

**LA PRUEBA OBTENIDA ILICITA O ILEGALMENTE DENTRO DEL
PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA ABSOLUCIÓN
DEL PROCESADO.**

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



LA PRUEBA OBTENIDA ILICITA O ILEGALMENTE DENTRO DEL PROCESO
PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO.

Autores

Juan Felipe Arango Vasco.
Maria Alejandra Otalvaro Orrego.

Asesor

Juan Camilo Yepes Yarce.

Diciembre 2020

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Agradecimientos

Nuestros más sinceros agradecimientos a todos nuestros docentes, a aquellos que enseñan con corazón y alma, a aquellos que nos sirvieron de inspiración, a aquellos que compartieron sus conocimientos con nosotros y a los que depositaron su confianza en nosotros, a nuestra amada universidad por ser el medio para alcanzar nuestros sueños.

Resumen

Las pruebas viciadas siempre han sido merecedoras de la sanción de la exclusión dentro del proceso penal colombiano, esto con el fin de preservar intactos derechos y garantías constitucionales, pero no toda prueba viciada debería ser excluida, ¿Por qué no planteamos la admisión de estos elementos en aquellos casos en donde el vicio más que perjudicar al procesado puede reportarle un beneficio?

Para planteamos la inaplicación de la regla de exclusión a estas pruebas, haremos un breve estudio de derecho comparado, realizando un recorrido por diferentes sistemas jurídicos a nivel mundial observando el tratamiento que estas reciben; a través de una línea jurisprudencial se analizará el desarrollo que ha tenido el tema a nivel nacional, a su vez haciendo un breve recuento sobre la doctrina más representativa en torno al tema, para finalmente llegar a una mirada del futuro de la aplicación de la regla de exclusión en materia penal desde una concepción flexible.

Palabras clave: Prueba ilícita, regla de exclusión, prueba ilegal, debido proceso, ponderación.

Abstract

The invalidated proofs have been worthied of the penalty of the exclusion in the Colombian's penal process, this fact in order to preserve whole the constitutional law and guarantees, but not all invalidated proofs should be excluded, why don't we considerate the validation of this proofs in cases where the error more than being a prejudice for the defendant could be a legal aid?

To considerate the not application of the rule in this proofs, we are going to do a concise study of comparative law, doing a route for the different world of juridical systems to observe the treatment of this, through a jurisprudential line, it'll be analyzed the development that it has in nationwide, likewise doing a concise recount about the most representative doctrine in the topic, to finally end in a review of the future for the application of the exclusionary rule in penal matters from a flexible conception.

Key words: illicit proof, exclusionary rule, illegal proof, legal process, deliberation.

Tabla de contenidos

Introducción.....	1
1. Derecho comparado	
1.1. Historia del Derecho	6
1.2. Diferencias entre ilicitud e ilegalidad en materia probatoria.....	8
1.3. Tratamiento de la prueba ilícita e ilegal en el continente europeo	
1.3.1.1. Suecia.....	11
1.3.1.2. Italia.....	12
1.3.1.3. España.....	13
1.3.1.4. Noruega.....	15
1.3.1.5. Alemania.....	16
1.3.1.6. Inglaterra.....	19
1.3.1.7. Irlanda.....	20
1.4. Tratamiento de la prueba ilícita e ilegal en el continente americano	
1.4.1.1. Estados Unidos.....	20
1.5. Latinoamérica	
1.5.1.1. Perú.....	22
1.5.1.2. Argentina.....	25
1.5.1.3. Chile.....	27
1.5.1.4. Colombia.....	28
2. Línea Jurisprudencial	
2.1. Planteamiento Del Problema Jurídico.....	30
2.2. Polos De Respuesta.....	30
2.3. Metodología.....	31
2.4. Punto Arquimédico.....	31
2.5. Ingeniería De Reversa.....	31
2.5.1.1. SU-159 del 2002 (Corte Constitucional)	32
2.5.1.2. C-591 del 2005 (Corte Constitucional)	32
2.5.1.3. C-210 del 2007 (Corte Constitucional)	32
2.5.1.4. AUTO 227 del 2007 (Corte Constitucional)	32
2.5.1.5. AUTO 26310 DE 2007 (Corte Suprema de Justicia)	33
2.5.1.6. AP 43291 de 2015 (Corte Suprema de Justicia)	33
2.5.1.7. Sentencia SU-414 del 2017 (Corte Constitucional)	34
2.5.1.8. AP948 DEL 2018 (Corte Suprema de Justicia)	34
2.5.1.9. AP 2853 del 2019 (Corte Suprema de Justicia)	35
2.5.1.10. SP 954 del 2020 (Corte Suprema de Justicia)	35
2.6. Nicho Citacional.....	35
2.7. Análisis Cuantitativo Y Cualitativo De Las Citas.....	36
2.8. Regulación De La Regla De Exclusión En La Jurisprudencia Nacional.....	36

2.9. Conclusiones Sobre El Tratamiento En La Jurisprudencia Nacional De La Regla De Exclusión.....	45
3. Historia legislativa y Doctrina Colombiana Sobre La Regla de exclusión.	
3.1. Historia De La Normatividad Nacional.....	46
3.2. Prueba Ilícita Y Regla De Exclusión. En: Reflexiones Sobre El Nuevo Sistema Procesal Penal. Los Grandes Desafíos Del Juez Penal Colombiano. Urbano Martínez	49
3.3. Panorama Realista Sobre Las Reglas De Exclusión Probatorias. Andrés Felipe Arango Giraldo	52
3.4. Reflexiones En Torno Al Tratamiento La Prueba Ilícita En El Sistema Jurídico Colombiano. Ramón Peláez Hernández	54
3.5. Los Efectos De La Prueba Ilícita En Colombia: Caso Miti – Miti. Karina Ibarra Sánchez.	55
3.6. La Prueba Ilícita En El Proceso Penal Colombiano A Partir De La Constitución De 1991. Santiago Monsalve Correa	56
3.7. Dilema jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano. Diego Armando Yañez Meza	58
3.8. Sistema probatorio y concurrencia de pruebas: Sistema Penal Acusatorio, prueba ilícita Edwin Alfonso Rodríguez	59
4. Consideraciones finales sobre el futuro de la regla de exclusión.....	61
5. Conclusiones.....	67
6. Bibliografía.....	69

Lista de tablas

Tabla 1. Punto arquimédico.....	31
Tabla 2. Línea Jurisprudencial	44

Lista de figuras

Figura 1. Nicho citacional	36
----------------------------------	----

Introducción

Actualmente en la legislación de Colombia, más precisamente en la ley 906 de 2004 encontramos todo lo concerniente a la prueba dentro del proceso penal, esto es, su hallazgo, su recolección, su inserción dentro del juicio y la práctica de la misma.

Se trata de una serie de reglas que se encuentran condicionadas por garantías y derechos fundamentales que cumplen la función de salvaguardar el debido proceso del imputado, indiciado o acusado, cuya finalidad no es más que la de brindarle protección contra arbitrariedades o desviaciones de poder dentro del juicio, lo que se inscribe en un propósito constitucional de servir de límite al poder del Estado, frente al cual el ciudadano se presenta en una notable condición de desigualdad.

Así, la Corte Constitucional ha precisado que “incluir en la Carta Política una restricción que disuadirá 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 así como las reglas de tratamiento de la prueba ilícita e ilegal no solo tienen su origen en la ley, sino que así mismo están amparadas y tienen sus bases en la Constitución Política y todas ellas giran en torno a la protección del procesado, ratificando sus derechos fundamentales y garantías dentro del debido proceso. De esa manera se prevé como forma de protección para el procesado las reglas de exclusión, las cuales, a su vez, sirven como tratamiento o como remedio procesal para de alguna manera sanear el proceso ante la presencia de transgresiones a las garantías y derechos fundamentales.

En realidad, esta figura tiene su origen en el derecho comparado, ya que fue traída a nuestra legislación con base en los postulados del sistema anglosajón, más precisamente del modelo norteamericano, donde han tenido un desarrollo bastante accidentado y han sido una creación jurisprudencial relacionada con la interpretación de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, dentro de los debates que se venían presentando en la comisión primera del Senado de la Republica, allí se plantearía la regla de exclusión desde dos contextos, esto es, la prohibición de la tortura por parte de los agentes del Estado para recaudar elementos de prueba y por otro lado la protección de la garantía al debido proceso no solo enfocado en la prevención de la tortura sino también en la violación de garantías y otros derechos constitucionales.

Los diferentes ordenamientos jurídicos a nivel mundial han tenido diversas concepciones acerca de la regla de exclusión en materia probatoria, así, los sistemas anglosajones, propiamente el sistema norteamericano, han tenido en la regla de exclusión de la prueba ilícita un fundamento de disuasión hacia los agentes estatales, para que en ejercicio de sus funciones legales se abstengan de la obtención y recaudado de pruebas ilícitas. (Arango, 2014, p. 2).

Sin perjuicio de lo anterior, en el derecho continental europeo encontramos posturas como la ponderación de intereses, es decir, no se tiene una regulación expresa sobre la exclusión de la prueba ilícita; en países como Alemania, el criterio de ilegalidad e inutilidad de la prueba recae en la interpretación y las circunstancias particulares de cada caso, sin embargo el juez tiene el

deber de ponderar los intereses particulares del procesado frente al interés público del Estado de sancionar las conductas delictivas.

Gracias a la adopción del modelo anglosajón que toma Colombia tenemos como consecuencia que las pruebas obtenidas de forma ilegal o ilícita deben ser excluidas sin lugar a que estas de alguna forma puedan entrar y hacer parte del juicio, tenemos en el artículo 29 de la constitución política la sanción consagrada para nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la prueba viciada, es decir, la nulidad de pleno derecho, en donde Izquierdo y Uribe (2010) afirman que:

En la Ley 906 de 2004, luego de arduos debates en la Comisión Redactora Constitucional y en el seno del Congreso, se consagró una cláusula de exclusión que puede catalogarse como rígida, aplicable no sólo a la evidencia directamente obtenida con la violación de la garantía fundamental, sino además a la prueba derivada de dicha prueba ilegal. La redacción del artículo 23 de la citada ley no deja dudas al respecto: "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 consecuencias. (p.20).

Debe reconocerse, sin embargo, que el tema relacionado con la prueba ilegal, la prueba ilícita y las reglas de exclusión ha tenido, hasta el momento, un gran desarrollo en la jurisprudencia y la doctrina nacional, pero, a pesar de que el tema ha sido desarrollado en múltiples ocasiones, no se cuenta con unas reglas claras para la aplicación de dicha exclusión. Si bien en la Constitución, encontramos en su artículo 29 la prohibición expresa que tiene el juez para condenar a una persona que esté siendo procesada con base en una prueba ilícita o ilegal, No es para menos, un asunto de alta complejidad. De hecho, la interpretación sobre el contenido de los artículos 360 (prueba ilegal) y 455 (prueba ilícita) y 23 (regla de exclusión) de la Ley 906 de 2004 encierra especiales dificultades, entre ellas las que podemos encontrar el sentencia AP948 del 2018 de la Corte Suprema de Justicia, en donde se derriban dos grandes mitos del artículo 29 constitucional en lo referente a la regla de exclusión, pues si bien en la carta política dispone la nulidad de pleno derecho para este tipo de pruebas, debemos decir que en primer lugar la nulidad no es la sanción que recibe la prueba viciada, es la exclusión, y en segundo lugar debemos entender que esta no opera de pleno derecho pues está sometida a que sea declarada judicialmente su exclusión por la autoridad competente, estas dificultades se maximizan con las consideraciones sobre la prueba derivada y las excepciones planteadas en nuestra legislación (vínculo atenuado, hallazgo inevitable y fuente independiente), pues si bien se traen como excepciones, es extraño e inusual encontrar con que estas se den en el campo del litigio.

En ese contexto de lo que se advierte en nuestra realidad procesal penal, resulta de especial dificultad la concreción de la ilicitud e ilegalidad probatoria y sus consecuencias cuando el medio de conocimiento principal que se podría excluir resulta ser una prueba fundamental para argumentar la ausencia de responsabilidad del procesado y, con ello, la confirmación de su presunción de inocencia.

Es así como se nos abre el espectro de investigar si el acusado puede convalidar, sanear o rectificar de algún modo el vicio con el que nace esta prueba, dado que una aplicación rigurosa de

la regla de exclusión podría llegar a perjudicar su teoría del caso, presentándose una paradoja constitucional puesto que de un lado tenemos que la indemnidad de la prueba podría aconsejar la exclusión de un medio obtenido con trasgresión de las garantías procesales y, de otro lado, esa consecuencia bien podría atentar contra sus propios intereses.

Siendo así las cosas el procesado puede verse seriamente afectado si se aplican las reglas de exclusión de forma tajante o inflexible, a modo de ejemplo en donde podamos evidenciar la complejidad del asunto proponemos el siguiente:

Carlos Ramírez, personaje influyente en el municipio de Yolombo por su labor dentro de la administración municipal, es sindicado hoy por la fiscalía general de la nación de cometer el delito de feminicidio, el día 15 de enero del año 2020, cuya víctima directa es Sara Pérez, quien sería su pareja sentimental; tras el descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía general de la nación en audiencia de acusación, se exhibe como prueba una interceptación a la línea móvil del acusado, misma interceptación que circuló por los medios de comunicación de dicho municipio, es decir, la radio y prensa local.

Más adelante se revela que, dicha interceptación de comunicaciones realizada por la fiscalía se habría llevado a cabo sin el control previo ante el juez de control de garantías como lo dicta el artículo 235 de la ley 906 de 2004.

Fruto de esta interceptación que reviste el carácter de ilegal, se puede concluir que el hoy acusado si bien había tenido una discusión con la que fuere su pareja sentimental, para el día y hora del deceso de la víctima se encontraba en una reunión a 32 kilómetros del municipio de Yolombo, en compañía de políticos de la región discutiendo una contratación irregular que se llevaría a cabo en el municipio, de allí que dichas conversaciones se filtraran en los medios locales.

El juez de conocimiento encargado del caso excluye dicha grabación por ser esta ilegal, despojando a la defensa del acusado de la prueba reina de su inocencia frente al delito de feminicidio.

Siendo así las cosas nos encontramos con la encrucijada constitucional en donde si bien es claro que dicha prueba, es decir, la interceptación de las líneas telefónicas es a todas luces, ilegal, pues violenta las garantías fundamentales del hoy acusado y debe ser excluida del proceso, del mismo modo, esta protección tajante que trae consigo las reglas de exclusión y que nace pensada para la protección del procesado podría llegar a violenta de forma directa los intereses del mismo dentro del proceso, afectando su teoría del caso y despojándolo de una herramienta fundamental de defensa que podría llevarlo a una posterior absolución.

Es por esto que la problemática que nos atañe en este trabajo de investigación gira entorno a la utilización de la prueba ilícita o ilegal recolectada por la fiscalía, cuando le es favorable al acusado dentro del proceso penal.

El tema reviste especial importancia en un sistema procesal como el adoptado en la Ley 906 de 2004, puesto que, como ya se viene sosteniendo, los temas de ilicitud e ilegalidad probatoria y reglas de exclusión son básicamente inexplorados hasta el día de hoy, conteniendo graves

dificultades de cara a nuestra realidad y contexto procesal, no solamente por lo que significan en el marco de los derechos y garantías de los procesados y de la legitimidad del Estado para el ejercicio de su poder punitivo, sino porque se trata de instrumentos cultivados en otras realidades y que han sido fruto de un extensa controversia para la aplicación y la redención de la prueba juzgada como mancillada.

Es así como esperamos responder al cuestionamiento en las siguientes páginas de si es posible que una prueba ilegalmente o ilícitamente obtenida pueda ser usada por el procesado en busca de su absolución.

Como lo muestra la historia colombiana antes de la constitución de 1991 y de la ley 904 de 2004 no existía una forma adecuada de proteger los derechos de los procesados frente al poder del Estado, se tenían que realizar mediante nulidades o el recurso extraordinario de casación, atacado el proceso penal adelantado y no la forma en cómo se recolectaban las pruebas por lo tanto no resulta un medio idóneo en busca de brindar esa garantía del debido proceso.

En la Constitución Política de 1986 ni en el Código de Procedimiento Penal de 1987 se consagraban de manera expresa la prueba ilícita y la regla de exclusión y por ello la prueba practicada con violación de los derechos fundamentales y con el desconocimiento de la garantía social de razonabilidad en la práctica probatoria se regía por el régimen de la prueba aducida con violación del régimen legal. Y para la determinación de las consecuencias de la vulneración de tal principio debía acudir a las normas relativas a la inexistencia de actos procesales, a la nulidad, al control de legalidad y finalmente, al recurso extraordinario de casación. No obstante, el ámbito de aplicación de estos mecanismos era muy restringido y, por lo mismo, no era idóneo para derivar todas las consecuencias inherentes a la regla de exclusión de la prueba ilícita. (Urbano Martínez, 2004, p.294).

