo 373. *Libertad*. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Es a partir de la Ley 906 de 2004 que de manera expresa se adopta legalmente la *regla de exclusión* en el proceso penal colombiano; indicando en su Art. 23 que deberán excluirse aquellas pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, además de aquellas pruebas que “*sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”. Esta cláusula es reforzada por el art. 360 que ordena para el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria la exclusión de “la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

El alcance de la regla de exclusión se ve limitado en la misma Ley por la adopción de las llamadas *excepciones a la regla de exclusión*, que el legislador colombiano decide incluir en el Art. 455, indicando que a efectos del Art. 23 deberán considerarse los criterios de *vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable*.

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

## **2. Jurisprudencia constitucional de la regla de exclusión**

### *2.1 Sentencia T-008 de 1998*

Respecto al mandato constitucional de considerar nulas las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-008 de 1998 a partir de un caso en el cual se obtiene una declaración de un testigo con reserva de identidad, que dio origen a un allanamiento en el cual se recogió una parte del material probatorio que sustentó la condena. El testimonio fue practicado sin los requisitos exigidos por los decretos 099 y 2271 de 1991, según los cuales esta diligencia debía realizarse con la presencia de un representante del Ministerio Público y efectuar el levantamiento de un acta separada de la declaración, en la cual figure el nombre y otros datos personales del declarante.

La Corte en este caso considera que tales requisitos constituyen condiciones de validez de la declaración de testigo con reserva de identidad<sup>7</sup>, por lo cual la prueba del testimonio con reserva de identidad realizada sin los requisitos legales exigidos para tal evento, resulta nula de pleno derecho y debe ser excluida del material probatorio.

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 solo 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 Tulena Tulena; 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 (T-008/1998).

---

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

De lo anterior se puede observar que, bajo el criterio de la Corte, una prueba ilícita no puede fundar responsabilidad penal, ya que, respondiendo al mandato del artículo 29 constitucional, debe ser excluida del proceso. Sin embargo, esta exclusión de la prueba ilícita y por lo tanto la inutilización del material de conocimiento allegado al proceso de forma ilícita o por medio de actos ilícitos, tiene una eficacia relativa, ya que en el proceso permanecen aquellas pruebas que tienen un vínculo de causalidad con la ilícitamente practicada y que sólo pueden explicarse en razón de su existencia, es decir, que aquellas pruebas derivadas de la prueba ilícita pueden ser valoradas en el proceso (Bolaños, 2009); tanto es así que, en el juicio de constitucionalidad que la Corte hace de los hechos, no es discutida la conexidad entre un testimonio practicado sin los requisitos legales y un arma de fuego obtenida a partir de dicho testimonio.

## 2.2 Sentencia SU-159 de 2002

Una discusión más amplia fue desarrollada en la sentencia SU-159 de 2002, a partir de un caso que tuvo una gran repercusión nacional, en el cual una conversación entre dos ministros, ilícitamente obtenida y publicada en un medio de circulación nacional, dio origen al inicio de la investigación a un ministro del Gobierno que culminó con sentencia condenatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia –juez natural de los ministros-. El caso llega a la Corte Constitucional por vía de tutela ya que el exministro considera que se tuvo en cuenta la conversación ilícitamente obtenida, además de las pruebas que de ella se derivaron y que esto afectó su derecho a un debido proceso.

Cabe anticipar que la SU-159/2002 comienza con un estudio de derecho comparado que menciona tres tipos de sistemas de regulación de la prueba ilícita: el de aquellos países de tradición anglosajona, haciendo una especial referencia al sistema de la *exclusionary rule* de Estados Unidos; el sistema de regulación alemán, y por último el de aquellos países de tradición romana. En la sentencia, son varios los puntos en los que la Corte se inclina por el sistema norteamericano.

Un aspecto importante para resaltar es la distinción que hace la Corte de las fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas entre pruebas inconstitucionales e ilícitas: “La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones

ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado” (SU-159/2002).

Por otra parte la Corte, realizando un estudio de las actas de la asamblea constituyente que construyó el inciso final del art. 29 constitucional, concluye que los delegatarios se propusieron “*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*” (SU-159/2002). Es en este punto donde comienza la Corte a adherirse a la tradición angloamericana de tratamiento de la prueba ilícita, asumiendo como fines de la norma constitucional los efectos *disciplinantes o preventivos* (Guariglia, 2005, p. 46) –*deferrent effect*– que esta tiene<sup>8</sup> sobre sujetos públicos y privados, para desalentar la actividad de persecución penal contraria a los principios constitucionales; esta se considera la tesis dominante que ha asumido la Corte Suprema de los EE. UU. sobre la regla de exclusión<sup>9</sup>.