Al día de hoy y sin perjuicio de las nuevas consagraciones que traería consigo la constitución política de 1991, para Colombia no existe una normatividad expresa sobre las reglas de exclusión, de cómo deben ser usadas, cuáles son sus consecuencias y como se regula de forma clara las excepciones a dicha exclusión; la jurisprudencia ha venido tratando este tema y sin lugar a dudas la SU-159 de 2002 es el punto de partida de las reglas de juego, sin embargo las dificultades de aprehensión de las teorías sobre las reglas de exclusión no resuelven de manera satisfactoria el asunto que a este trabajo de investigación nos compete, valga decir, los eventos en que el procesado quiera convalidar la prueba ilícita o ilegal por parte de la Fiscalía General de la Nación, para la aplicación de su teoría del caso y lograr una posterior absolución, pues es más que claro la prohibición expresa para su utilización por parte de la ente acusador.

El mismo problema bien se puede advertir en otros sistemas procesales. Así lo expresa el Tribunal Constitucional Español (2005):

El problema de admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso penal o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos (..) hay, pues, que ponderar, en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en

su decisión a uno u otro de ellos interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de la plena eficacia de los derechos fundamentales. (p.13).

Por ese camino, la problemática podría extender sus contornos a materias de proporcionalidad, aspecto que, aunque actualmente es bastante recurrente en nuestro medio judicial, no está exento de especiales tropiezos en su contemplación.

Como lo expresa la Corte Constitucional:

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. (SU-159 de 2002).

Como bien se puede observar existe una línea muy delgada, en donde el juez al admitir o rechazar una prueba ilegalmente obtenida pueda violar derechos fundamentales.

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora, es lógico concluir que puede ser igualmente grave para la realización de la justicia material que una decisión judicial se base en pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, como excluir los medios de acreditación sin realizar un adecuado análisis del asunto en aras de determinar si la actuación estatal realmente afectó en forma significativa el derecho fundamental y si la exclusión del medio de acreditación realmente permitirá el afianzamiento de las garantías ciudadanas, especialmente por tener un eficaz efecto disuasivo. (Guzmán, 2010, p.23).

El objetivo principal de este trabajo busca establecer si dentro de un proceso penal es posible la utilización por parte del procesado de una prueba ilícito o ilegal cuando esta le favorezca en aras de reforzar su teoría del caso y lograr una posterior absolución; para llegar a establecer esto debemos hacer un análisis juicioso en donde se investiguen e identifique el origen y la construcción del concepto de ilegalidad o ilicitud en materia probatoria, realizar un análisis entre los diferentes sistemas jurídicos de diversos países y el tratamiento que estos le dan a este tipo de pruebas, analizar las tendencias de la jurisprudencia Colombia en la materia y sintetizar las reglas allí contenidas para así darle paso a un estudio de la doctrina colombiana para generar una vista más amplia de las opiniones que giran en torno al tema, para terminar concluyendo con una mira hacia el futuro de la aplicación de las reglas de exclusión dentro del proceso penal Colombiano.

Capítulo 1 Derecho comparado

1.1. Historia del Derecho

Desde los inicios de las sociedades, el ser humano ha sentido la necesidad de castigar a la persona que hace daño a otro u otros, buscando de esta manera un sentimiento de justicia, justicia que se comenzaría a buscar a través de la regulación de los comportamientos humanos que se catalogaron como dañinos, de este modo nacen las primeras normas, estas fueron basadas en las costumbres de cada tribu, las cuales dejaban al arbitrio de la víctima del delito o a sus familiares la elección del castigo que se debía imponer, esta arbitrariedad en muchas ocasiones generaba serios conflictos entre familias y clanes provocando de esta manera guerras entre los mismos, ya que con estos castigos no se guardaba ninguna proporción entre el daño y la pena que se imponía.

Un gran paso en la historia de la humanización del derecho penal fue el cambio de la venganza o justicia por mano propia por su traducción a códigos y leyes que regían para todos los miembros de determinadas sociedades, en donde estuviera relacionado de una forma más proporcional el castigo y el daño causado, como ocurrió con la ley del Talión, el código de Hammurabi en Babilonia, la ley Hebrea, la ley de las XII tablas en Roma; estos códigos permitieron que se dejaran atrás viejas costumbres inspiradas en la venganza y el la retribución desproporcionada de los daños causados al victimario, sus bienes o sus dueños, de este modo las sanciones o penas se convirtieron en algo más justo gracias a la proporcionalidad de las mismas.

Ya para la edad media, con una gran influencia de la iglesia y el derecho canónico, se comenzaría con la penalización a través del derecho de las conductas que para ese entonces la religión dictara como pecados, trasladándose de un plano de normas de comportamiento guiadas por la espiritualidad a uno punitivo. Además, para este entonces, el Rey Español Alfonso X establecería una serie de penas muy estrictas, que incluyeron la muerte, el destierro, las torturas, la confiscación de bienes y los trabajos forzados.

Para en el siglo XVIII, en plena época de la iluminación Europea, se comenzaron a gestar nuevas ideas y teorías sobre la concepción del derecho penal, uno de los personajes que influyó de forma más significativa estos cambios fue *Beccaria* con su libro *de los delitos y de las penas*, allí plasmará un catálogo de principios y límites al poder punitivo de los Estados, redireccionando el derecho penal hacia un campo más humanista; así mismo sostendría las bases de principios tan importantes es la actualidad como lo es el principio de legalidad, pues para él las leyes son las únicas pueden dictar qué comportamientos deben catalogarse como delictivos, sentaría las bases para una imposición de penas más proporcionada a las que se tenían para la época, logrando así que fueran unas penas más justas y humanas.

Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores. Los jueces no han

recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición doméstica y un testamento que sólo dejase a los venideros el cuidado de obedecerlo, sino que las reciben de la sociedad viviente o del soberano que la representa, como legítimo depositario del resultado actual de la voluntad de todos; las reciben no como obligaciones de un antiguo juramento, nulo, porque ligaba voluntades no existentes, inicuo, porque reducía a los hombres del estado de sociedad al estado de barbarie, sino como efectos de un juramento tácito o expreso que las voluntades reunidas de los súbditos vivientes han hecho al soberano, como vínculos necesarios para sujetar o regir la fermentación interior de los intereses particulares. Esta es la física y real autoridad de las leyes. ¿Quién será, pues, su legítimo intérprete? ¿El soberano, esto es, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre haya hecho o no una acción contraria a las leyes? En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre (Beccaria, 2015, p.22).

Para la escuela clásica del derecho penal, que tendrá su nacimiento en esta época, el derecho se basa en la existencia de un derecho natural que se encuentra por encima del derecho positivo; uno de los máximos representantes de esta escuela del derecho penal fue Francesco Carrara que con su programa de derecho criminal expuso que la razón debe primar sobre las normas legales, fundamentando así que la responsabilidad criminal debe estar basada en el libre albedrío que posee el delincuente, es decir, el sujeto delincuente se encuentra en las mismas condiciones que las demás personas que forman parte de la sociedad, al ser una persona normal dotado de las mismas capacidades y oportunidades, esto lo dota de una libre determinación moral, es decir el delito surge de la libre determinación del individuo lo cual lo convierte responsable de los actos que cometa en exceso o abuso del libre albedrío, partiendo de este postulado Carrara determinaría 3 clases de juicios lógicos o de imputación para que una conducta pueda tomarse como delictiva; la primera de ellas es la imputación física, que no es más que la conducta haya sido cometida físicamente por la persona que es acusada; la imputación moral, que consiste en la voluntad libre y consciente del sujeto al momento de la realización del hecho punible y por último la imputación jurídica que no es más que la conducta esté consagrada en la ley como delictiva.

Partiendo de lo anterior para Carrara dentro de un proceso penal se debían cumplir con estas 3 imputaciones o juicios lógicos, si llegara a faltar uno de ellos la conducta no se podrá tener como delictiva; como consecuencia directa de la imputación moral, quedarán excluidas aquellas personas que en su obrar no hubieran estado en uso completo de su razón o aquellas que no tuvieran pleno discernimiento sobre sus actos, encontraremos así las bases de lo que hoy conocemos como inimputabilidad.

“La defensa del derecho tiene, por lo tanto, tres fines distintos en el desenvolvimiento del derecho penal: 1º.) La protección de todos los asociados frente a los malhechores; 2º.) la protección de los honrados frente a la autoridad

social que ejerce la potestad punitiva; 3º.) la protección del malhechor mismo ante la autoridad que lo castiga, porque también éste tiene derecho de no ser castigado más allá de lo necesario y más allá de la medida ordenada para sus ilícitos” (Carrara. 2004. Pág.6).

En el Siglo XIX Augusto Comte sentó las bases del positivismo en materia penal, este privilegia los hechos, sin cuestionar la justicia o los motivos que dan origen al delito, por lo tanto, surgirían teorías como la del médico y criminólogo italiano Cesare Lombroso quien sería el creador de la teoría sobre el delincuente nato; Lombroso sostendría que a partir de una serie de características físicas, morfológicas y condiciones psicológicas, estaría predeterminado para delinquir, es decir, esta serie de características particulares de algunos individuos serían los determinantes en su formación como delincuentes y el detonante para la comisión de cierto tipo de delitos, derivados de estos rasgos, es por esto que el delincuente no es responsable de lo que hace por no contar con el juicio lógico moral propuesto por la escuela clásica, para la escuela positivista del derecho penal el hombre será siempre responsable e imputable solo por el siempre hecho de vivir en sociedad, si bien se considera el delito como un fenómeno natural, social y biológico, la responsabilidad penal tiene su origen y su sustento en que el hombre siempre es responsable de todo acto que realice solo porque este vive en sociedad; en el caso de los enajenados mentales o menores de edad estas circunstancias particulares nunca los excluirán de la sanción penal, pues como venimos sosteniendo siempre serán responsables, estas circunstancias especiales solo tendrán relevancia a la hora de imponer una sanción, pues sólo serán susceptibles de aplicarles una medida de seguridad pero nunca se excluirá su responsabilidad penal.

Posteriormente, y luego de las dos guerras mundiales que se vivieron en el siglo XX el mundo cambió radicalmente su forma pensar por las atrocidades que se vieron durante la primera mitad del siglo no sólo en los campos económicos y culturales el derecho también cambió su visión dando el origen a que la defensa de los derechos de las personas era lo más importante que se debía proteger se dejó de lado un Estado de Derecho absolutorio para convertirse en un Estado Social de Derecho. Específicamente hablando dentro del derecho penal hubo una nueva reestructuración pues se retomó la relación que había entre la pena y la culpabilidad; se retoman las teorías sobre la rehabilitación del delincuente volviendo a ver a este como un ser humano que puede volver a la sociedad, contemplando los trabajos comunitarios como sanciones encaminadas a tal fin y por último se retomaría la imposición de medidas de seguridad para los considerados como inimputables.

1.2.Diferencias entre ilicitud e ilegalidad en materia probatoria

Para poder abordar las diferencias teóricas de las pruebas ilícitas y las ilegales debemos remitirnos a la jurisprudencia nacional, es decir, la sentencia SU 159 de 2002; esta hace un recuento del nacimiento de las reglas de exclusión y la nulidad que acompaña a toda prueba obtenida con violación a derechos o garantías fundamentales, misma nulidad que se hará efectiva en los casos en donde este vicio afecte de forma directa el derecho al debido proceso y el de defensa; del mismo modo se reafirma el carácter disuasorio que tiene hacia los agentes estatales de obtener pruebas mediante tortura o violaciones a los derechos fundamentales de las personas, siendo esta la principal preocupación del legislador de esa fecha, de este modo Colombia se

aparta de la tesis de la “manzana podrida en el cesto de frutas”, pues para nuestro legislador una prueba contaminada por un vicio de nulidad no irradia las demás pruebas presentadas en el proceso, solo se verán perjudicadas aquellas que tenga relación directa con la contaminada.

A partir de este punto la Corte Constitucional hace un estudio detallado de las fuentes de donde provienen las reglas de exclusión para el caso colombiano, su diferencia con otras corrientes como la romana germánica, pues allí opera la tesis de la ponderación; por su lado la Corte sostiene que existen tres tipos de pruebas inadmisibles dentro del proceso penal colombiano; la prueba inconstitucional, la prueba ilícita y la prueba ilegal.

El artículo 29 señala 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 penal 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 adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. (SU-159. 2002)

Del mismo modo encontramos una breve clasificación dentro de las pruebas ilegales para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, siendo así la prueba ilegal la que ha sido recolectada o practicada con inobservancia de las condiciones particulares que de ella se trate o violando requisitos sustanciales de la misma, es decir, cualquiera que sea el nacimiento de la ilegalidad de la prueba está compromete la garantía del debido proceso.

En cuanto a la subclasificación de la ilegalidad de la prueba encontramos que la corte distingue entre dos finalidades en la obtención de la misma; cuando esta ha afectado reglas sustantivas que tiene como fin proteger la integridad y la legitimación del sistema judicial, es decir busca impedir o disuadir a los agentes estatales de tomar decisiones arbitrarias y contrarias a derecho.

Y por otro lado encontramos aquella prueba ilegal en donde se han desconocido formalidades esenciales, las mismas que buscan asegurar la confiabilidad de la prueba y preservar su valor para demostrar la verdad material sobre los hechos dentro del proceso penal.

Entrando en un campo más doctrinal de la diferenciación entre la ilegalidad e ilicitud nos encontramos con posturas muy diversas frente al tema, pues algunos juristas como el argentino Mario Midón, plantearon una la clasificación de las pruebas ilícitas, ilegales e inconstitucionales muy parecida a la sostenida Corte Constitucional colombiana; para Midón existen 3 clases de pruebas que no deben ser admitidas dentro de un juicio penal, clasificándolas por su origen, tendremos las pruebas prohibidas por la ley de forma expresa, las pruebas irregulares o ilegales, que son todas aquellas en las cuales en su adquisición se violan o desconocen las prescripciones

legales para su recolección y finalmente las pruebas inconstitucionales que son aquellas que se obtienen con infracción de los derechos fundamentales expresamente consagrados en la normativa constitucional, sobrepasando las garantías fundamentales de cada persona que operar como límite al poder estatal.

A contrario sensu de lo anterior podemos encontrar juristas como el Colombiano Hernando Devís Echandía, que sostiene la postura de la prueba ilícita como aquella contraria a derecho, es decir aquella que es obtenida o practicada con violación al ordenamiento jurídico, entendido este en su conjunto.

Nos encontramos así frente a un panorama donde no se encuentra distinción alguna entre la legalidad, licitud e inconstitucionalidad de una prueba, es decir unifican los diferentes conceptos con el fin de crear un concepto único y global que contenga todas las diferentes clasificaciones; aquí es indiferente el rango que tenga la norma violentada en el proceso de recolección o adquisición de la prueba, podría tratarse así de una mera formalidad consagrada en una ley como la de una flagrante violación a derechos fundamentales del procesado o indiciado, sin embargo el rango de la norma violentada no cambiará su denominación como ilegal y su posterior exclusión, nulidad o inutilidad dentro del proceso penal según la sanción consagrada para ellas.

Por otra parte, podemos observar autores como Manuel Miranda Estrampes, que hace un estudio riguroso de la clasificación de la ilicitud de la prueba en razón del momento procesal en obtenida o producida, exponiendo lo siguiente:

En este sentido, Miranda (1996, p. 26) sistematiza una propuesta en atención al momento concreto en que se produce la ilicitud, dentro o fuera del proceso; así, distingue entre ilicitudes extraprocesales e intraprocesales. La primera, es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, a propósito de la obtención de la fuente de prueba, y afecta, por lo tanto, la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recolección y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo, los documentos sustraídos u obtenidos delictivamente e incorporados después a la causa). Y, la intraprocesal, es aquella que aqueja a un acto procesal, es decir, la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (*verbi gratia*, el empleo de medios coactivos en los interrogatorios del inculpado) (Calderón, 2016, p.5)

Si bien con Miranda encontramos una distinción en razón del momento procesal en que surge la ilicitud de la prueba, esta no tendrá mayores repercusiones en el ámbito procesal pues ambas se les dará el mismo trato dependiendo la sanción jurídica o no que contemple cada ordenamiento jurídico.

Dejando de lado un poco las diferencias teóricas de la ilegalidad y la ilicitud en materia de pruebas, tanto en su origen, adquisición o momento de incorporación en el proceso, debemos plantear una posición doctrinaria en lo referente al campo del litigio y como se puede evidenciar una diferencia marcada entre una y otra al momento del desarrollo del proceso penal.

De este modo Carlos Ramos Rubio, jurista español y magistrado del Tribunal superior de justicia de Cataluña sostendrá lo siguiente:

Para las diferencias entre la prueba ilícita y la irregular, en punto de la eficacia probatoria en el proceso penal, no son, sin embargo, apreciables en un primer grado, porque tanto la una como la otra carecen de virtualidad al respecto por lo cual dependen, en el segundo caso, de la naturaleza, la gravedad y la acumulación de irregularidades, y, sobre todo, de la indefensión provocada. En un segundo grado, el relativo a las pruebas relacionadas con ellas, para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone la ineficacia como lógica consecuencia de una suerte de contaminación, mientras que, para las procedentes de las irregulares, no se produce tal radical consecuencia. Esta diferencia se resuelve en la práctica, por lo tanto, con la posibilidad de recuperar el material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, por lo general la testifical o la confesión, como modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita. (Calderón, 2016, p.5)

Podemos observar como las diferencias entre prueba ilícita, ilegal e inconstitucional variar dependiendo del ordenamiento jurídico en el cual se desenvuelve el jurista o doctrina, del mismo modo queda en evidencia la gran clasificación que dichas pruebas poseen, tanto en el ámbito teórico como el práctico, pues en ambos campos se pueden realizar e identificar diferencias marcadas entre ambas; de todo lo anterior podemos concluir que sin importar su clasificación, su origen o el modo de adquisición su admisión o no dentro de un proceso penal causa revuelo y posiciones encontradas entre los juristas de todo el mundo, pues según sus tradiciones jurídicas podrían ser admisibles o no.

1.3. Tratamiento de la prueba ilícita e ilegal en el continente europeo

1.3.1. Suecia

Nos podemos encontrar un gran catálogo de derechos y garantías fundamentales consagrados a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico sueco, así mismo en este prevalecen las garantías y derechos fundamentales individuales de las personas, contando con múltiples mecanismos que poseen un estándar elevado de protección para asegurar tal fin.

A pesar de que en este país exista una supremacía del derecho comunitario, es decir, del derecho de la Unión Europea, de la cual hace parte desde el 1 de enero de 1995, esto no es un factor para que de dichos derechos fundamentales no gocen de una protección y de mecanismos adecuados encaminados a conseguir una protección efectiva, podemos encontrar variedad de mecanismos entre ellos la tutela judicial consagrada tanto en los procesos jurisdiccionales por la vía ordinaria, como a través de incidente, del mismo modo surge la denominada cláusula de homogeneidad externa.

La justicia penal no es ajena a estas consagraciones constitucionales, en el sistema de leyes penales sueco, encontramos que el principio fundamental que rige la práctica de pruebas no solo en materia penal sino en todos los procesos jurisdiccionales en el país, es el de la admisibilidad

de las pruebas y los medios de prueba, esto quiere decir que toda prueba o medio de prueba que sea solicitado por unas de las partes debe ser admitida en un juicio, quedando la prueba de oficio relegada al campo de la excepcionalidad.

Este principio de la admisibilidad de las pruebas implica que toda prueba es susceptible de ser integrada y practicada dentro de un juicio; gracias a este principio en este ordenamiento jurídico es admisible incluso la prueba obtenida de forma ilegal, pues en principio estaría bajo el amparo de la admisibilidad y solo en casos muy excepcionales y poco comunes en la práctica se encontraría prohibida; todo esto sin perjuicio del valor probatorio que en cada caso le otorgue el tribunal que conozca del proceso después de realizada la ponderación de las mismas.

Queda en evidencia cómo en un ordenamiento jurídico que se presenta como garantista y que a su vez se encuentra subordinado al llamado derecho común de la Unión Europea, se practica la admisibilidad de las pruebas y los medios de prueba como regla general, incluyendo dentro de estas a las que hayan sido obtenidas de forma ilegal.

1.3.2. Italia

Para el caso del ordenamiento jurídico italiano, nos encontramos con que tras su época fascista encabezada por Benito Mussolini y la gran derrota sufrida tras la segunda guerra mundial, la monarquía italiana quedaría desprestigiada y ninguno de los cambios de monarca serviría para remediar aquella situación; de allí que en 1946 se llevará a cabo un llamado a las urnas a todos los italianos con el fin de elegir la primera asamblea nacional constituyente que sería la encargada de expedir la primera y única constitución de dicho país.

Con esta nueva constitución encontramos un cambio en la forma de gobierno, pues este pasaría de ser un estado monárquico a una república democrática fundada en el trabajo, con este gran paso podemos encontrar en la nueva constitución Italia una serie de derechos y garantías fundamentales que irradiaran todo el ordenamiento jurídico de los italianos, como lo son la protección a las minorías lingüísticas, la separación total entre Estado e iglesia, el reconocimiento de la libertad de los demás pueblos y el repudio de la guerra.

Por su parte el sistema penal italiano establecido para antes de la segunda guerra mundial sería de un corte inquisitivo; debemos hacer énfasis en la importancia que tuvo el fascismo dentro de Italia y su posterior caída, pues desde allí, se empezarían a gestar grandes cambios en materia legislativa en el territorio; uno de estos grandes cambios fue en materia penal, pues desde el año 1987 se cambiaría del sistema penal inquisitorio a un sistema de corte más acusatorio, toda vez que aún conserva rezagos del sistema inquisitorio.

Tras estos grandes cambios contamos con una constitución italiana llena de garantías y derechos fundamentales, mismo que se verterán en los principios del derecho procesal penal italiano, entre ellos encontramos el derecho a la tutela judicial, la doble instancia, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y el derecho a un juez natural; del mismo modo podemos encontrar prohibiciones específicas que se materializan en garantías como lo es la prohibición del juez de actuar de oficio.

En cuanto a la admisión o inadmisión de pruebas dentro del proceso penal debemos destacar que toda prueba puede llegar a ser admitida dentro del proceso, pero esta a su vez estará limitada por su pertinencia, es decir, su relación directa con los hechos y la información que la misma va a aportar al proceso; la misma suerte correrán aquellas pruebas ilícitas.

Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles las pruebas, típicas o atípicas, que sean relevantes en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aun siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como, por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría de violar el secreto personal o profesional. (Taruffo. 2012. p.60)

Es así como en Italia, en su constitución nacional, más precisamente en el artículo 111 se dispone que la ley regulará los casos en los que en razón de la formación de la prueba no podrá ser incluida en el contradictorio, es decir, casos en los que se inadmite un medio de prueba por prescripción legal o en los casos en que esta sea ilegal; del mismo modo el artículo 191 del código de procedimiento penal de dicho país, se consagra la inutilización de estos medios de prueba; es así como podemos evidenciar la materialización de las garantías de un sistema penal de prevalencia acusatorio y la protección que se le otorga al procesado en virtud de los principios constitucionales.

1.3.3. España

En territorio español nos encontramos con una constitución política que data del año 1978, misma que surgiría en el contexto de la muerte del jefe de estado y dictador Francisco Franco, su muerte, desencadenaría una serie de cambios en materia constitucional y de organización estatal que llevarían a España a ser el país que apreciamos en la actualidad.

Con la constitución de 1978 se daría el cambio de un régimen dictatorial por un estado social y democrático de derecho, en el cual el poder reside en el pueblo y se consagra un ordenamiento jurídico basado en la libertad, igualdad y pluralismo político, se establecieron las funciones del jefe de Estado que estará representado por el rey y las del jefe de gobierno, del mismo modo, la carta política recoge un catálogo de derechos y garantías de los ciudadanos como la igualdad, el debido proceso, garantías a las libertades, entre otros.

Esta a su vez dictará las reglas de juego o las garantías que acompañan a los individuos que se ven sometidos ante un proceso penal, dichas garantías constan de una tutela judicial efectiva, el derecho a un juez natural previamente designado por la ley, el derecho de defensa, el derecho a un juicio público, el derecho a guardar silencio y el derecho a la presunción de inocencia; estas garantías serían recogidas posteriormente por la ley orgánica 6 del poder judicial del primero de julio de 1985, que sigue vigente hasta la fecha con algunas adiciones.

Fruto de la consagración expresa del derecho al debido proceso y todas las garantías que este aparece al procesado dentro de un proceso penal, lastimosamente la carta política no regula ni

directa ni indirectamente la inadmisión de los medios de prueba denominados prohibidos; el tribunal español en sentencia STC 114/1984, sería el primero en tratar la garantía de la inadmisión para este tipo de pruebas y la operatividad de este independientemente del derecho o garantía vulnerados, este concepto sería la aplicación de la regla de exclusión de carácter absoluto, pues para ese entonces no se consagraba ninguna excepción a la inadmisión de dichas pruebas; vemos pues como el tratamiento de las pruebas obtenidas con violación a garantías fundamentales es un desarrollo jurisprudencial y no normativo; un año después de este fallo sería el contenido del artículo 11.1 de la LOPJ, el que dictaría que toda prueba recaudada con violación de un derecho fundamental o garantía constitucional no surtirá efecto dentro del proceso penal; vemos así como la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico español tiene como objetivo desarrollar el contenido de la carta política pero lo desarrolla a partir de la jurisprudencia de los altos tribunales.

De este modo la inadmisión se presenta como la principal sanción para prueba ilícita dentro del ordenamiento jurídico español, pero también podemos encontrar la nulidad como remedio procesal cuando se ha utilizado una prueba ilícita dentro de un proceso penal, así las cosas, tenemos:

En este sentido, identificamos a la raíz de la forzada aplicación del régimen de nulidad en la materia en dos cuestiones diversas. Por un lado, siendo que la propia STC 114/1984 reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable para la utilización de una prueba declarada ilícita, en función de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento. (López. 2018. p.63)

Si bien España en sus inicios se encontraba dentro de la tesis de aplicación estricta de la regla de exclusión, en sentencias posteriores el tribunal constitucional español acuñaría la doctrina estadounidense del fruto del árbol envenenado y a la par, vía jurisprudencial comenzaría a regular una serie de excepciones a esta doctrina que permitiría en casos concretos que las pruebas derivadas de la prueba ilícita se pudieran utilizar y practicar dentro del proceso penal que se adelantara.

De este modo en la STC 86/1995 se plantearía la excepción de la fuente jurídicamente independiente, que consiste en que aquella prueba ilícita no guarda ninguna relación con las otras y por consiguiente estas pueden ser usadas en juicio. Posteriormente se emitiría la sentencia STC 974/1997 donde se contemplaría la teoría del hallazgo inevitable; en sentencia STC 1313/2000 se crearía la teoría derivada del hallazgo casual, derivada directamente de la teoría anterior; en 1999 con STC 161 se crearía la confesión voluntaria del imputado como nueva excepción a la regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol envenenado; del mismo modo en sentencia STC 22/2003 se tomaría la buena fe como nueva excepción y como primer referente jurisprudencial tenemos la sentencia STC 81/1998 en la que se crearía la regla de la conexión de antijuridicidad.

En resumidas cuentas, la conexión de 397 antijuridicidad trata de un mecanismo de evaluación de la relación entre la prueba declarada ilícita y la prueba de ella derivada, plasmado en la regla general de que “a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia

de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas. (López, 2018, p.123)

Esta teoría de la conexión de la antijuridicidad toma vital importancia, ya que, es el primer traspie que encuentra el tribunal constitucional español al aplicar la regla de exclusión de forma rígida, esta excepción marcaría el primer paso jurisprudencial de la consagración de excepciones a la inadmisibilidad de la prueba ilícita y las derivadas de esta; demostrando así el fracaso de la regla de exclusión aplicada de manera estricta al momento de querer mantener el equilibrio entre los intereses públicos y privados que rodean la práctica de la prueba dentro del proceso penal y el papel que cumple la prueba ilícita dentro del mismo.

Si dentro del análisis de la conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada el operador judicial no logra demostrar la existencia de dicha relación causal entre ambas, blindará a la derivada de una independencia que implicaría que esta prueba no pueda ser sujeta a cualquier tipo de restricción para su valoración dentro del proceso penal, para dicho análisis de la conexión de antijuridicidad se deben tener en cuenta dos aspectos y son los siguientes:

El elemento interno, consiste en la índole y características de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, así como su resultado, son identificados por ARMENTA DEU como la orientación de determinar la relevancia, desde el punto de vista de la causalidad, de la vulneración del derecho fundamental y sus efectos, lo que permitirá dilucidar el grado de transmisión del efecto invalidante 422 entre ambos elementos de prueba. Por cuanto hace al elemento externo, es decir, la necesidad esencial de tutela del derecho vulnerado, este es descrito por la misma autora como el reconocimiento que la excepción a la regla no significa incentivar la reiterada vulneración al derecho fundamental. La existencia 423 conjunta del acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, enfocado desde esta doble perspectiva (consideradas por el TC como elementos complementarios) permite la determinación de la existencia de la llamada 424 conexión de antijuridicidad (o la ausencia de la misma). (López. 2018. p.130)

Así las cosas podemos vislumbrar como en España la aplicación estricta de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en materia penal ha tenido grandes modificaciones con el pasar de los años desde su primer desarrollo en 1984, todas ellas realizadas vía jurisprudencial; mismos cambios que parten de la necesidad de conservar un equilibrio entre los intereses privado, es decir, el respeto por parte de Estado de los derechos y garantías consagrados constitucionalmente; y los intereses públicos por parte del Estado de responder de manera efectiva y ejemplarizante a las conductas delictivas por parte de los particulares.

1.3.4. Noruega

Noruega es un país con un sistema político basado en la monarquía constitucional con un sistema de gobierno parlamentario y democrático, cuyo poder recae exclusivamente en el pueblo, este territorio junto con Suecia y Dinamarca conforman Escandinavia.

Este país cuenta con una constitución política que data de 1814, que recogería los valores de la revolución francés y se inspirará en la declaración de independencia de los Estados Unidos en 1776, allí se plasman gran cantidad de garantías y derechos de los ciudadanos, entre ellos podemos encontrar el de igualdad, debido proceso, libertad, prohibición de tratos crueles e inhumanos y la tortura, independencia de los órganos judiciales y el juez natural.

Fruto de estas protecciones encontramos dentro de su normatividad penal la prohibición directa a los operadores judiciales de obtener declaraciones mediante tortura o coacciones del acusado; del mismo modo se prohíben los abusos por parte de los policiales en lo referente a allanamientos y registros o a la restricción de la libertad de las personas.

Si bien noruega es uno de los países con más bajo índice de criminalidad su desarrollo en cuanto a la prueba ilícita o ilegal y su tratamiento dentro del proceso penal es casi nulo, es por demás escasa la jurisprudencia sobre el tema; siendo un campo casi inexplorado por la jurisprudencia y la ley, es decir, ni la constitución ni el código de procedimiento penal ofrecen una solución clara sobre la admisión o inadmisión de estos medios de pruebas.

Adicional a esto no se cuentan con precedentes consistentes en el tema razón por la cual sea en extremo difícil sentar unas reglas claras de cuándo se debe excluir la prueba ilícita y cuando se debe admitir; a modo de conclusión podemos asegurar que los jueces cuentan con completa discrecionalidad para analizar las circunstancias que rodean la recolección u obtención de estas pruebas ilícitas y del mismo modo realizar una especie de ponderación de los intereses personales y públicos que se esgrimen dentro de cada caso en particular.

1.3.5. Alemania

Alemania es un país miembro de la unión europea, organizado como un Estado social y democrático de gobierno cuya organización política es la de república parlamentaria federal, en cuanto a su ordenamiento jurídico Alemania hace parte de los países denominados de tradición romano germánica.

En cuanto a su ordenamiento jurídico tenemos como máxima norma la ley fundamental para la república federal de Alemania, esta fue concebida en primera instancia como una ley provisional que ayudaría a unificar el territorio alemán post segunda guerra mundial y que para ese entonces estaría dividido por el llamado “telón de acero”; no sería sino hasta el 23 de mayo de 1949 promulgada para tener efectos en todo el territorio Alemán y así blindar mediante la cláusula de la eternidad la implantación de un partido totalitario como lo fue el nazismo en su época, suponiendo esto una inmodificabilidad de los primeros 20 artículos de la ley en donde se consagran la dignidad humana y la organización estatal como Estado social y democrático de gobierno.

A partir de allí se comenzaron a plasmar gran cantidad de derechos y garantías fundamentales de las cuales gozan hoy en día los ciudadanos alemanes, entre ellas el derecho a la libertad, la dignidad humana y el debido proceso.