- 
- 8 “Ahora bien, en Estados Unidos después del caso Calandra, la función de disuasión ha pasado a ocupar un lugar preponderante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Aunque la Corte ha reconocido expresamente que no existe evidencia empírica para comprobar que la regla de exclusión efectivamente disuade a la policía de violar las garantías constitucionales, ha sostenido que mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función” (SU-159/2002).
- 9 Según Guariglia (2005, p. 46) se trata de algo parcialmente cierto: “Es verdad que los efectos preventivos sobre la actividad policial han sido el fundamento principal de la regla de exclusión frente a la violación de los derechos consagrados en la IV Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU. (arresto, registro y secuestro –*arrest, search & seizure*-) y, por consiguiente, el eje de la discusión dogmática. La opinión mayoritaria de la Corte ha acentuado reiteradamente este punto. Ello, sin embargo no es trasladable, sin más, a las prohibiciones derivadas de la lesión a los derechos previstos en las Enmiendas VI (derecho a la defensa técnica –*right to counsel*) y, sobre todo, V (protección contra la autoincriminación –*privilege against self-incrimination*). Aquí la jurisprudencia americana ha derivado, al menos inicialmente, la prohibición de valoración directa de la enmienda afectada, prescindiendo de ulteriores fines disciplinantes. Incluso varios detractores de la regla de exclusión, escépticos en cuanto a la eficiencia de su supuesta función preventiva, circunscriben la crítica al ámbito de la IV Enmienda, pero admiten la prohibición de valoración derivada de la inobservancia a la V o VI, por entender que los fundamentos son aquí distintos: en el caso de las confesiones obtenidas mediante coacción, o sin la posibilidad de asistencia legal, la prohibición de valoración encuentra su fin en la “obvia confiabilidad” de estas declaraciones; estas “deficiencias en el debido proceso” afectarían el “procedimiento de averiguación de la verdad”, y solo por ello la prueba obtenida de ese modo debe ser excluida”.

Luego de atribuir un fin preventivo o disciplinante a la norma que declara la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas, la Corte hace una comparación entre el método de exclusión de EE. UU. y Alemania, indicando que en el primer caso hay una discrecionalidad judicial limitada, ya que los jueces deben aplicar las reglas y excepciones creadas por la Corte Suprema de forma rigurosa, “sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto, así este pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real” (SU-159/2002). En el caso alemán, el método de aplicación de la exclusión es la ponderación en cada caso concreto, atendiendo a criterios como:

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

Esto en realidad es parcialmente cierto, ya que la doctrina alemana distingue entre *prohibiciones de valoración dependientes e independientes* (Guariglia, 2005: 103), entendiendo las primeras como aquellas que se apoyan en una “lesión a una prohibición de adquisición o incorporación de prueba para obtener determinado conocimiento (como, por ejemplo, las normas referidas al derecho de ciertos testigos de no declarar contra el imputado)” (Maier, 2008a, p. 779) que proviene de una disposición legal; mientras que las segundas se desprenden de derechos constitucionales de las personas.

Para los casos de *prohibiciones de valoración independientes* -según la opinión dominante- se debe realizar una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, utilizando como parámetro el principio de proporcionalidad, mientras que en las prohibiciones de valoración dependientes resulta inadmisibles la ponderación, ya que se trata de extralimitaciones de los funcionarios públicos en la persecución penal, al violar disposiciones legales del procedimiento (Guariglia, 2005, pp. 103-108).

Aunque la ponderación no es el método de aplicación de la exclusión en todos los casos en el derecho alemán; la Corte asume que el sistema angloamericano se presta de manera más efectiva a la exclusión de la prueba ilícita:

Junto a estas grandes diferencias entre los enfoques alemán y estadounidense sobre la función de la exclusión de las pruebas viciadas y sobre la forma como se decide si una evidencia debe o no ser excluida de un proceso, hay otras significativas. Así, Estados Unidos es más favorable a la exclusión de pruebas viciadas que Alemania porque está dispuesto a sacrificar la verdad real y la justicia en el caso presente y porque el juez carece de discrecionalidad para dejar de excluir una prueba que según las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia debe ser excluida (SU-159/2002).

Por último, como elemento a resaltar del análisis que se hace en la sentencia a partir del derecho comparado, la Corte menciona las diferentes excepciones que ha construido la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.: *la doctrina de la atenuación, la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del acto de voluntad libre*. Es precisamente en estas excepciones en que se basa la Corte para resolver el caso concreto, indicando que la prueba de la interceptación ilegal fue correctamente excluida del proceso por parte de la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, las pruebas subsistentes y que de alguna forma tuvieron una relación de causalidad con la originaria –ilícita– son aceptadas en el proceso, argumentando o que se trata de pruebas independientes, o con un vínculo atenuado o irrelevante, o que fueron obtenidas en un acto de voluntad libre.

En consecuencia, en concepto de esta Corporación no es atendible la tesis del tutelante en el sentido de que las pruebas que sirvieran de fundamento a las decisiones judiciales, ahora impugnadas por vía de la acción de tutela, estuvieran viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Como anteriormente se ha mostrado, se trató de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela o bien inexistente, o bien roto por la ocurrencia de decisiones libres o hechos autónomos, o bien muy tenue y lejano. Además, como se demostró, las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho por defecto fáctico (SU-159/2002).