Sin embargo a la luz de la legislación alemana en el uso y alcance de la prueba ilícita o ilegal nos encontramos con un panorama un poco confuso, demos empezar con el famoso caso Gäfgen Vs Alemania, allí se debatieron importantes posturas sobre la utilización de las pruebas ilícitamente obtenidas dentro del proceso penal; los hechos nos remiten al año 2002, Magnus Gäfgen fue indiciado como el posible secuestrador de un menor de edad en aquel año, tras lo que podemos denominar como una entrega vigilada de la suma de dinero que fue exigida por el secuestrador del niño se pudo identificar al señor Magnus Gäfgen como el principal sospechoso en el caso, tras su arresto fue conducido a la estación de policía donde insinuó que el menor seguía con vida, por órdenes del jefe de policía local en la madrugada del día de su arresto dos policías en turno amenazaron al sospechoso con infringir dolor físico si no respondía por el paradero del menor, amenaza que surtió efecto pues el señor Gäfgen los conduciría al lugar en donde reposa el cuerpo sin vida del menor; fruto de esta confesión se recolectó el cuerpo de la víctima, marcas de neumáticos que coincidían con los del sospechoso y adicional a esto con un allanamiento realizado a su residencia pudieron obtener el dinero del rescate, anotaciones sobre el crimen y la máquina de escribir con que habría redactado la carta exigiendo el rescate por el menor; más adelante en su juicio confesaría haber asesinado al menor.

Fruto de todas estas circunstancias el abogado de defensor de Magnus Gäfgen al comenzar el juicio en su contra le solicitó al tribunal la clausura del proceso o que las declaraciones surtidas por el acusa no tuvieran efecto ya que habrían sido realizadas bajo la amenaza de tortura y sin asistencia legal, más aún que se aplicará a las demás pruebas derivadas de su confesión se aplicara la doctrina del fruto del árbol envenenado; petición a la que el tribunal no accedió.

Presentado el recurso de alzada en contra de tal decisión la corte constitucional alemana determinaría que la sola exclusión de su confesión la madrugada de su arresto era garantía suficiente para preservar sus derechos; no satisfecha la defensa el caso llegó hasta Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), En esta sede la defensa de Magnus Gäfgen argumentó que el Estado alemán había vulnerados los derechos consagrados en artículo 3 de la CEDH, y como consecuencia de esto se violó el derecho consagrado en el artículo 6 mismo estatuto a un juicio justo; por su parte el Estado alemán alegó que el condenado habría perdido su estatus de víctima de violación a estas garantías pues durante el juicio se excluyó la confesión que realiza bajo la amenaza de tortura.

Para el TEDH existió una clara vulneración al artículo 3 del CEDH en el caso de artículo Magnus Gäfgen Vs Alemania, pero que dicha violación no implica l violación al derecho a un juicio justo, pues si bien esa corporación reconocía dicho derecho no establece una regulación respecto de la admisibilidad de las pruebas o no dentro del juicio, tarea que se encuentra en cabeza de cada Estado parte; por lo anterior no le correspondía al tribunal decidir sobre la admisión o no de pruebas en juicio.

Para el tribunal era evidente la violación al artículo 3 del CEDH, pero entraría en una encrucijada al tratar de establecer si dicha violación tendría la entidad suficiente para determinar si el juicio fue justo o no, de allí que se entrará a determinar lo siguiente:

El Tribunal está al tanto de los diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado, la exclusión de la evidencia —frecuentemente fiable— obstaculizará la persecución efectiva del delito. No cabe duda de que las víctimas y sus familias, tanto como el público, tienen un interés en la persecución y castigo de los delincuentes, y en este caso ese interés era de alta importancia. Más aún, este caso es particular en tanto la evidencia derivó de un método ilegal de interrogatorio que no estaba dirigido a la continuación de la investigación penal, sino que fue aplicado con propósitos preventivos, a saber: para salvar la vida de un niño, para salvaguardar otro derecho fundamental garantizado por la Convención en su artículo 2. Por otro lado, el imputado en un proceso penal tiene derecho a un juicio justo, que puede ser puesto en crisis cuando un tribunal local usa evidencia obtenida como resultado de una violación de la prohibición de trato inhumano bajo el artículo 3, uno de los derechos fundamentales y absolutos de la Convención. En efecto, existe también un interés vital por preservar la integridad del proceso judicial y, así, los valores de una sociedad civilizada fundada en el principio de legalidad. (Juárez. 2012. pág. 291)

Para el tribunal resultó obvio que la prohibición consagrada en el artículo 3 del CEDH tiene un carácter absoluto; el derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6 de la misma legislación no lo tiene, es decir no posee un carácter absoluto y para que este sea considerado un juicio injusto la violación al artículo 3 debe tener tanto peso que fuera el que necesariamente llevará al acusado a una condena en su contra.

Para el caso puntual, si bien se excluyó la confesión realizada sin asistencia legal y bajo la amenaza de sufrir torturas por parte de los agentes estatales, esta no era la prueba reina o de más peso para condenar al señor Gäfgen, pues se contaba con su confesión realizada con asistencia legal y toda la demás evidencia que lo inculpaba; conclusión de todo esto para el tribunal hubo una ruptura en la cadena causal entre los elementos obtenidos mediante los métodos prohibidos de investigación con la condena del imputado, lo cual lleva a que la exclusión de las pruebas derivadas no sea una obligación.

Esta sentencia del caso Gäfgen Vs Alemania reviste especial importancia ya que abre la puerta o el espectro para la ponderación de los intereses involucrados dentro del proceso penal, al respecto:

A la luz del conflicto de valores que se suscita indefectiblemente entre el interés público que por un lado busca perseguir y sancionar las conductas delictivas y por el otro procura proveer al imputado de una serie de salvaguardas que, en definitiva, hacen a la legitimidad de todo juicio o proceso penal. (Juárez. 2012. p.287)

Todo esto con el fin de determinar si la admisión de estos tipos de pruebas recaudados con alguna violación a garantías o derechos constitucionales tornan de injusto el proceso penal en su contra-, es así como a través de esta sentencia se le otorga no solo a Alemania sino a los estados parte del Unión Europea la autonomía suficiente para determinar en su legislación interna en qué

casos o no se excluyen ciertos tipos de pruebas, de allí que con esta sentencia hito se le confirieron los Estados parte la posibilidad de ponderar a través de los criterios de la proporcionalidad limitantes a los derechos de sus ciudadanos, en contraste con la seriedad o nivel de reproche que requiere el interés público de sancionar al supuesto delincuente.

A propósito del tratamiento de la prueba ilegal dentro del sistema jurídico alemán, la Corte Constitucional Colombiana precisa lo siguiente:

En tercer lugar, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes. (SU-159. 2002)

Nos encontramos así con un nuevo panorama sobre el tratamiento de la prueba ilegal o ilícita dentro de los diferentes sistemas jurídicos del mundo, sin lugar a dudas el caso de Alemania en lo referente al TEDH marca referente y abre un mundo de posibilidades jurídicas no solo a los Estados partes sino también a todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

1.3.6. Inglaterra

El sistema jurídico inglés hace parte de los denominados sistemas jurídicos anglosajones, esto tiene su principal característica en la primacía del precedente, es decir, las decisiones emitidas por las autoridades judiciales sobre la ley.

Inglaterra se encuentra regido por las leyes expedidas por el parlamento británico, pero igualmente por las normas del gobierno del reino unido; si bien ni Inglaterra ni el Reino Unido como supra Estado poseen un catálogo de derechos reunidos en un solo estatuto al cual se les pueda denominar constitución, si cuentan con una serie de leyes, sentencias judiciales, tratados, prerrogativas reales y convenciones constitucionales parlamentarias.

Si bien para el territorio inglés ha sido controversial entre juristas y estudiosos del derecho la aplicación de las reglas de exclusión en lo referente a la prueba ilícita, debemos entender que no existe consenso entre los estudiosos del derecho pero para las altas Cortes es más que claro la aplicación de la exclusión para todas aquellas pruebas que se obtengan con violación a garantías o derechos fundamentales, pues allí como en Estados Unidos prima la tesis del efecto disuasor sobre los agentes estatales de cometer violaciones a los derechos de los ciudadanos es aras de procurar la obtención de elementos de prueba para utilizarlos en juicio, así las cosas podemos sostener lo siguiente:

Se puede afirmar en relación con el mecanismo de supresión probatoria para atacar las irregularidades que frente a este tema se presente, en el sistema anglosajón se aplica la regla de exclusión sustentada en prohibiciones y en privilegios, a la luz de su instrumentación en casos similares, por virtud del precedente que se hace

extensivo a aquellos debates en cuyo escenario acontezcan potenciales violaciones a las prohibiciones que dentro de ese contexto procesal se hayan establecido. (Peláez. 2016. p.147).

1.3.7. Irlanda

El territorio irlandés es una república con un sistema de gobierno parlamentario, cuenta con una constitución que garantiza la democracia representativa y algunos derechos fundamentales; al ser Irlanda miembro del Reino Unido, cuenta con un amplio catálogo de derechos y garantías consagrados en diferentes instrumentos tanto nacionales como internacionales.

En lo referente a su legislación procesal penal nos encontramos con un catálogo de garantías que protegen al acusado, tales como el derecho a la defensa, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio público.

En materia de medios de prueba, pruebas ilícitas y reglas de exclusión nos encontramos con una teoría particular e interesante que se lleva a la práctica por los operadores judiciales y que tiene su sustento en la norma; en efecto para la legislación irlandesa la evidencia obtenida con violación de los derechos constitucionales, por aplicación de una regla de carácter obligatoria debe ser excluida de todo proceso judicial, sin embargo distinto tratamiento tendrá la prueba obtenida con violación de otros derechos consagrados por todo el ordenamiento jurídico, estas pruebas obtenidas con violación de otros derechos están sometidas a la discrecionalidad del juez de cada caso, será éste quien decida si debe ser admitida o excluida en cada caso concreto; de este modo nos encontramos con un panorama de aplicación distinto al de los sistemas jurídicos tradicionales.

1.4.Tratamiento de la prueba ilícita e ilegal en el continente americano

1.4.1. Estados Unidos

Para abordar el sistema jurídico norteamericano debemos precisar que este hace parte de las corrientes del derecho anglosajón más conocido como el Common law; estos sistemas se caracterizan por la preponderancia de la jurisprudencia emitida por jueces, tribunales y Cortes, ya sean supremos o constitucionales sobre las leyes, es decir, el sistema jurídico es basado en los precedentes y líneas jurisprudenciales sentadas por los operadores de justicia primando sobre la ley positiva., así, el sistema jurídico del país avanza conforme a las decisiones adoptadas en casos particulares y que le son aplicables a casos análogos.

De este modo encontramos una constitución nacional que data de 1787, esta nace en el seno de un país con un sistema político federado, mismo que se mantiene hasta la actualidad, en virtud de esta forma de gobierno encontramos que gracias al consenso que se llevó a cabo en 1971 para incluir dentro de la carta política 10 enmiendas que recogieran una carta de derechos tales como el derecho a un juicio con jurados, el porte de armas de fuego y la prohibición de los castigos crueles e inusuales, esto, junto con la inclusión de nuevas enmiendas dentro de la constitución estadounidense formarán el catálogo de derechos y garantías fundamentales que irradian todo el

ordenamiento jurídico en la actualidad, crearon reglas de juego claras y limitantes al poder del Estado y sus funcionarios.

Fruto de estas garantías y derechos surgiría para el año 1914, con el caso de *Weeks vs. United States*, la primera mención a la llamada “exclusionary rule” o regla de exclusión, es decir, se consagra la exclusión como sanción para todas aquellas pruebas que sean obtenidas con violación a garantías o derechos fundamentales, lastimosamente para esta época dicha regla sólo aplicaría para las actuaciones federales más no para las estatales; este panorama cambiaría con el caso *Rochin vs California* en 1952 en donde se adoptaría el carácter de general de la regla de exclusión, haciéndola extensiva a todo el territorio Estadounidense.

En la actualidad encontramos el sustento jurídico de la exclusionary rule en la cuarta, quinta, sexta y decimocuarta enmienda de la constitución americana, allí se recogen los derechos y garantías como la protección de los ciudadanos frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias, el debido proceso, el derecho a la defensa, publicidad del juicio y la cláusula sobre protección igualitaria, en ese orden.

Junto con el desarrollo de la regla de exclusión en el sistema jurídico norteamericano, nacen teorías que se derivan directamente de dicho planteamiento, debido a esta, surge la teoría jurisprudencial del “fruit of the poisonous tree” o la teoría del fruto del árbol envenenado la cual hace referencia a que toda prueba que se derive de aquella que fue obtenida con violación a garantías o derechos fundamentales debe correr la misma suerte de la primera, es decir, la exclusión; gracias a esta nueva teórica recogida por la jurisprudencia norteamericana como consecuencia evidente surgen la excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado; así la Corte Suprema ha desarrollado cuatro excepciones en donde dichas pruebas no necesariamente deben ser excluidas del proceso penal, pues cuentan con características que rompen o mitigan el nexo que poseen con la prueba ilícitas; estas excepciones son: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el hallazgo inevitable y la buena fe del operador judicial.

La regla de exclusión norteamericana nace con un fin y es el de la disuasión y la protección de las garantías de los ciudadanos, la disuasión entendida como la persuasión que se pretende hacer a los agentes estatales de que se abstengan de obtener o adquirir pruebas mediante la violación de derechos o garantías fundamentales en el desarrollo de su función investigativa, de este modo nace como una sanción que busca evitar dichas transgresiones y excesos por parte de los operadores estatales con el fin de conservar la legitimación estatal, en relación con lo anterior la Corte Constitucional Colombiana sostiene:

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. Por eso, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba inconstitucional, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la

misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es inconstitucional. (SU-159. 2002).

Ya para el año 2006, la Corte Suprema de los estados unidos da un giro de 180 grados en lo referente a la línea jurisprudencial que se venía sosteniendo desde 1914, en el caso Hudson vs Michigan, cuyos hechos se basan en la incautación de estupefacientes y un arma de fuego, fruto de un allanamiento realizado en la residencia del señor Hudson, en donde si bien los agentes estatales contaban con la debida orden, omitieron una garantía consagrada en la cuarta enmienda conocida como el “knock and announce rule” o tocar y anunciar, dicha regla consiste en que la policía al momento de realizar un allanamiento debe llamar a la puerta de la residencia a la cual pretende ingresar con la orden y anunciar su presencia, derecho que se le desconoció al señor Hudson en dicha diligencia.

De este modo dentro del proceso el tribunal dictaminó que, si bien se desconoció el derecho del señor Hudson de knock and announce, consagrado en la cuarta enmienda, dicho desconocimiento no alcanza la entidad para aplicar la regla de exclusión; misma postura que sería reafirmada por la Corte Suprema al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

De este modo la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostiene:

We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago.

No se puede asumir que la exclusión en este contexto-actualidad sea necesaria para simplemente comportar efectos disuasorios porque encontrásemos que hace mucho tiempo fuera precisa la disuasión. Esto sería como forzar hoy día al público a pagar por los pecados y las inadecuaciones del sistema legal que existía hace casi medio siglo. (Alcaide, G. 2006. imb).

En conclusión, nos encontramos con un nuevo panorama en lo referente al tratamiento de la prueba ilícita dentro del ordenamiento jurídico norteamericano, pues como se puede apreciar en la sentencia Hudson Vs Michigan la Corte se plantea una nueva excepción a la incorporación y práctica de las pruebas ilícitas dentro del proceso penal flexibilizando de este modo la aplicación estricta de la regla de exclusión.

1.5.Latinoamérica

1.5.1. Perú

En el sistema penal peruano encontramos regulada la prueba ilícita en el artículo 7 de su estatuto de procedimiento penal; este artículo consagra en sí mismo unas reglas de exclusión que

han sido tratadas y aplicadas vía jurisprudencial a lo largo de los años, mismo pronunciamientos que daría como resultado la articulación del código de procedimiento penal en el año 2004, de este modo tenemos que la legitimidad de las pruebas obtenidas dentro del proceso penal serán sometidas a las siguientes reglas:

Legitimidad de la prueba. 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. (Art 7. 2004).

No obstante esto no significa que haya una claridad o una definición inequívoca del concepto de prueba ilícita, razón por la cual se han venido presentando una serie de inconvenientes prácticos a la hora de aplicar dichas reglas de exclusión en cada caso concreto; frente a este problema el Tribunal Constitucional peruano intentaría darle un fundamento constitucional a la regla de exclusión, para que con esto tengan un peso más importante dentro de la aplicación judicial; sin tener éxito alguno, ya que los jueces y fiscales han rechazado la propia regla de exclusión como remedio procesal, utilizando en el campo del litigio las excepciones a dicha a la exclusión como regla general, situación que traería consigo inseguridad jurídica en el ordenamiento, toda vez que no se tienen claros los parámetros o circunstancias en los que los operadores jurídicos recurrirán a la admisión de determinados medios de prueba o su exclusión.

Tal como afirma el Tribunal Constitucional, en la dogmática y en la jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. La misma situación se expresa en la terminología utilizada para su denominación. No obstante, a efectos del presente análisis, se puede precisar que la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable. (Casación 591-2015. Huánuco).