### 2.3 Sentencia C-591 de 2005

En la sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de algunas normas del sistema penal diseñado en la Ley 906 de 2004.

Dentro de las disposiciones analizadas se encuentran las referentes al modelo de exclusión de pruebas ilícitas y sus excepciones. En el entendido de la demandante, la Constitución Política en su artículo 29 no consagra excepciones a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación al debido proceso, esto quiere decir que son nulas de pleno derecho tanto las pruebas obtenidas en desmedro del proceso constitucional y legalmente establecido, como aquellas que de estas se desprendan.

El artículo 232 ordenaba excluir la evidencia y elementos materiales probatorios que provinieran *directa y exclusivamente*<sup>10</sup> de una orden de registro y allanamiento indebidamente emitida por la Fiscalía; de esta manera quedaba abierta la posibilidad de que aquellos medios de conocimiento que no tuvieran una relación directa y exclusiva con la orden ilegalmente obtenida –es decir, que no provinieran directamente de ella-, pero que de alguna u otra manera se desprendían necesariamente de la prueba ilícitamente obtenida, fueran parte de la investigación y del proceso mismo. Para la Corte Constitucional, una orden de registro y allanamiento que carece de alguno de los requisitos legales exigidos para esta actuación de la Fiscalía –arts. 220-232 C de PP- es una violación del debido proceso “por tratarse de una diligencia afectada de invalidez” (C-591/2005); por lo tanto, todo elemento o evidencia que allí se encuentre debe ser excluida, tanto las que sean consecuencia directa de la ilegalidad como aquellas que sean consecuencia derivada de ella; es con base en el anterior razonamiento que la Corte Constitucional declara inexecutable la expresión *directa y exclusivamente* del artículo 232, buscando con ello excluir del proceso penal no solamente las pruebas que de manera directa provengan de una violación del debido proceso, sino también aquellas indirectas o provenientes de una conducta antijurídica.

Por otra parte, el artículo 455 menciona 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*”<sup>11</sup>.

---

10 Fue precisamente la expresión “**directa y exclusivamente**”, del texto del Artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, la que fue demandada por inconstitucional.

11 Art. 23. “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”.

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 **fFuente 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 (C-591/2005).

Para la Corte Constitucional se trata de criterios que permiten establecer un vínculo entre una prueba que se obtiene a través de una conducta antijurídica y una de la cual no se conoce su adecuación con el ordenamiento jurídico y específicamente con el debido proceso penal, es decir, si una prueba “ilícita” tiene relación con otra prueba que se pretende hacer valer en el proceso. Se trata pues de un mecanismo de detección de cuando estamos ante una prueba derivada, es decir, aquellas “que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo pueden explicarse en razón de su existencia”<sup>12</sup>.

Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito (C-591/2005).

En palabras de la Corte no se trata de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya que de acuerdo con el artículo 29 constitucional, cualquier clase de prueba –directa o derivada- que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y derechos fundamentales debe ser excluida. El vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable son criterios que

---

12 “Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto” (C-591/2005). Negrilla adicionada.

permiten aplicar la regla de exclusión, por lo tanto se trata de una norma acorde con el ordenamiento jurídico ya que antes que “autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todas ellas a considerar como admisibles únicamente **determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente independiente y autónoma**, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que pueda considerarse que ya se ha roto”<sup>13</sup>.

### 3. Las dificultades de la asunción de la *exclusionary rule* en el ordenamiento jurídico penal colombiano

#### 3.1 *De las excepciones en particular: la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable*

Si bien la Corte Constitucional niega el carácter de excepciones a la regla de exclusión de los criterios enunciados en el artículo 455 del C de PP (C-591/2005), por tratarse, a su modo de ver, de mecanismos que antes facilitan la aplicación de la regla de exclusión de dichas pruebas, esta posición es distinta en la jurisprudencia estadounidense<sup>14</sup>, de donde se incorpora el modelo de excepciones. En el sistema norteamericano los conceptos de fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado se asumen como auténticas excepciones a la regla de exclusión, partiendo de que su fin es el eventual efecto disciplinante o preventivo que esta pueda tener sobre las autoridades de la persecución penal.

La misma argumentación de la Corte cuando declara la concordancia del artículo 455 CPP (C-591/2005) con el ordenamiento constitucional, adolece de serias contradicciones. En efecto, el tribunal constitucional comienza por afirmar que el artículo cuestionado contiene criterios para realizar una ponderación que permita excluir pruebas derivadas: para ello el juez debe determinar si el supuesto fáctico se tipifica en una de las reglas legales para determinar si el vínculo causal se rompió

---

13 Negrilla adicionada.

14 “Como resultado de la premisa de que la regla de exclusión no es un derecho constitucional implícito en la cuarta enmienda sino un mecanismo procesal establecido por el poder judicial para prevenir futuras violaciones a la constitución por parte de los agentes oficiales, la Corte Suprema ha permitido una serie de excepciones a la regla” (Salas, 2008).

y por lo tanto no se trata de una prueba derivada; sin embargo, cuando entra a examinar el juicio de constitucionalidad de la norma, afirma que las excepciones a la regla de exclusión son criterios que

[...] 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 (C-591/2005)<sup>15</sup>.