Para el ordenamiento jurídico peruano no basta la simple violación de un derecho fundamental, sino que más que considerar una prueba como ilegal, se requiere que dicha violación del derecho fundamental se inscriba en su contenido esencial, por lo tanto, el problema de la surge el análisis. en cada caso particular porque allí el operador legal tiene la obligación de determinar cuál es el contenido esencial del derecho que habría sido violado durante la recolección de la prueba o la adquisición de la prueba.

En nuestro país no podemos tratar a la prueba prohibida o ilícita bajo los conceptos y/o definiciones que se proclaman en otras naciones y ordenamientos. Este es el principal error que debemos evitar a efectos de poder superar todos los problemas que en los juzgados y tribunales nacionales se presentan cuando se someten ante estos las pretensiones de exclusión de pruebas. (Pariona. 2018. imb).

La doctrina extranjera que se aplica al proceso penal peruano es la denominada efectividad refleja (teoría del fruto del árbol envenenado), que se encuentra en el estado de la técnica. VIII.2 del título provisional del CPP, cuando dice: "la prueba obtenida, directa o indirectamente, en violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Es el término "indirectamente" inscrito en el derecho penal peruano que es el medio por el cual podemos identificar esta teoría; por lo tanto, las pruebas que resultan ser el resultado de datos o información que estas pruebas ilegales pueden proporcionar también experimentarán el mismo efecto, es decir, ineficacia debido a la eficiencia refleja. Por lo que, la institución denominada *the fruit of the poisonous tree doctrine* sí es compatible con el ordenamiento jurídico peruano.

Otro problema que ha generado inseguridad jurídica es el uso indiscriminado e imprudente de excepciones a la regla de exclusión, resultado de decisiones jurisprudenciales de sus juzgados y tribunales, en el Perú se aceptan y aplican cuatro excepciones, las cuales son las siguientes: 1. No se vulnere el contenido esencial del supuesto derecho fundamental sustantivo; 2. Cuando favorezca al imputado; 3. Cuando exista una realidad evidente o notoria de los hechos que pretende demostrar (por primacía del derecho a la verdad de la víctima o del lesionado, y del ius puniendi del Estado, la protección de amenazas a su seguridad) ; 4. Cuando se refiera a derechos fundamentales de carácter procesal, que deban ser tratados conforme a las reglas de nulidad.

La base constitucional para la exclusión (correcta, ineficacia) de la prueba ilegal pasa a ser la materialización de la ley, la garantía y el principio constitucional de la presunción de inocencia, amparado por el art. 2, inc. 24, letra e) de la Constitución peruana, que establece que: "Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a derecho".

De manera que la búsqueda de la verdad no puede ser un fin absoluto, sin ninguna consecuencia, esta debe estar regida por una serie de reglas que atenúen el menoscabo de los derechos fundamentales de las personas acusadas dentro de un proceso penal, porque, sino de otro modo los destinatarios de las leyes se verían en una posición de total desventaja frente al Estado y éste perdería legitimación, sin perjuicio de las obligaciones de cada Estado de ejercer el Ius Puniendi.

Todo Estado tiene la obligación de investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, y, en consecuencia, a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que materialmente pueda establecer sobre los hechos y las circunstancias de tales violaciones (Ramírez, Carlos. 2018. p 188-189).

1.5.2 Argentina

Para comenzar es importante conocer un poco de la historia constitucional y legal de este país, por esto empezamos en 1853, año en el cual nace la primera constitución totalmente neoliberal, misma que traería incorporados los principios rectores de la revolución francesa, en busca de:

La separación de los poderes del Estado, la necesidad de su sustento en el consenso de la mayoría, el contralor y límite al ejercicio de sus facultades y el reconocimiento de esenciales derechos individuales aparecen delineando un modelo que quiere distanciarse nítidamente del modelo autoritario, que se caracteriza por procedimientos penales que evidencian total menosprecio por la dignidad del hombre que es sujeto de la persecución (Lockhart. 2014. pág. 1).

Como consecuencia directa de la consagración de estos principios en la constitución argentina, los legisladores sancionaron en 1888 un código de procedimiento penal plenamente inquisitorio, que posteriormente fue adoptado por todas las provincias Argentinas, esto llevó a que las garantías de las personas quedaran relegadas en un según plano viéndose cubiertas por el sistema penal inquisitorio recién adoptado, este permitiría un juicio y una actividad probatoria sin ningún límite por parte del Estado.

En el año 1992 el país tuvo una reforma en su estructura legislativa que dio origen a los preceptos y principios que se manejan en la actualidad, uno de estos cambios sería la implementación de un sistema penal acusatorio, este reforzaría las garantías constitucionales y legales de los ciudadanos imponiendo de esta manera el límite necesario al poder estatal y a la libertad probatoria del antiguo régimen inquisitorial, del mismo modo allí se recogerían y comenzarían a dar uso y aplicación a las reglas de exclusión y doctrinas derivadas de esta como *“el fruto del árbol envenenado”*.

Ahora bien, es posible afirmar que toda vez que una prueba es obtenida violando, superando o transgrediendo los límites éticos y legales plasmados y aplicados dentro del proceso penal y que los mismos guardan relación directa con la dignidad humana, esta prueba resulta procesalmente inadmisibile y, por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento dentro del juicio. Pero a pesar de esto, suelen haber casos en los cuales estas reglas no están del todo claras, generando así una división en la jurisprudencia y la doctrina argentinas, debido a lo cual nace el debate sobre las pruebas ilícitas por derivación.

Un acto regular por el cual se incorpora un elemento de prueba decisivo, desfavorable para el titular de la garantía, y otro anterior, irregular, que afecta la garantía y torna posible, por su resultado (el conocimiento mediante él) la práctica del siguiente. Allí reside la cuestión, en la pregunta acerca de si el acto regular, como fuente en uno anterior viciado, puede ser valorado en perjuicio del imputado. (Maier. Julio B. J. 2001. pág.255).

Es decir, de esta cuestión participan una prueba adquirida de modo regular y con todas las garantías de la ley, pero a la que se accede a merced de conocimientos aprehendidos en forma

ilegal por lo tanto esta dualidad es donde el fin que el medio de conocimiento persigue, resulta importante ya que si este se usará para llevar al procesado a una condena sería totalmente inadmisibles, pero en el caso contrario, es decir, si esta prueba reporta un beneficio para el acusado, resulta totalmente razonable que pueda hacer uso de ella; es allí donde la doctrina y la jurisprudencia argentina a flaquean.

De estas discrepancias nacen 3 tesis de cómo se debe aplicar la “*doctrina del fruto del árbol envenenado*”. La restringida la cual hace alusión que el juez debe valorar todo aquello que sea útil para encontrar la verdad, resultando de esta manera irrelevante en cómo se obtuvieron dichos elementos, y es por esto que dicha tesis no le interesa los efectos reflejos de las pruebas ilícitas las cuales podrían llevar a nulidades e incluso producir el efecto contrario de lo que quiere esta teoría, que es llegar a la verdad material sobre los hechos.

“... La posición que rechaza el efecto extensivo se apoya en un argumento puramente político-criminal: la eficiencia de la persecución penal quedaría seriamente afectada si se excluyera prueba relevante ‘sólo’ porque dicha prueba se apoya en información irregularmente adquirida; a ello se agregaría una (alegada) dificultad de verificar el vínculo de causalidad entre la prueba original y la derivada...” (Guariglia, F. 2005. Pág. 159).

La tesis ecléctica tiene una posición intermedia ya que considera necesario encontrar una solución que respete los valores garantizados por las prohibiciones probatorias pero que no limite excesivamente el derecho a la prueba; Esta solución se puede encontrar distinguiendo la base de las normas violadas, si el propósito de la prohibición es limitar su ineficacia, entonces la evidencia derivada indirectamente es válida.

“La posición intermedia está... representada -cuando no- por quienes afirman que la solución pasa por una ponderación en cada caso concreto, que contemple los intereses de la persecución penal, los intereses individuales protegidos y considere la gravedad y la relevancia constitucional de la injerencia estatal y el peso del hecho punible a esclarecer” (Marino, 1983, imb).

La tesis amplia se puede concluir en que permitir a la justicia que, con el pretexto de reprimir una infracción legal, es decir, el delito, se valga de una infracción constitucional, ya que la operatividad de las garantías constitucionales debe privar en todo caso el valor no solo de las pruebas que constituyen dicha violación sino también todas las que deriven de estas.

La prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aún obtenidas en forma ilícita tengan su origen en la primera. En otras palabras, que la ineficacia de la prueba ilegalmente adquirida debe alcanzar, también, a las otras pruebas que si bien son en sí mismas ilícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas indirectas pruebas ilícitas puedan ser admitidas o valoradas. (Estrampes, Manuel. 1999. Pag.107).

Es por este respeto a las garantías constitucionales que el propio Estado debe limitarse a la búsqueda de la verdad, estableciendo las reglas del juego que respeten las garantías y derechos más básicos del ser humano. De ahí la importancia de la prueba en materia penal, ya que su recaudación en debida forma, su valoración de acuerdo con la forma en que la normativa la impone y, en definitiva, su sometimiento permanente a las garantías constitucionales, es la única vía posible destrucción por parte del Estado de la presunción de inocencia que debe ser reconocida por cada imputado o imputado.

1.5.3. Chile

Al igual que toda Latinoamérica Chile trajo a su ordenamiento jurídico las reglas de exclusión de la jurisprudencia norteamericana, como forma de aviso de lo que les sucederá a las pruebas si los agentes estatales realizan las investigaciones cometiendo delitos o desconociendo los derechos de las personas, ya que dentro del proceso penal no la búsqueda de la verdad material no puede ser concebida como como un elemento absoluto que puede ir por encima de cualquier otra premisa.

Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos (Vives, A. 2004. Pág. 947).

Es por ello que el artículo 276 del Código Procesal chileno incluye la sanción que debe dar el juez a este tipo de pruebas cuando sean recabadas en violación de las garantías del debido proceso y garantías fundamentales. “De igual forma, el juez excluirá las pruebas que provengan de acciones o procedimientos que hayan sido declarados nulos y los que se obtuvieron en el incumplimiento de las garantías fundamentales” al excluir la prueba del procedimiento, lo que se busca es proteger las garantías del imputado para reclamar su responsabilidad de cualquier forma y que en este sentido pueda tener la posibilidad de defenderse de igual manera contra la persona que l'acusado.

Un problema que sucede gracias a la forma en que esta tal norma en el ordenamiento chileno es que se mira es la admisibilidad de la prueba para el juicio oral y no se entra a valorar lo que la realmente se ha encontrado en la prueba, a pesar de esto el artículo 272 del mismo código dice que:

Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276. (Ley 19696. 2000. art 272).

Lo cual permite que ambas partes dentro del proceso puedan ellas mismas debatir sobre la prueba más allá de la irregularidad con la que fue recolectada sea lo más importante, y entrar a

debatir el fondo de la misma para poder realizar así juicios de proporcionalidad en donde se a pesar de que la prueba se recolectada con irregularidades esta pueda ayudar al procesado para encontrar así su absolución esta pueda ser incluida dentro del proceso y proteger el derecho a la defensa que tiene la persona.

Es por esto que la corte suprema en varios eventos ha tomado la línea de proteger los derechos fundamentales como es la intimidad que se tiene en los hogares, la vida privada y la inviolabilidad del hogar como ejemplo podemos remitirnos a la Sentencia ROL No 29.375-2014, dictada el 8 de enero de 2015 en la cual se hace una detallada mirada del procedimiento policivo a la hora de capturar a un ladrón que se ocultaba dentro de una vivienda. En ella la policía irrumpe diciendo que se encontraba en flagrancia por los hurtos anteriormente cometidos, por lo que irrumpen a la fuerza en la vivienda capturan a la persona y lo ponen a disposición del ministerio público, por lo que tuvieron que ponerlo en libertad ya que se perdió la flagrancia en el procedimiento y el allanamiento a la vivienda para su captura fue totalmente ilegal.

De esta manera se puede ver que no se puede buscar la responsabilidad penal de cualquier forma, tiene que existir normas y derechos que deben ser respetados, donde es obligación no solo de los jueces de garantías ni de conociendo que se hagan respetar, sino además de todos los agentes estatales conocer el ordenamiento y aplicarlo debidamente.

1.5.4. Colombia

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república con una constitución en donde su derecho más fundamental es la dignidad humana consagrada en el artículo 1 como uno de los principios rectores del Estado.

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const.1991. art 1).

Es por eso que todo el derecho penal en Colombia está basado en este mismo principio constitucional, en la ley 906 del 2004 nuestro actual código de procedimiento penal en su parte general trate un título preliminar que muchas veces queda en el olvido pero que es sumamente importante a la hora de examinar y estudiar las decisiones que se toman durante todo el proceso, en el podemos encontrar principios y garantías procesales tales como: artículo 1 Dignidad humana, artículo 7 Presunción de inocencia, artículo 8 Defensa, artículo 14 Intimidad, artículo 23 Cláusula de Exclusión. Estos últimos dos son importantes en lo que se refiere a la recolección y valoración de las pruebas que es lo que nos interesa de este trabajo.

Ya que las pruebas deben ser obtenidas, practicadas, evaluadas y aceptadas bajo los parámetros establecidos por la ley y la constitución de Colombia en el artículo 29 “la cual

dispone que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” que fue incluida en el artículo 23 del código de procedimiento penal como ya lo vimos.

Con la adopción del sistema acusatorio, el cual guía al proceso penal colombiano se dio un giro trascendental al procedimiento que se interrelaciona con el régimen probatorio; en este sentido se introducen temas especiales y de gran trascendencia como lo es la prueba ilegal, la prueba ilícita y la regla de exclusión. Temática que resulta de gran utilidad, dada la importancia del manejo de la prueba y su repercusión directa en el resultado del proceso. (González. 2009. Pág. 123).

De acuerdo con la doctrina nacional actual el principio de exclusión frente a las pruebas obtenidas con violación a las garantías fundamentales no es absoluto y consagra excepciones que pueden ser la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable. Esto hace plantearse las consecuencias que pueden llevar al utilizar las reglas de exclusión cuando la prueba que se excluye es la que lleva la guía del proceso, como esto puede afectar las teorías del caso de ambas partes procesales, fiscalía y defensa. Más cuando dicha prueba se recolectó vulnerando el derecho a la intimidad que es la base fundamental de la legalidad de prueba ya que cuando un juez aprueba el allanamiento o el registro lo que debe de hacer es ponderar dicho derecho fundamental con la seguridad pública y el ius puniendi del estado, aun así hay que tener en cuenta que este derecho no es absoluto ya que se le permite a la policía nacional irrumpir en una vivienda si oye ruidos de ayuda o auxilio; o si en una persecución el delincuente se esconde en un vivienda ajena con el permiso del dueño del inmueble.

Así entonces se encuentra que si la prueba ilícita es nula de pleno derecho, como consecuencia de un procedimiento irregular en su obtención, práctica o por vulneración a un derecho fundamental, esta deberá ser excluida del proceso más no cesar el proceso en sí, por lo tanto no se debe solicitar la nulidad de lo actuado o del procedimiento, simplemente se limita a la excusión del procedimiento contemplada en el artículo 29 constitucional “entendida como la inadmisibilidad en la etapa del juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contraria a las garantías constitucionales”. (González Navarro. 2011. pág. 1025).

Esto puede llevar a que el proceso de un giro de 180 grados en cuanto a lo que se refiere a la valoración probatoria que puede hacer el juez y el convencimiento que tenga frente a los hechos que se están tratando.

Podemos sostener válidamente que la apreciación y valoración de los medios probatorios constituye la fase culminante de la actividad probatoria. Es el momento también en que el Juez puede calificar con mayor certeza si tal o cual medio probatorio actuado tiene eficacia para convencerlo sobre los hechos alegados y si ha sido pertinente o no su actuación en el proceso. (Echandía. 2015. pág. 3).

Del mismo modo cuando se usa una excepción de las antes dichas puede cambiar todo el curso del proceso en busca de la verdad, obviamente estas se usan mayormente para favorecer al procesado teniendo mayor fortaleza en su teoría del caso para buscar su futura absolución.

El material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo (Echandía. 2015. pág. 4).

Es de esta manera que el acusado podría buscar su absolución si el con su propio consentimiento acepta una prueba ilegalmente recogida que obviamente con esa prueba podría llegar a su absolución fortaleciendo su presunción de inocencia.

Capítulo 2

Línea Jurisprudencial

2.1. Planteamiento del problema jurídico

A manera de aclaración pretendemos esgrimir de forma muy concisa el problema jurídico planteado en esta línea jurisprudencial a resolver dentro del segundo capítulo, que no es más que el concepto y la aplicación de las reglas de exclusión en materia procesal, esto con el fin de analizar si la concepción rígida de esta regla de exclusión atenta contra las herramientas de defensa que pueden proporcionar estas pruebas viciadas al procesado y si pone en riesgo la efectividad en la administración de justicia y su propósito de llegar a la verdad material.

2.2. Polos de respuesta

Dentro de la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia es su sala de casación penal, podemos encontrar gran desarrollo sobre la regla de exclusión contenida en el artículo 29 de la carta política, en esto fallos podemos encontrar los criterios de aplicación de la misma, sus efectos, la diferencia entre una prueba ilícita, ilegal e inconstitucional, la teoría del fruto del árbol envenenado al igual que sus excepciones.

Debemos advertir que el precedente en cuanto a admisión o no de la pruebas viciadas de nulidad sea por ilegalidad o ilícita sido consistente desde el año 2002, no se advierten grandes cambios en la jurisprudencia hasta el día de hoy, pero debemos considerar también propuestas en contravía de la exclusión estricta de la prueba viciada dentro del proceso como la planteada por el magistrado Nilson Pinilla Pinilla en la sentencia C-210 del año 2007, en donde no se debe satanizar el medio de prueba recaudado con alguna irregularidad ya que esta podría no tener la trascendencia suficiente como para hablar de violación a la garantía fundamental del debido proceso, que es lo que en última instancia busca proteger la regla de exclusión, como consecuencia de ello tenemos que dentro de la Corte constitucional y doctrinantes colombianos ha surgido dos tesis, así:

1. Tesis restrictiva: Considera la regla de exclusión de una forma total e inflexible, en aras de brindar una mayor protección de los sujetos procesales en sus garantías y derechos

fundamentales, primando el debido proceso sobre la efectiva administración de justicia, defiende el carácter de disuasión al agente estatal de obtener pruebas mediante la comisión de delitos o violación de derechos, negando criterios como los del vínculo atenuado, hallazgo inevitable y la fuente. Independiente.

2. Tesis amplia: permite la inclusión de pruebas viciadas por tener un carácter de ilícitas o ilegales dentro del proceso penal, cuando están no comporten una violación trascendental a las garantías constitucionales que le asisten a las partes, aboga por un equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales y la búsqueda de la verdad material dentro del proceso penal, con el fin de garantizar la eficacia en la administración de justicia y el respeto por los derechos fundamentales.

2.3. Metodología

Para desarrollar el breve problema jurídico que nos atañe hacemos uso de la recolección de datos, acercándonos a las fuentes directas de la creación jurisprudencial colombiana, es decir, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, desde allí se hará un recorrido desde el concepto mismo de la regla de exclusión hasta su aplicación.

2.4. Punto arquimédico

Tomamos como punto de partida la sentencia Su 159 del 2002 cuyo magistrado ponente es Manuel José Cepeda Espinosa, ya que de allí surge el criterio jurisprudencial más o menos uniforme que tenemos al año 2020, esta surge como punto de partida al unificar el precedente en lo referente a la regla de exclusión en material procesal.

Allí la Corte Constitucional decide una acción de tutela instaurada por el señor Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por la supuesta aduccion, decreto y practica de pruebas dereivadas de una interceptacion de comunicaciones ilegal.

2002	2005	2007	2015	2017	2018	2019	2020
SU 159	C 591	C 210 Auto 26310 CJS Auto 227 del 2007 Corte constitucional	AP 43291	SU 414 Corte Constitucional	AP 948	AP 2853	SP 954

2.5. Ingeniería de reversa

Al partir de la sentencia su 159 del año 2002 dos, se realizó una búsqueda de la demás jurisprudencia de las altas cortes que sirvieran de sustento a las aclaraciones que se venían sosteniendo respecto de las reglas de exclusión en la normatividad colombiana, fruto de la búsqueda de material que aportara a los fines que se desarrollan en este trabajo encontramos como precedentes relevantes las sentencias C-591 del 2005, la C-210 del 2007, auto 26310 de 2007 de la Corte Suprema de Justicia y la AP948 del 2018 de la misma corporación.

Se excluyo la sentencia 36562 del año 2012 por no aportar material.

2.5.1. SU 159 de 2002

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 al considerar el actor que la CSJ incurrió en una vía de hecho por defecto factico al dictarse resolución de acusación y sentencia penal con base en unainterceptación de comunicaciones realizada de forma ilegal por un tercero desconocido que llegaría a manos de un medio de comunicación Colombiano, el cual lo haría público en su edición impresa, dichas conversaciones tuvieron lugar entre el para ese entonces Ministro de minas y energía y el Ministro de comunicaciones.

Como consecuencia de esto, el solicitante considero que se configuraba una vía de hecho, pues en su entender la decisión de carácter condenatorio de la Corte Suprema de Justicia estaba basada en la grabación llevada a cabo entre los ministros de forma ilegal y que fruto de esta grabación se derivaron otras pruebas como testimonios y declaraciones, que tendrían un vínculo directo con la prueba ilícita.

Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, del mismo modo se citan las sentencias T-008 de 1998, C-179/94, T-066/98.

2.5.2. SENTENCIA C-591 de 2005

Versa sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 (parciales) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906 de 2004, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, interpuesta por la ciudadana Stella Blanca Ortega Rodríguez, cuyo magistrado ponente es Clara Inés Vargas Hernández: allí se citan las sentencias C-128 de 2002, C-320/97, C- 329 de 2003, SU-159 de 2002, C- 150 de 1993, C-491 de 1995, C- 217 de 1996, C- 03 de 1997, C- 372 de 1997; T- 008 de 1998, C- 1195 de 2001.

2.5.3 SENTENCIA C-210 del 2007

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 92 (parcial), 97, 118, 119 (parcial), 232 (parcial) y 327 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, interpuesta por el ciudadano Guillermo Otálora Lozano, cuyo magistrado ponente es Marco Gerardo Monroy Cabra y se citan las sentencias C-591 de 2005, C-980 de 2005, T-1110 de 2005 y C-1260 de 2005, C-591 de 2005.

2.5.4. AUTO 227 del 2007 Corte Constitucional

En esta providencia se resuelve la acción de tutela interpuesta por el apoderado de Miguel Ángel Pérez, con la cual se buscaba la declaración de nulidad de la Sentencia T-233 de 2007, dictada por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional.

La sentencia tutelada, es decir la T-233 del 2007 confirmó la decisión de la corporación en la cual se declaró responsable al señor Miguel Ángel Pérez Suárez por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de particulares.

Los argumentos expuestos para solicitar tal declaratoria se sintetizan en la supuesta variación que realizó la sala respecto de la jurisprudencia existente sobre la obligación de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, la falta de argumentación suficiente de la decisión por parte de la corporación y la toma de la decisión, es decir de dejar en pie la sentencia condenatoria sin la intervención de uno de los magistrados que la componen.

El magistrado ponente de esta sentencia es Marco Gerardo Monroy Cabra, adicional a esto se citan las sentencias C-372 de 1997, SU-159 de 2002, T-233 de 2007, C-591 de 2005, C-210 de 2007, C-150 de 1993, C-491 de 1995, C-217 de 1996, T-008 de 1998, C-093 de 1998, T-212 de 2006.

2.5.5. AUTO 26310 de 2007 Corte Suprema de Justicia

Resuelve el recurso extraordinario interpuesto en el proceso número 26310, en donde la defensa hace uso del recurso de casación con base en un fallo condenatorio proferido por el juez de conocimiento y confirmado posteriormente por el tribunal de dicho circuito judicial; los hechos delictivos versan sobre la posesión de un arma de fuego por el ciudadano Armando Meléndez Arroyo, el cual sería condenado por el delito de porte ilegal de arma de fuego, cuyo elemento, es decir, el arma de fuego fue incautado tras una situación de supuesta flagrancia en el cual se encontraría el arma de fuego sobre el antejardín de una vivienda, posteriormente se le endilgaría al ciudadano la tenencia de la misma por parte de los agentes de policía que atendieron el incidente.

Tras realizar los respectivos protocolos, recolectar, embalar y someter a cadena de custodia los elementos, se realizaría la audiencia de legalización de captura en donde la fiscal haría mención del arma de fuego como elemento material probatorio para soportar la posterior imputación de cargos, del mismo modo aportaría testimonios y el informe técnico que estimo la idoneidad del arma de fuego; en el debate que se lleva a cabo en esta audiencia el juez de control de garantías declarararía ilegal la captura del aprehendido toda vez que no se configuraría la situación de flagrancia como lo requieren los mandatos constitucionales y como consecuencia de esto decretaría también la nulidad de todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que se desprendieron de esta captura, es decir el arma de fuego recolectada por los agentes policiales.

Magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez; se citan en la providencia las sentencias C-1092/03, C-591 de 2005.

2.5.6. AP 43291 de 2015 Corte Suprema de Justicia

Este auto resuelve la admisión del recurso de casación instaurado por Juan De La Cruz Melo Ibáñez contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, del 15 de noviembre de 2013 el cual lo encontró penal mente responsable de los delitos de peculado por apropiación,

en concurso homogéneo y heterogéneo con el de falsedad material en documento público, agravado, también en concurso homogéneo. El accionante del recurso de casación asegura que las pruebas con las que se llegó a su condena eran ilegales, ya que la fiscalía al realizar la recolección de las pruebas no informó a la defensa los hallazgos que encontró usando solo los elementos que podrían favorecer la teoría del caso de la fiscalía y eliminando los hallazgos que podrían haber ayudado a la defensa violentando de esta forma el derecho a la defensa, el debido proceso y la buena fe dentro del proceso.

El magistrado ponente de esta providencia es Eyder Patiño Cabrera, y allí se cita la sentencia SU 159 de 2001, sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No. 21.529, sentencia de casación del 2 de marzo de 2005, radicado No 18103.

2.5.7. Sentencia SU-414 del 2017

Resuelve la acción de tutela interpuesta por el señor Miguel Ángel Durán Gelvis, contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por la condena interpuesta en su contra por el delito de falsedad ideológica en documento público, hechos que serían conocidos por la Fiscalía General de la Nación tras el auto emitido por el Procurador General de la Nación en 2003, con el propósito de la apertura de una indagación preliminar pues supuesta filtración de datos al interior de la corporación; fruto de esto se obtuvo como hallazgo casual las conversaciones entre Adriana Maribeth Fedullo Rumbo con el abogado Luis Antonio Zorro Camargo, en el cual se concertaría la expedición del documento falso en favor del accionante.

El accionante alega que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró sus derechos fundamentales a la intimidad, a la libertad, a la igualdad, a la dignidad humana y al debido proceso; incurriendo así en defecto fáctico por indebida apreciación probatoria y desconociendo su propio precedente judicial, adicional a esto aleja que la Sala de Casación Penal de la CSJ omita valorar la legalidad de la prueba trasladada de la Procuraduría General de la Nación en donde se consagran las interceptaciones. (SU-414.2017).

Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos, allí se citan las sentencias C-594 de 2014, SU-159 de 2002, C-025 de 2009, T-233 de 2007, C-591 de 2005.

2.5.8. AP948 DEL 2018 Corte Suprema de Justicia

Este auto resuelve el recurso de apelación interpuesto ante el tribunal superior de distrito por el decreto de pruebas realizado en audiencia preparatoria por parte del mismo, en donde en proceso adelantado en contra del fiscal seccional de Soledad, el señor Molano Rojas, quien presuntamente en ejercicio de sus funciones públicas habría cometido los delitos de prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público, revelación de secreto y violación ilícita de comunicación, al emitir una orden de interceptación de comunicaciones al para ese entonces director de la DIAN con fundamento en una noticia criminal falsa, y que posteriormente se filtrarían parte de estas interceptaciones en un noticiero local.

Tras la apertura de la investigación en su contra y la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física por parte de la Fiscalía General de la Nación, se comenzaría el proceso penal en su contra en donde se presentarían múltiples problemas y discusiones jurídicas entorno al descubrimiento probatorio realizado por ambas partes del proceso, el cual culminaría en un auto emitido por el juez de conocimiento en donde se excluirían y rechazarían varias de ellas por carecer de los supuestos jurídicos necesarios para introducirse en el juico.

Magistrado ponente Patricia Salazar Cuéllar, y allí se cita la sentencia C-336 de 2007.

2.5.9. AP 2853 del 2019 Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía como por la defensa de Silvia Esmeralda Angulo Ortiz que siendo fiscal 46 seccional de Cartagena, se asoció con particulares y otros servidores públicos para beneficiar a Benjamín Herrera Martínez quien había sido detenido por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, y que la procesada, es decir, la señora Silvia Esmeralda, beneficio durante el proceso en su contra, por lo anterior la Fiscalía le imputo cargos a la referida fiscal por los delitos de cohecho impropio, prevaricato por acción agravado y asociación de delitos contra la administración pública, durante el proceso se presentó como testigo de la Fiscalía el agente encubierto Richard Padilla Cantillo, testimonio por el cual la defensa solicitó al juez de conocimiento su exclusión probatoria toda vez que el testigo se auto incrimino en su declaración e incrimino a la acusada, razón por la cual y en virtud de la regulación que tiene el agente encubierto en Colombia, dicho testimonio debía ser declarado como ilegal, adicional a esto la defensa alega que en ningún momento conoció de dicho testimonio.

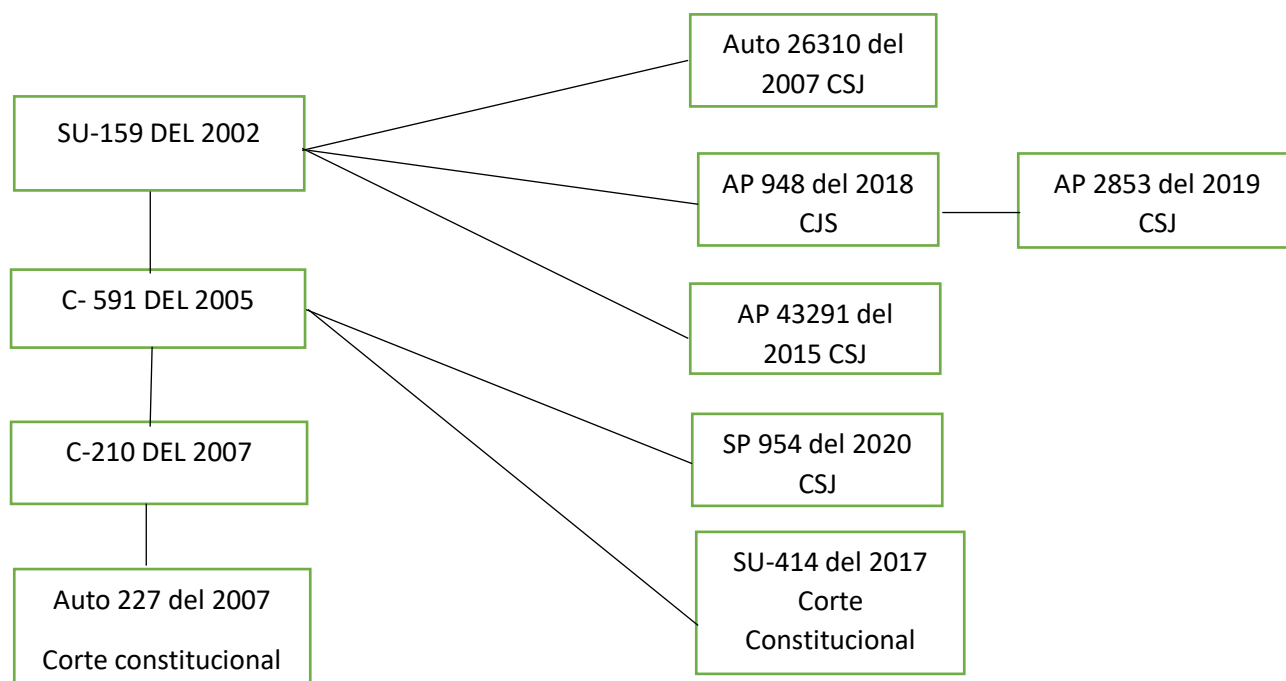
Magistrado ponente Eyder Patiño Cabrera, en el recurso de apelación se citan sentencias CSJ AP, 14 sept. 2009, rad. 31500, CSJ AP2257-2018, AP 948 de 2018.

2.5.10. SP 954 del 2020 Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la ex congresista Aida Merlano Rebolledo quien fue hallada penalmente responsable por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas de fuego; entre las circunstancias que llevaron a la solicitud del recurso de alzada, tenemos la realización de la diligencia de allanamiento y registro que se realizó a la sede del movimiento político “Casa Blanca”, en donde se incautaron varios elementos materiales probatorios y evidencia física que llevaron a la condena de la excongresista, se argumenta que dichos elementos fueron hallados por fuera de los alcances de la orden de allanamiento y registro, razón por la cual la mayoría de estos debían ser excluidos del proceso.

Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa y se citan las sentencias C-591 de 2005, y CSJ SP del 10 de marzo de 2010, Radicado 3362.