Esta contradicción manifiesta lo que los argumentos de la Corte no logran esconder: que las excepciones a la regla de exclusión son verdaderas respuestas a demandas de un supuesto eficientismo penal enfocado a que ningún crimen quede sin castigo; por lo tanto no se trata de medios facilitadores para que el juez excluya o defina qué pruebas no deben hacer parte del proceso, sino más bien de mecanismos que permiten la entrada de actos probatorios derivados de actos antijurídicos.

Ahora bien, analizando las excepciones de las que trata el artículo 455 del CPP, en la teoría de la fuente independiente se parte de la existencia de dos pruebas, una legal y una ilegal, donde no hay vínculo causal entre una y otra; se trata de establecer si “determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida” (C-591/2005). En el caso de la fuente independiente no se trata pues de una prueba derivada, ya que es una prueba de la cual no se predica ningún vínculo causal con la ilícitamente obtenida, “Por tanto, el problema en términos teóricos se circunscribe a la búsqueda de vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas” (Guerrero, 2009, p. 262).

En la excepción del vínculo atenuado, lo que sucede es que el vínculo entre una prueba ilícita y una prueba derivada de esta es tan tenue que “casi se diluye” (C-591/2005). Pues bien, si el vínculo persiste, se trata de una auténtica prueba derivada que proviene efectivamente de la prueba ilícita y por lo tanto se comunica su ilicitud. La utilización del criterio del vínculo atenuado “permite la condena de ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente, bien por el paso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la Fiscalía en la investigación penal o el simple azar” (Guerrero, 2009, p. 277).

---

15 Negrilla adicionada.

La más problemática de las excepciones a la regla de exclusión es la doctrina del descubrimiento inevitable. Esta consiste “en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito” (C-591/2005). Mientras en la doctrina del vínculo atenuado se parte de la existencia de dos pruebas existentes, en la doctrina del descubrimiento inevitable lo que se tiene es una prueba ilícitamente obtenida y la construcción de un curso causal hipotético en el cual la prueba se obtiene de manera lícita, esta última prueba hipotéticamente lícita e inexistente es la que ingresa al proceso. Los costos para los derechos fundamentales de las personas, que encierra la utilización del descubrimiento inevitable para excepcionar la regla de exclusión, son evidentes: el conocimiento al proceso se lleva mediante pruebas ilícitas originarias. Al respecto ha dicho Maier (2008a, p. 790):

los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán ya jamás en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido a cuya afirmación se puede arribar con certeza, en el caso, absolutamente necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales, esto es, producir la falsación de la hipótesis.

El vínculo atenuado y la fuente independiente, como verdaderas excepciones a la regla de exclusión, no se compadecen con el mandato de nulidad de aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, ya que en estos casos el Estado lo que realmente hace es utilizar pruebas ilícitamente obtenidas para demostrar la responsabilidad penal. Tratándose en todo caso de pruebas derivadas de pruebas ilícitas o que en los términos del artículo 23 del C de PP “solo pueden explicarse en razón de su existencia”, deben ser excluidas atendiendo al mandato de exclusión que para tales pruebas consagra dicho artículo.

### *3.2 La persecución de cierto eficientismo penal como criterio legitimador de las excepciones a la regla de exclusión*

Es importante resaltar que la *exclusionary rule* y sus excepciones fueron incorporadas al proceso penal colombiano inicialmente por la jurisprudencia constitucional en la sentencia SU-159 de 2002. La Corte Constitucional resuelve en

este caso el recurso de tutela de un ex ministro condenado por la Corte Suprema de Justicia por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145, Decreto 100 de 1980). La *notitia criminis* fue una publicación en la revista SEMANA de una conversación entre dos ministros del gobierno en la que negociaban la adjudicación de unas emisoras radiales.

De acuerdo con la Corte Constitucional, tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia aplicaron correctamente la regla de exclusión de la conversación ilícitamente obtenida. Sin embargo, de esta conversación surgieron otras pruebas como declaraciones de los ministros a los medios, comunicados, testimonios de sus secretarías, entre otros, que bien podrían considerarse pruebas derivadas de la prueba ilícita.

Por tratarse de actos de corrupción, la noticia copó la atención de los medios. Ahora bien, es sabido que para ciertos procesos penales estos buscan crear un estado de opinión mediante el uso selectivo de la noticia. En este caso se trataba de un personaje ya condenado por la Corte Suprema de Justicia y de manera estrepitosa por el llamado *banquillo virtual* (Andrés, 2007). No resulta entonces extraño que la sentencia de la Corte parezca obedecer más fácilmente a algún clamor popular de *una verdadera justicia material* que al desarrollo de los preceptos constitucionales y legales.