2.6. Nicho citacional



2.7. Análisis cuantitativo y cualitativo de las citas

Para la realización de esta línea jurisprudencial, se recolectaron diez sentencias, emitidas tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación penal; entre las cuales clasificamos tres como las más relevante, en razón al análisis jurídico y las aclaraciones elevadas por las corporaciones para adoptar dichas decisiones.

Tras realizar el análisis de las sentencias restantes encontramos que no aportan aspectos tangencialmente distintos a los expuestos en la sentencia Su-159 del 2002, C-591 del 2005 y la C-210 del 2007, toda vez que el análisis realizado en estas se limita a acogerse al precedente que se viene sosteniendo. Sin embargo, encontramos en ellas la aplicación de la regla de exclusión y sus excepciones a casos concretos en donde se discuten aspectos relevantes en cuanto a elementos de prueba, razón por la cual forman parte de la línea.

2.8. Regulación de la regla de exclusión en la jurisprudencia nacional

Para tratar de dar solución al problema jurídico planteado para la creación de esta línea jurisprudencial debemos comenzar por el análisis de la sentencia SU-159 de 2002, esta, marcaría de forma clara y detallada el tratamiento de la prueba ilegal e ilícita dentro de los procesos judiciales colombianos, esta sentencia marca un hito en la línea jurisprudencial, pues allí se explican y engloban los orígenes y aplicación de la regla de exclusión y sus excepciones, se convierte así en imprescindible su mención cuando hacemos referencia al tema de pruebas viciadas; allí se hace un breve estudio de derecho comparado y se unifica el criterio de tratamiento de la prueba ilícita e ilegal en el marco normativo colombiano.

En esta providencia la Corte Constitucional resalta que la sanción de nulidad consagrada en el artículo 29 de la carta política Colombiana solo afecta a la prueba abiertamente ilícita o ilegal, que solo en casos excepcionales tendría la entidad de viciar de nulo el procedimiento en su totalidad, es decir, solo en los casos en que no existan más pruebas que fundamenten la decisión de condena o la prueba viciada haya sido determinante para tal decisión, en estos eventos se declarara nulo el proceso adelantado en contra de esa persona, apartándose así de la teoría de la manzana podrida en cesto de frutas de origen estadounidense.

Del mismo modo allí la Corte ratifica la función de disuasión al agente estatal de violentar derechos y garantías fundamentales en el marco de las actividades propias de la fase de investigación de una conducta delictiva, que posee la regla de exclusión, función propia del sistema jurídico norteamericano, adicional a esto nos encontramos con lo siguiente:

La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas.(SU-159. 2002).

Como consecuencia de lo anterior tenemos que la regla de exclusión consagrada en el artículo 29 de la constitución nacional solo será aplicada en aquellos casos en los que la irregularidad posea tal entidad que ponga en peligro el derecho al debido proceso, la integridad de la administración de justicia o en el evento de que sirva de sustento para la toma de una decisión arbitraria, de este modo si se trata de una irregularidad mínima, desprovistas de la entidad suficiente para poner en peligro alguno de los aspectos anteriormente mencionados no será posible la aplicación de la nulidad de la prueba, ni mucho menos daría lugar a la nulidad de lo actuado; en vista de esta consideración hecha por la Corte Constitucional, la expresión “*de pleno de derecho*” contenida en la regla de exclusión del artículo 29 de la carta política deja de convertirse en la regla general, ya que antes de ser aplica deberá determinarse si existe o no una violación al debido proceso; a pesar de esta disposición la nulidad de la prueba ilícita, ilegal o inconstitucional no obra de pleno de derecho pues como lo veremos más adelante se debe solicitar al juez de conocimiento, es decir, es rogada y de igual forma se solicita la exclusión del medio de prueba, no su nulidad tema que abordaremos más adelante.

Resulta también relevante referirnos a la sentencia C-591 de 2005, toda vez que allí se plantea la inconstitucionalidad del artículo 455 de la ley 906 de 2004, es decir, el actual Código de procedimiento penal, en esta demanda se acusa a la norma de ser violatoria del artículo 29 de la constitución política colombiana toda vez que permite la admisión y practica de las llamadas pruebas derivadas solo en los casos del vínculo atenuado, es decir, cuando el nexo que une una prueba ilícita con otra se desdibuja de tal manera que la prueba viciada no transmite su ilegalidad o ilicitud; la fuente independiente, teoría que se aplica en los casos en los cuales si bien la prueba ilícita o ilegal guarda una relación directa con otra prueba, pero a su vez esta fue obtenida por un medio distinto al ilícito o ilegal, esta conservara su validez; por otra parte se consagra también la

teoría del hallazgo inevitable, para aplicar esta teoría se debe demostrar que si bien la prueba deriva de una obtenida de forma ilícita o ilegal, inevitablemente se llegaría a ella por un medio completamente lícito y por último el legislador deja abierta la posibilidad de nuevas excepciones al consagrar “*y los demás que establezca la ley*”.

En el entender del actor estas excepciones consagradas para la regla de exclusión dictada por la carta política, vulnera de forma directa el derecho al debido proceso, toda vez que toda prueba que posea un vínculo o se derive directamente de una prueba obtenida de forma ilegal o ilícita debe ser excluida del proceso penal en aras de garantizar los derechos de las partes.

Allí la Corte decanta y retoma la línea jurisprudencial adoptada desde la sentencia SU-159 del año 2002, en donde se sentó la postura de aceptación de la teoría del fruto del árbol envenenado o ponzoñoso, que no es más que la aplicación de la regla de exclusión a toda prueba que derive de una abiertamente ilegal o ilícita, pero esta doctrina acepta unos casos excepcionales en donde se admiten este tipo de pruebas, que como ya lo mencionábamos son la fuente independiente, el vínculo atenuado y hallazgo inevitable; del mismo modo en otros sistemas jurídicos como el norteamericano se acepta la buena fe del operador judicial también como una excepción a esta teoría; en este sentido la Corte Constitucional sostiene:

Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados. (SU-159. 2002)

En conclusión, la Corte Constitucional decreta la exequibilidad de la norma ya que tras realizar el análisis de inconstitucionalidad encontró que lo dispuesto por el artículo 455 de la ley 906 de 2004 no es violatoria del derecho al debido proceso, por lo tanto:

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. (C-591. 2005).

Haciendo la salvedad de que en los casos en donde las pruebas se han obtenidas mediante la comisión de crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada o ejecución extrajudicial el proceso carece completamente de validez y sin excepción alguna se debe decretar la nulidad de toda actuación adelantada y el juez de conocimiento quedará impedido para seguir conociendo del caso, pues se desprende que la violación a los derechos fundamentales es de tal magnitud, que el juez en su entendimiento y deducción jurídica queda afectado por el conocimiento de dichas pruebas, sostiene la Corte:

Al respecto 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 si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto. (C-591. 2005).

Con referencia directa a este tema de las pruebas derivadas la Corte Suprema de justicia ratificaría esta tesis propuesta en el 2005 y la aplicaría al caso concreto, es decir, en la sentencia SP 954 del 2020 en donde en virtud de la tesis del hallazgo inevitable convalidaría el decreto, practica y valoración de pruebas derivadas de un allanamiento y registro realizado en la sede de determinado partido político, en donde se encontraron elementos materiales probatorios y evidencia física en lugares que no se encontraban contemplados en dicha orden, cumpliendo la orden con todos los requisitos legales y formales tanto en su materialización como en su expedición, estos elementos servirían de soporte para una posterior condena; de este modo la corporación admite su uso dentro del proceso toda vez que tras un análisis detallado encuentra que si bien estos elementos fueron encontrados en la extralimitación de una orden legítima de autoridad competente estos se encontraban dentro de las excepciones a la regla de exclusión, más precisamente en la teoría del hallazgo inevitable, pues si bien estos elementos eran producto de una vulneración al derecho a la intimidad del procesado, era cuestión de tiempo para que los agentes policiales llegaran a ellos por medios lícitos, de este modo la Corte Suprema de Justicia hace uso de las excepciones planteadas a la tesis del fruto del árbol envenenado.

Adicionalmente allí mismo, es decir, en la sentencia SU 159 de 2005 se demanda la inconstitucionalidad de la expresión “*directa y exclusivamente*” contenida en el artículo 232 de la ley 600 de 2004, dicha expresión termina siendo declarada inexecutable toda vez que vulnera el mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la carta política en lo referente a los allanamientos y registros efectuados en los domicilios con el fin de recaudar elementos materiales probatorios y evidencia física, desde el artículo 232 se planteaba que solo sería excluidas aquellas pruebas que tuvieran relación directa y exclusiva con el allanamiento y registro que se encontraba viciado de ilicitud o ilegalidad; la Corte determino que en los eventos en que se realice un allanamiento y registro con base en una orden viciada, es decir, con violación al derecho a un debido proceso esta invalidez será transmitida a todos los elementos de prueba que de la diligencia se desprendan y no solo a los que guarde directa y exclusiva relación con la misma.

En términos muy semejantes la Sala plena de la Corte Constitucional en el año 2017 retomaría la tesis del hallazgo inevitable o como lo denomino en esa ocasión el “*hallazgo casual*”, al

resolver la acción de tutela interpuesta por el señor Miguel Ángel Durán Gelvis, contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la supuesta utilización de unas interceptaciones ilegales que revelarían las conversaciones sostenidas entre para ese entonces su abogado y una funcionaria de la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación con el objetivo de expedir una certificación falsa que beneficiaría al accionante; en este caso concreto la Corte hace un estudio detallado de las circunstancias en las cuales se produjo el hallazgo inevitable de dichas conversaciones entre los implicados, mismas que darían sustento a la condena impuesta por la Corte Suprema de Justicia; para la sala es claro que dichas interceptaciones se enmarcan dentro de la tesis del hallazgo inevitable pues si bien se venían realizando una serie de interceptaciones a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación con otros fines, se toparon de forma inevitable, casi que irresistible con estas conversaciones que se enmarcan dentro de unos hechos delictivos; nuevamente la Corte Constitucional ratifica su jurisprudencia y hace uso de las excepciones consagradas a la regla de exclusión.

Posteriormente tenemos la sentencia C-210 del año 2007, en donde nuevamente se demanda la inconstitucionalidad del artículo 232 de la ley 906 de 2004, pero esta vez en el apartado que permite la utilización de elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada en diligencias de allanamientos y registros que fueron excluidas por el juez de control de garantías por ser ilegales o ilícitas, para ser utilizadas en sede de impugnación o segunda instancia, la Corte sostiene lo siguiente:

De ahí que, es cierto que los elementos probatorios o evidencias físicas obtenidas ilícitamente no tienen vocación probatoria porque no pueden surtir efectos jurídicos, pues la violación de los derechos y garantías individuales no puede ser el fundamento de ninguna decisión judicial condenatoria. (C-210. 2007).

De este modo La Corte Constitucional llega a la conclusión que bajo ninguna circunstancia resulta viable o constitucional que se le permita al juzgador la utilización y valoración de elementos materiales probatorios y/o evidencia física que se encuentre viciada de nulidad en segunda instancia, toda vez que se configuraría una flagrante violación a derechos fundamentales como lo es el debido proceso, de esta manera si un juez de control de garantías declara la invalidez de la diligencia de allanamiento y registro, bien sea por falta de requisitos legales o por violación a los derechos fundamentales de los implicados, estos elementos carecerán de valor alguno dentro del proceso y no podrán generar consecuencias que sean validas dentro del proceso penal, pues de esta ilegalidad o ilicitud no se puede desprender efecto jurídico alguno.

La Corte suprema de justicia también aclararía, los alcances de la declaratoria de ilegalidad que puede hacer el juez con función de control de garantías, que no van más allá de un control preliminar y limitado a la necesidad y proporcionalidad con que se llevaron a cabo ciertos actos de investigación, sin poder entrar a determinar la ilicitud o ilegalidad de los elementos materiales probatorios o evidencia física que no se desprenden de dichos actos investigativos sometidos a su control, al respecto:

Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios

acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías. (sentencia 26310. 2007).

Fruto de lo anterior si el juez con función de control de garantías encuentra que los actos investigativos llevados a cabo por la Fiscalía menoscaban las garantías constitucionales de los implicados todo elemento material probatorio o evidencia física recaudados en la diligencia se reputan inexistentes y no podrán ser admitidos como prueba dentro del proceso penal ni mucho menos ser valorado por el juez de conocimiento, adicional a esto tampoco se podrá iniciar una investigación con base en ello.

Esta decisión adquiere relevancia en razón a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en lo referente al tema; allí se decanta el procedimiento que se debe llevar a cabo antes de que el juez de conocimiento pueda realizar la exclusión de un medio de prueba, en ese sentido, sostiene:

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e inhumanos, tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediará la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que esta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto directo de esa violación de los derechos. (AP948. 2018).

Como principal punto en los parámetros expuestos por la Corte sostiene la demostración de la vulneración o violación de los derechos fundamentales y/o garantías constitucionales del acusado como primer presupuesto para hablar de exclusión de la prueba puesta en duda; no solo se trata de que la irregularidad haya existido, sino también como lo ha venido sosteniendo la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, se trata de que dicha vulneración debe ser trascendental y afectar en gran medida el derecho al debido proceso de la parte, es decir, esta vulneración debe contar con la entidad necesaria para que el juez de conocimiento tome la decisión de excluirla y garantizar efectivamente los derechos de las partes; así las cosas tenemos:

A la luz de este marco jurídico, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de

2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales. (AP948. 2018).

En el mismo sentido sería recuperada y aplicada esta tesis en la sentencia AP2 853 del 2019, en donde la Corte Suprema de Justicia tras realizar un recorrido jurisprudencial en cuanto a la diferenciación de la prueba ilícita y la prueba ilegal concluye que la prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales, cuando se obtiene mediante constreñimiento, tortura, quebrantando los derechos a la no autoincriminación, entre otros; y que la prueba ilegal es aquella que se obtiene mediante la violación de las normas que el legislador ha propuesto para su recolección por lo que no siempre estas insuficiencias van a promover la exclusión de la misma en base de la irregularidad, ya que es el operador judicial quien tiene que hacer un juicio de ponderación, para definir si la prueba debe ser excluida o no del proceso.

De lo anterior se desprende que el juez de conocimiento bajo ninguna circunstancia puede hacer uso de la regla de exclusión para una determinada prueba sin que se haya cumplido con el debate en el momento procesal oportuno, ello con el fin de que las partes y más aun la que pretenda aducir esta prueba puedan exponer sus motivos frente a la exclusión o no de dicha prueba con el fin de salvaguardar los derechos de las partes dentro del proceso.

Como consecuencia de esto tenemos que la exclusión de los medios de prueba por parte del juez competente no opera de pleno derecho como lo señala el artículo 29 de la constitución política de Colombia, toda vez que la ley 600 de 2004 ha sido estructurada con base en un proceso de partes, en donde esta característica convierte la práctica probatoria en rogada, es decir, las partes dentro de las funciones atribuidas a ellas dentro del proceso tienen la obligación de solicitar al juez correspondiente la aducción de los medios de prueba que consideren necesarios, pertinentes y útiles dentro del proceso con el fin de reforzar sus teorías del caso, que para el caso de la defensa es potestativo.

Al convertirse la práctica probatoria en rogada, indiscutiblemente la exclusión, rechazo o inadmisión de pruebas también adquiere este carácter, razón por la cual la exclusión del medio probatorio no aplica de pleno derecho como lo señala el mandato constitucional, sino por el contrario se convierte en una práctica rogada ante el juez de conocimiento, en donde la parte debe solicitar la exclusión del medio de prueba soportando esta solicitud mediante el análisis jurídico anteriormente mencionado.

Es así como tenemos que contrario sensu a lo establecido en el artículo 29 de la constitución política las reglas de exclusión en materia penal no operan de pleno derecho, ni mucho menos la consecuencia jurídica de resultar probada la ilegalidad o ilicitud es la nulidad del medio de prueba o del proceso, sino su exclusión, todo esto sin perjuicio de los casos en que la prueba ha sido obtenida mediante la comisión de delitos de lesa humanidad, pues allí opera la nulidad de todo lo actuado sin importar la trascendencia de la vulneración y la pérdida de competencia del juez de conocimiento.

En términos muy semejantes la Corte Suprema de Justicia se pronunciaría en la providencia AP 43291 de 2015, en donde se hace un recorrido normativo y se refuerza la tesis anteriormente mencionada, es decir, la aplicación de la exclusión de la prueba ilícita o ilegal del proceso y no su nulidad de pleno derecho como se plantea en el artículo 29 de la constitución nacional, de este

modo la corporación sostiene que de las regla de exclusión nacen dos sanciones y que la aplicación de uno u otro dependen de ciertos factores, la primera surge de la violación de los derechos sustanciales del individuo, por ejemplo, de la vulneración a la dignidad humana, a través de la tortura, tratos inhumanos o degradantes y, ocasionalmente, puede derivar en la nulidad de la actuación, la segunda es el producto del desconocimiento de las normas propias de la recolección y práctica del medio cognoscitivo. Esto no produce ningún tipo de nulidad de lo actuado solo produce la exclusión del medio probatorio.