Al respecto, en la doctrina que comenta las excepciones a la regla de exclusión, es posible entrever una necesidad de castigar y perseguir ciertos delitos que de una u otra forma quedaría mal visto que *quedaran impunes*, ya que hay casos en los cuales se presenta una culpabilidad evidente; estas consideraciones, que en ocasiones de manera tangencial son mencionadas, que para nada tienen en cuenta el principio de presunción de inocencia, realmente son los criterios que sustentan la necesidad de exceptuar la legalidad en la obtención y valoración de la prueba<sup>16</sup>. En palabras de Gómez (2008, p. 145):

---

16 Para Gascón (2005, p. 79), con la tesis de la conexión de antijuridicidad del Tribunal Constitucional español, se constata la existencia de una presión social que exigiría reformular la naturaleza de la garantía de la regla de exclusión para dar cabida a ciertas excepciones.

Es por ello por lo que se puede decir sin ambages que hemos pasado de asumir la prohibición probatoria por sus efectos de disuadir a la policía de actuar contra la ley, y de proteger constitucionalmente los derechos de los ciudadanos imputados o acusados frente al poder intervencionista del Estado en la esfera individual, a puras consideraciones utilitaristas de castigar como sea **a quien evidentemente es culpable de un crimen horrendo**<sup>17</sup>.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU., dejando ver cierto afán por evitar la *impunidad*, ha manifestado que “La exclusión de la prueba, sin embargo, ha sido siempre nuestro último recurso, no nuestro primer impulso. La regla de exclusión genera costos sociales sustanciales que, algunas veces, incluyen la liberación de un culpable y que el peligroso esté suelto” (Hudson vs. Michigan en Salas, 2008, pp. 476).

Estas consideraciones no son extrañas a nuestro juez constitucional. Así, en la sentencia SU-159 de 2002, se indica que con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta

que 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. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo 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.

También se habla de una supuesta limitación a un conocimiento necesario para el proceso penal que se manifiesta en una colisión entre el *principio de eficacia* de la justicia y los derechos fundamentales de las personas<sup>18</sup>. La existencia de tal

---

17 Negrilla adicionada.

18 “La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia puede restarle peso al principio de eficacia de la justicia al decidir si excluye o no una prueba en aras de promover una concepción garantista de los derechos fundamentales” (SU-159/2002).

principio, que en determinados casos pueda tener la fuerza suficiente para anular los derechos fundamentales de las personas, debe ser desechada de plano. La eficacia de la justicia debe ser medida por las actuaciones del Estado que se lleven a cabo en un marco de legalidad, ya que por fuera de este no se puede hablar de justicia desde un punto de vista jurídico. En palabras de Maier (2008b, p. 949) el proceso penal “alcanza incluso su finalidad –esto es, no carece de razón de ser– aún cuando la llamada verdad no pueda ser descubierta, esto es, aún cuando no alcancemos por su intermedio el conocimiento real necesario para afirmar o negar la hipótesis cuya existencia o inexistencia pretendemos verificar”.

Por lo tanto, en la discusión acerca de qué conocimiento es posible de manera lícita adjuntar al proceso penal, deben develarse estos criterios que de forma subrepticia se encuentran como argumentos *justificatorios* de las excepciones a la regla de exclusión, que en ningún caso resultan válidos y que, por el contrario, llevan a las actuaciones estatales por un camino de arbitrariedades.

### *3.3 El efecto disuasorio como fundamento de la norma constitucional que ordena la nulidad de las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso*

Uno de los puntos de partida en el razonamiento de la Corte Constitucional (SU-159/2002) para acoger el sistema de la *exclusionary rule* fue el análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente que construyó la Carta Política de 1991, a partir del cual se concluyó que la finalidad del constituyente primario, al construir el mandato de exclusión de la prueba ilícita plasmado en el artículo 29, era la de disuadir a los agentes del Estado y a los particulares de recurrir a conductas ilícitas en la obtención de pruebas penales.

Si bien la Corte Suprema de EE.UU acogió inicialmente como fundamento de la *exclusionary rule* la violación de un derecho de aquellas personas sometidas a un proceso penal<sup>19</sup>; esta fundamentación varió de manera significativa en la jurisprudencia deviniendo en una fundamentación basada en un supuesto efecto

---

19 Weeks vs. US (1914).

disuasorio<sup>20</sup>. Es precisamente a partir de este punto que se construye una de las excepciones más significativas a la *exclusionary rule*: la excepción de buena fe (US vs. Leon, 1984) para convalidar las actuaciones policiales que se dan a partir de una orden de allanamiento posteriormente anulada por ausencia de causa probable. Esta misma excepción luego es usada por la Corte Suprema de EE.UU. para aquellos casos en que la policía ha realizado allanamientos con base en una ley posteriormente declarada inconstitucional y cuando el allanamiento es realizado con errores atribuibles al poder judicial. En estos casos, bajo el razonamiento de la Corte, no hay necesidad de excluir la evidencia ya que si efectivamente se aplica la regla de exclusión no tendrá ningún efecto disuasorio sobre las autoridades de la persecución penal (Gascón, 2005, p. 84).

Una de las críticas principales a la adopción de un efecto disuasorio como criterio de fundamentación de la *exclusionary rule* es la ausencia de comprobación de que la regla efectivamente tenga suficiente entidad para motivar las conductas de los agentes policiales. Sin embargo, el problema del efecto disuasorio no se resuelve con la pregunta por su eficacia, ya que se trata más bien de un problema de fundamentación.

Resulta bastante problemático fundamentar la regla de exclusión en el efecto práctico que esta tenga sobre las autoridades públicas, ya que bajo esta concepción se dejan de lado los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal y se ignora la discusión por la legitimidad que tiene el Estado para sacar provecho de su propia ilicitud.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso” (Su-159/2002), de allí que la finalidad asignada a la regla de exclusión sea una supuesta motivación que esta tiene sobre las autoridades de la persecución penal. Esta finalidad asignada y adoptada no se compadece con el

---

20 “La norma actual consiste en un recurso establecido judicialmente para proteger los derechos reconocidos en la cuarta enmienda de la Constitución por su efecto disuasorio y no puede ser vista como una medida reparadora del daño personal sufrido por el sujeto que fue objeto de la detención o registro ilegal” (Calero, 2008).

ordenamiento jurídico penal colombiano, ya que ignora que los derechos fundamentales, incluido el debido proceso, actúan como barrera de contención de las actuaciones estatales frente a los particulares.

## 4. El fundamento de la regla de exclusión

### 4.1 *Verdad y proceso penal*

Bajo cierta visión, en la regla de exclusión, antes que proteger derechos fundamentales, se erige una barrera para valorar la totalidad del material probatorio por parte del juez; por ello la exclusión permite sentencias en las cuales “la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios” (Volk citado en Ambos, 2009). Pues bien, esta concepción de la verdad obedece más a pretensiones de construcción de una verdad similar a la que reconstruye un historiador que al trabajo de un juez en un proceso penal.

Una verdad histórica, o verdad correspondencia con la realidad, es un fin del proceso penal inquisitivo y con la reforma del mismo se transforma en una verdad más modesta, en una verdad regulada por las formas propias del procedimiento. Esta verdad está sujeta a las normas que regulan la forma en que ingresa el conocimiento al proceso penal, “de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que los autorizados se los debe practicar según lo disciplina la ley procesal” (Maier, 1989b, p. 471).

La obtención de la verdad no parece ser un valor con entidad suficiente para fundamentar o apoyar las excepciones a las reglas de exclusión ya que, aun cuando una prueba es excluida del proceso penal, este fin se satisface con el seguimiento riguroso del rito establecido para juzgar, y por lo tanto cuando se excluye una prueba ilícita lo que se hace es reafirmar la necesidad de llegar a una verdad o por lo menos de cierta verdad respetuosa del procedimiento preestablecido y de los derechos fundamentales.

#### 4.2 La regla de exclusión como parte de la discusión acerca de aquel conocimiento que no puede ser valorado en un proceso penal

La regla de exclusión como modelo de exclusión de pruebas ilícitas tiene múltiples líneas de encuentro con otros sistemas penales. Al tratarse de una regla adoptada de la jurisprudencia estadounidense, el caso colombiano reproduce, sin mayores variantes, la *exclusionary rule*, su fundamentación y algunas de sus excepciones.

Sin embargo, el problema de las pruebas ilícitas ha sido tratado en el derecho comparado de diversas maneras, eso sí, siempre conservando un núcleo común entre los diversos sistemas. Por ejemplo, en Inglaterra se aplica un modelo de *exclusionary rule* que incluye, además de la prueba ilícitamente obtenida, la prueba del *hearsey* -prueba de referencia- y la prueba del mal carácter (Vogler, 2008).

En España, el Tribunal Constitucional crea la tesis de la conexión de antijuridicidad con el fin de justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas; así una prueba se deberá excluir del proceso solo cuando exista una relación de causalidad y una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas. Para determinar cuándo no hay conexión de antijuridicidad deben concurrir dos factores: que la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes a la lesión –*perspectiva interna*- y que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud –*perspectiva externa*-; para este último factor es necesario, ineludiblemente, recurrir a un juicio de ponderación entre ciertos intereses públicos y los derechos fundamentales de las personas (Gascón, 2005).

En Alemania, con Beling<sup>21</sup> se comienza a hablar de *prohibiciones probatorias* como límites en la obtención de la verdad en el proceso penal. Este concepto ha sido reformulado por el de *prohibiciones de valoración probatoria*. Se habla entonces de prohibiciones de valoración *dependientes e independientes*; las primeras impiden la

---

21 De acuerdo con Beling (2009, p. 6) “las prohibiciones de prueba son limitaciones autoimpuestas al conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar y de los que no se puede probar”.

incorporación y valoración de aquellas pruebas obtenidas mediante la inobservancia de los requisitos legales, mientras que las segundas buscan que no sean valoradas o incorporadas pruebas que lesionen derechos constitucionales. Es precisamente en estas últimas donde surgen los principales problemas (Maier, 2008a, p. 780) ya que, según la opinión dominante, debe ponderarse entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal y debe negarse la existencia de una prohibición probatoria allí donde prevalezca este último.

Todos estos sistemas de exclusión de la prueba, contextualizándolos en cada ordenamiento, están encaminados a limitar la obtención y valoración del conocimiento en un proceso penal y tienen en su núcleo común un problema más acotado: “la inadmisibilidad de la valoración en contra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vulneración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas” (Maier, 2008a, p. 779).

### *4.3 El fundamento de la regla de exclusión*

Si bien el fundamento asignado por la jurisprudencia constitucional a la regla de exclusión ha sido el efecto disuasorio que esta tiene sobre las autoridades de la persecución penal, es posible afirmar que este no constituye un fundamento constitucionalmente válido. Por lo tanto, resulta necesario para un estudio más adecuado de la regla de exclusión definir un fundamento que se compadezca con el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Un estudio de fundamentación ha sido desarrollado por Guariglia (2005) en su propuesta de fundamentación de las prohibiciones probatorias. Para ello parte de la distinción entre prohibiciones de valoración probatorias dependientes, como aquellas que proscriben la incorporación o valoración “en el marco del procedimiento penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal que reglamenta los presupuestos y el modo de dicha adquisición” (p. 21); y prohibiciones de valoración probatoria independientes como “aquellas injerencias estatales regulares en la esfera de derechos de un individuo y que resultan excluidas del procedimiento únicamente debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionalmente garantizados, como el derecho a la intimidad o a la personalidad” (p. 21).

Para Guariglia las normas de adquisición de prueba –haciendo referencia a las prohibiciones de valoración probatoria dependientes- son normas potestativas que delimitan cuándo un acto estatal es válido y “la inobservancia de dichas condiciones de validez, tal como han sido legislativamente fijadas, conduce a la pérdida de efectos jurídicos –nulidad- del acto de adquisición de prueba en cuestión” (Guariglia, 2005, p. 126). La fundamentación para excluir los actos procesales inválidos es la existencia de una regla procesal sobre la adquisición de un conocimiento determinado que ha sido transgredida, entendiéndose que las normas que regulan facultades de injerencia del Estado constituyen autolimitaciones de este respecto a los ciudadanos. La adopción de esta tesis en este punto implica que toda actuación contraria a la actividad estatal regulada debe ser excluida del procedimiento penal, ya sean pruebas originarias o derivadas.

Sin embargo, para las prohibiciones de valoración independientes debe acudir a la ponderación en cada caso concreto, para definir si prevalece el interés estatal en la persecución penal sobre los intereses individuales del afectado; esto sucede principalmente en casos de *criminalidad grave*<sup>22</sup>. Por lo tanto, según Guariglia, cuando no se trata de lesiones a normas que autorizan la injerencia estatal, la prueba no se debe excluir automáticamente, como es el caso de las prohibiciones de valoración dependientes, ya que se debe recurrir necesariamente a la ponderación. Este método de la ponderación, para los casos en que no se lesiona una ley de prohibición de producción de prueba, sino la Constitución misma, deja de lado la discusión sobre el dilema que es para el Estado el aprovecharse de sus propias conductas ilícitas, además de que desconoce el carácter del debido proceso como barrera de contención de las actuaciones estatales.

Por lo tanto, ante el quebrantamiento del procedimiento legal por parte de las autoridades públicas y ante lesiones a derechos constitucionalmente establecidos, debe excluirse la prueba del proceso, tanto la originaria, como la que de aquella se pueda desprender.

---

22 Para Maier (2008a, p. 780), fundamentar la necesidad de ponderación en aquellos casos de criminalidad grave resulta bastante cuestionable, ya que las prohibiciones probatorias no pueden considerarse exclusivamente como medios de protección de intereses individuales, sino también como límites a la actuación estatal.

Lo anterior puede resultar útil para rechazar la distinción que hacen tanto la ley como la jurisprudencia colombianas (T-008/1998, SU-159/2002) entre prueba ilícita y prueba ilegal, entendiendo la primera como aquella violatoria de derechos fundamentales, y la segunda como infracciones a las garantías del *imputado*<sup>23</sup>, ya que no es posible entender que existan garantías que se desliguen de derechos fundamentales; por lo tanto, cuando se dice que la prueba ilegal atenta contra reglas procesales que no están contenidas en derechos fundamentales, se olvida que la Constitución establece el debido proceso como un derecho fundamental y de ahí que toda alteración del rito procesal en la obtención de la prueba sea una afectación de derechos fundamentales. Especialmente al considerar el procedimiento penal como una ley reglamentaria de la Constitución, es imposible encontrar un punto de no relación entre ley y constitución.

Se debe, entonces, afirmar finalmente: que a la verdad solo se debe arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial, en perjuicio del imputado (Maier, 1989a, p. 471).

Así, toda lesión de una regla procesal sobre la adquisición en el procedimiento judicial de un conocimiento determinado, implica para las autoridades de la persecución penal un mandato de exclusión, ya que estas normas son en todo caso potestativas, y las actuaciones que por fuera de ellas se hagan deben ser consideradas inválidas. Este constituye el fundamento de la regla de exclusión en el proceso penal colombiano.

En efecto, las actuaciones de los particulares encuentran límites en las prohibiciones o mandatos que la Constitución y la ley establezcan; mientras que el Estado solo puede actuar a partir de autorizaciones expresas en las mismas, por fuera de estas, sus actos son inválidos y por lo tanto de ellos no se puede derivar efecto alguno.

---

23 Entendiendo imputado como aquella persona contra la cual se ejerce la persecución penal (Maier, 2004, pp. 187-202).

## 5. Conclusiones

El remedio que el juez constitucional y el legislador colombiano han incorporado para excluir las ilicitudes probatorias, es la regla de exclusión; sin embargo, el alcance de este mandato es relativo gracias a la consagración de excepciones a la misma que contribuyen a subsanar las ilicitudes que las autoridades públicas y los particulares cometen para llevar los medios de conocimiento al proceso y que, en todo caso, deben ser excluidas, ya que es la única forma en que puede evitarse que el Estado, en el ejercicio de su potestad punitiva, no se aproveche de lo ilícito.

Las excepciones a la regla de exclusión son un ejemplo de cómo en el proceso penal se ponen por encima de derechos constitucionales de los imputados valores como la “eficiencia en la persecución penal”, entendiendo esta como la mayor cantidad de condenas, la aplicación automática de la prisión preventiva y la facilidad con que los organismos que intervienen en la investigación restringen derechos constitucionales.

Toda lesión de una regla procesal sobre la adquisición en el procedimiento judicial de un conocimiento determinado debe ser excluida del proceso –incluyendo la etapa preparatoria–, ya que las normas que permiten a las autoridades públicas realizar la persecución penal son potestativas y de su transgresión debe generarse consecuentemente la nulidad de pleno derecho que ordena el artículo 29 constitucional.

De la fundamentación de la regla de exclusión en el efecto disuasorio que esta tenga sobre las autoridades de la persecución penal, resulta una interpretación con efectos inconstitucionales, ya que permite transgredir derechos constitucionales de los ciudadanos cuando con la exclusión de las ilicitudes probatorias no se generen efectos preventivos, sin tener en cuenta la prevalencia de valores constitucionales como el debido proceso, de mayor jerarquía.

## Referencias

Ambos, K. (2008). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización. En Gómez, J. L. (Coord.), *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba*

- prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado* (pp. 325-360). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Andrés, P. (2007). Proceso penal: ¿Qué clase de publicidad y para qué? En *Justicia penal, derechos y garantías* (pp. 255-286). Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Beling, E. (2009). Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. En Ambos, K., Beling, E. & Guerrero, O. J. *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis.
- Berg Q. & Widemann, M. (Productores) & Von Donnersmarck, F. H. (Director). (2006). *La vida de los otros* [Película]. Alemania: Bayerischer Rundfunk.
- Bolaños, C. A. (2009). El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano. *Diálogos de derecho y política*, (1). Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/2102/1828>
- Calle, A. (2000). Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso. *Nuevo Foro Penal*, (63), 45-68.
- Gascón, M. (2005). ¿Freedom of proof?: El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Jueces para la democracia: Información y debate*, (52), 74-85.
- Guariglia, F. (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: del Puerto.
- Guerrero, O. J. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez, J. L. (2008). La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En Gómez, J. L. (Coord.), *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado* (pp. 107-147). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maier, J. B. J. (1989a). *Derecho Procesal Penal argentino. 1-a Fundamentos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- \_\_\_\_\_. (1989b). *Derecho Procesal Penal argentino. 1-b Fundamentos*. Buenos Aires: Hammurabi.
- \_\_\_\_\_. (2004). *Derecho procesal penal*, Tomo II. Sujetos procesales. Buenos Aires: del Puerto.
- \_\_\_\_\_. (2008a). *Las prohibiciones probatorias*. En *Antología. El proceso penal contemporáneo* (pp. 771-791). Lima: Palestra Editores.
- \_\_\_\_\_. (2008b). *La verdad y el procedimiento judicial*. En *Antología. El proceso penal contemporáneo* (pp. 945-958). Lima: Palestra Editores.

Salas, L. (2008). Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias. En Gómez, J. L. (Coord.), *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vogler, R. (2008). Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial las reglas de exclusión. En Gómez, J. L. (Coord.), *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema penal español y en el derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