Tesis que sería ratificada nuevamente por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia Auto 227 del 2007, en donde tras realizar un recuento de la jurisprudencia sostenida por la misma corporación, resaltaría que sólo la vulneración grave de garantías constitucionales o legales puede derivar en la declaratoria de ilicitud de la prueba; precisando a su vez que no toda prueba obtenida con violación del derecho constitucional al debido proceso posee la entidad de generar como consecuencia de dicha declaración la nulidad del proceso, aclarando que cuando se encuentra una prueba ilícita o ilegal dentro del proceso, esta prueba es nula dentro del proceso en el cual hace parte o pretender aducirse; reforzando una vez más que la nulidad de una prueba ilícita o ilegal no deriva de manera inmediata en la nulidad de las actuaciones procesales adelantadas, solo en casos excepcionales tendrá tal entidad.






Dentro del análisis llevado a cabo sobre la jurisprudencia nacional en lo referente a la regla de exclusión en materia penal y sus alcances en la aplicación, debemos hacer énfasis en la sentencia C-210 del año 2007 pues allí surge la tesis amplia en cuanto a la concepción, aplicación y futuro de las reglas de exclusión; en la providencia citada encontramos la aclaración de voto realizada por el magistrado Nilson Pinilla Pinilla allí el magistrado decanta una concepción más flexible de la regla de exclusión toda vez que en su sentir se debe encontrar el equilibrio entre el respeto cabal por los derechos y garantías fundamentales y la eficacia de la administración de justicia.



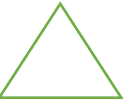



Si partimos del supuesto de la búsqueda de la verdad material sobre unos hechos que revisten el carácter de delictivos como objetivo principal del proceso penal, debemos entender que este fin no debe verse ensombrecido por el recaudo irregular o imperfecto de los elementos de prueba, ni mucho menos se debe vulnerar el derecho a la defensa que puede derivar de la admisión de dicho medio de prueba imperfecto, pues como lo ha venido reconociendo en reiteradas ocasiones las altas cortes, no todo vicio o defecto adolecido por un medio de prueba tiene la entidad de vulnerar el derecho al debido proceso, debemos plantearnos de este modo la dualidad de la regla de exclusión en su concepción inflexible tanto como beneficio como perjuicio dentro del proceso, pues en algunos casos la exclusión del medio de prueba podría privar a la parte de un instrumento de defensa valioso para su caso.

Para el caso concreto el magistrado pinilla hace uso de la presunción de la buena fe respecto de los operadores judiciales al realizar las labores investigativas propias de sus funciones, de este modo plantea las bases para la concepción de una nueva forma de excepción a la regla de exclusión en aras de buscar el equilibrio que venimos sosteniendo entre el respeto por las garantías constitucionales y fundamentales y la eficacia en la administración de justicia, al respecto sostiene:

No podía ni puede dejarse por fuera ese principio constitucional de la buena fe, de manera que cuando en el proceso de recaudo de la prueba se incurra inconscientemente en una irregularidad, al igual que si ésta carece de trascendencia o resulta subsanable por instrumentalizada o por otro principio convalidante, el juez deberá ponderar constructivamente la actuación, bajo la preeminencia del derecho sustancial, sin arribar inexorablemente a la producción de efectos jurídicos negativos contra la eficacia en el ejercicio de la justicia. (C-210. 2017).

¿La aplicación inflexible de la regla de exclusión en materia penal afecta el derecho a la defensa y la eficacia en la administración de justicia?

NO LO AFECTA	AFECTA
 <p>SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.</p>  <p>C-591 del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.</p>  <p>C-210 del 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.</p> 	 <p>C-210 del 2007 Aclaración de voto, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.</p>

<p>Auto 227 del 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.</p> 	
<p>Auto 26310 de 2007 CSJ, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.</p> 	
<p>AP 43291 del 2015, M.P. Eyder Patiño Cabrera.</p> 	
<p>SU-4141 del 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.</p> 	
<p>AP 948 del 2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar.</p> 	
<p>AP 2853 del 2019, M.P. Eyder Patiño Cabrera.</p> 	
<p>SP 954 del 2020, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.</p>	

2.9. Conclusiones sobre el tratamiento en la jurisprudencia nacional de la regla de exclusión

1. La Corte Constitucional adopta la función de disuasión del agente estatal de violentar derechos y garantías fundamentales en el marco de las actividades propias de la fase de investigación de una conducta delictiva mediante la consagración de la regla exclusión para los elementos materiales probatorios que surjan de la violación de derechos constitucionales.
2. La sanción de nulidad consagrada en el artículo 29 de la carta política colombiana solo afecta a la prueba abiertamente ilícita o ilegal; las pruebas derivadas de esta podrán ser aducidas, decretadas y practicadas en juicio siempre y cuando se encuentren dentro de las excepciones a la llamada teoría de fruto del árbol envenenado, reguladas en el artículo 455 de la ley 906 del 2004, que comprende el vínculo atenuado, el hallazgo inevitable y la fuente independiente.
3. La regla de exclusión solo será aplicada en aquellos casos en los que la irregularidad posea tal entidad que ponga en peligro el derecho al debido proceso, la integridad de la administración de justicia o en el evento de que sirva de sustento para la toma de una decisión arbitraria, de este modo si se trata de una irregularidad mínima, desprovistas de la entidad suficiente para poner en peligro alguno de los aspectos anteriormente mencionados no será posible la aplicación de la nulidad de la prueba.
4. Solo en casos excepcionales la prueba ilícita o ilegal tendría la entidad de viciar de nulo el procedimiento en su totalidad, es decir, solo en los casos en que no existan más pruebas que fundamenten la decisión de condena o la prueba viciada haya sido determinante para tal decisión, se anulara todo lo adelantado en el proceso, adicional a esto en los casos en donde las pruebas se han obtenidas mediante la comisión de crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada o ejecución extrajudicial el proceso carece completamente de validez y sin excepción alguna se tiene que decretar la nulidad de toda actuación adelantada y el juez de conocimiento quedará impedido para seguir conociendo del proceso.
5. Al convertirse la práctica probatoria en rogada con el cambio que trajo consigo la ley 906 de 2004; indiscutiblemente la exclusión, rechazo o inadmisión de pruebas también adquiere este carácter, la exclusión del medio probatorio no aplica de pleno derecho como lo señala el mandato constitucional, sino por el contrario se convierte en una práctica rogada ante el juez de conocimiento, en donde la parte debe solicitar la exclusión del medio de prueba soportando esta solicitud mediante el análisis jurídico debidamente fundamentado sobre la identificación de la prueba ilícita o ilegal, así como las derivadas de ella; el derecho a garantía que fue violado; en que consiste dicha violación y por ultimo establecer el nexo de causalidad entre la violación del derecho y la evidencia.

Capítulo 3

Historia legislativa y Doctrina Colombiana Sobre La Regla de exclusión.

3.1. Historia de la normatividad nacional

Con la creación de la constitución de 1991 se llevaron a cabo una serie de grandes avances en materia de derechos fundamentales, al consagrar una extensa cantidad de garantías que materializarían diversos derechos, entre ellos, el derecho al debido proceso, este se cumple al evitar que dentro del proceso se pueda llegar a la toma de decisiones arbitrarias o erróneas por parte del operador judicial; un ejemplo de esto es el artículo 29 en su inciso final, en donde se busca limpiar el proceso de la utilización de pruebas viciadas dentro de la etapa de juzgamiento, es por esto que reza el artículo *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”* Esta consagración que guarda relación directa con el derecho al debido proceso tuvo como consecuencia la creación de nuevos decretos y leyes que desarrollarán el mandato constitucional, tales como el Decreto 2700 de 1991, el cual dio inicio a las reglas de juego frente al tratamiento de la prueba ilícita o ilegal dentro del proceso judicial, así las cosas, tenemos:

No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este Código. (art 250. 1991).

De este modo el decreto 2700 recogía una serie de normas y pautas procesales que marcaban el camino para poder decretar una nulidad en virtud de la ilicitud o ilegalidad de determinada prueba; sin embargo también recopilaría situaciones de convalidación que le permitía al procesado ejercer su derecho a la defensa utilizando la prueba que se presentaría como ilícita, ilegal o inconstitucional, permitiéndole reforzar su teoría del caso o estrategia de defensa mediante la convalidación de alguna irregularidad, eso sí, siempre y cuando sus garantías constitucionales se conserven intactas, como bien lo expresa el numeral 4 del artículo 308 *“4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.”*

De esta forma, para el decreto 2700 de 1991 no se encuentra incompatibilidad alguna con los preceptos constitucionales y la convalidación de la prueba por parte del procesado, en el evento en que dentro del proceso se encontrara con una prueba que deba ser excluida; de ser el caso el juez tras su valoración simplemente la excluiría mediante una providencia debidamente fundamentada.

El problema a tener en cuenta surge cuando la sentencia que debe proferirse se basa en una prueba que debió ser excluida, pero esta no se excluyó porque le era favorable al procesado y este

convalido el vicio sin transgredir sus garantías constitucionales, lamentablemente el decreto se queda corto a la hora de dar solución a tal problemática, es decir, la utilización de la prueba convalidada por el procesado para fundamentar la sentencia condenatoria; es por esto que nueve años después en el 2000 con la ley 600 se trataría de dar una solución, la cual se tornaría completamente ineficaz.

La ley 600 del 2000 vinculo la obtención de las pruebas dentro del proceso penal al principio de intimidad, estrechamente ligado a la dignidad humana, que se encuentra plasmado en el artículo primero de la misma ley. *“Todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”* De esta manera se buscaba que las pruebas obtenidas por la Fiscalía General de la Nación dentro de su labor investigativa se obtuvieran respetando las garantías fundamentales y constitucionales de los ciudadanos; como consecuencia directa de la sentencia T-394 de 1993 el derecho a la intimidad solo podrá ser coartado o reducido por orden judicial de autoridad competente con las observancias debidas y el respeto por los derechos fundamentales, de este modo se le impondría al juez una enorme carga de ponderar la intimidad de la persona frente a las normas de orden público existentes.

Es claro que la orden de exigencia judicial implica una clara y terminante exclusión constitucional de la autoridad administrativa, cuyas actuaciones en esta materia al igual que acontece con la libertad personal -salvo caso de flagrancia- (artículo 28 C.N.) y con la inviolabilidad del domicilio, están supeditadas a la determinación que adopte el juez competente. El Constituyente, al enunciar este principio, no estableció distinciones entre las personas por razón de su estado o condición, es decir que la Carta no excluyó de su abrigo a los reclusos, pues las penas privativas de la libertad no implican la pérdida del derecho a la intimidad personal y familiar ni tampoco la desaparición de un inalienable derecho a la privacidad de la correspondencia. (T 394. 1993).

Con la ley 600 Colombia adopto un sistema penal de corte inquisitorio en donde el funcionario judicial tenía a su cargo la investigación de todo lo relacionado a los hechos que suponen un delito, con la obligación de aducir las pruebas tanto favorables como desfavorables para el indiciado dentro del proceso, por su parte la defensa se limitaba a controvertir lo encontrado por la fiscalía y si este pretendía llevar a cabo acciones investigativas debía hacerlo a través de a la misma fiscalía, es la razón de ser de la exigencia de la ley 600 al funcionario judicial investigar tanto los aspectos negativos y positivos del procesado, consagrado en el artículo 20 de la ley 600 del 2000.

Adicional a esto las pruebas obtenidas con violación al debido proceso y en su defecto con violación al derecho a la intimidad deberán ser excluidas, ya que como lo sostuvo la Corte Constitucional tanto el legislador como los operarios judiciales deben actuar con el rigor y en el

marco de la constitución y no se puede contemplar ningún tipo de excepción a la exclusión de las pruebas ilegales o ilícitas, en el mismo sentido la sentencia C-070 del año 1996, sostiene:

En el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así al legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (C.N., art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (C.N., art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (C.N., art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (C.N., art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. (C-070. 1996).

Esta postura de la Corte Constitucional, bastante radical en cuanto a las excepciones en la admisión de pruebas ilícitas e ilegales, tampoco daría solución alguna al problema que plantea la situación en donde el operador judicial encuentre dentro del ejercicio de sus actos investigativos pruebas que favorezca al procesado, pero que tengan un vicio de nulidad, ya que si esta fue recogida sin la observancia estricta de las garantías constitucionales, tomando la postura de la Corte Constitucional esta debería ser expulsada del proceso y podría llegar a coartar la búsqueda de la verdad material dentro del proceso penal, del mismo modo que violentaría con una protección inflexible del debido proceso la oportunidad de defensa del procesado y así obtener una sentencia absolutoria.

3.2. Prueba Ilícita Y Regla De Exclusión. En: Reflexiones Sobre El Nuevo Sistema Procesal Penal. Los Grandes Desafíos Del Juez Penal Colombiano. Urbano Martínez

El tema de la prueba ilícita y las reglas de exclusión ha sido un tema de debates y teorías alrededor del mundo, donde Colombia no ha sido la excepción, varios juristas de nuestro país han escrito al respecto tratando de crear planteamientos que faciliten la comprensión de este maravilloso tema. Uno de estos textos es Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. En donde uno de sus autores el jurista José Joaquín Urbano Martín escribe todo un capítulo acerca de la historia de la prueba ilícita y su tratamiento en Colombia el cual entraremos a analizar.

Urbano empieza su ensayo con la idea de que el proceso penal es un instrumento para encontrar la verdad pero esto no puede llegar a ser un fin absolutista, porque si así lo fuera se llegaría a cosificar al ser humano como un medio que únicamente y exclusivamente sirve para

encontrar dicha verdad, es por eso que se debe tener una visión más “democrática” en donde el ser humano se convierta, al igual que la verdad, en un fin; y que a este se le deben respetar y garantizar sus derechos fundamentales.

Esto indica que, en el mundo de hoy, uno de los espacios a los que se ha trasladado la tensión entre el autoritarismo y la democracia es el de la prueba ilícita en el proceso penal. De allí que, entre más autoritario se torne un sistema político, mayor sea la tentación de concebir un régimen laxo de la regla de exclusión de la prueba ilícita y, en sentido contrario, entre mayor sea su vocación democrática, más esfuerzos se hagan para instaurar un régimen riguroso de tal regla de exclusión. (Uprimny. Y, Barbosa. C, Aponte. C, Guerrero. P, Bazzani. M y Urbano. M. 2005. Pag 287).

En el trámite procesal existen unos límites normativos que están basados en el bloque constitucional y legal colombiano, pero no siempre en la práctica probatoria se lleva a cabo con los límites que las leyes imponen, es por esto surgen irregularidades y confusiones a la hora de obtener, admitir, practicar y valorar las pruebas dentro del proceso penal, estas irregularidades pueden no acarrear siempre la misma gravedad es por esto que la doctrina ha hecho la distinción entre una prueba ilícita y una irregular las cuales se definen de la siguiente manera.

Por prueba ilícita, aludida también con otras múltiples denominaciones, se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana, o que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales y por prueba irregular se entiende aquella prueba que vulnera otras normas jurídicas. (Uprimny. Y, Barbosa. C, Aponte. C, Guerrero. P, Bazzani. M y Urbano. M. 2005. P.g 288).

A diferencia de la constitución de 1991 en donde existe una nulidad para las pruebas que son obtenidas con violación a los derechos constitucionales como lo es el artículo 29 en su inciso final “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*” En la constitución de 1886 no existían las protecciones constitucionales que conocemos a día de hoy, los funcionarios judiciales o de policía judicial, por el simple hecho de que hubiera un indicio mínimo, de que una persona representara un peligro para la paz pública, se legitimaba toda clase de restricción a los derechos de esa persona, sin importar la ambigüedad del indicio, un ejemplo claro de esto es el artículo 27 de la constitución nacional.

La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto, en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo (Conts 86. art 27).

Es por situaciones como esta que se torna entendible la usencia de una forma expresa de la regla de exclusión en la constitución de 1886 ya que no había argumentos constitucionales suficientes para que existiera una regla como esta.

Además de este recorrido constitucional el doctor Urbano nos expone una serie de reglas desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales podemos encontrar los siguientes. Primero, No hay una necesidad imperativa de excluir una prueba cuando está consiste en irregularidades pequeñas, que en sí misma no desconocen derechos fundamentales ni la estructural del proceso ni mucho menos vulnera el derecho a la defensa. Segunda, Las pruebas que se haya obtenido con violación de derechos fundamentales es ilícita al igual que las derivadas de esta. Tercero. Practicar una prueba ilegal no invalida todo lo actuado durante el proceso, esto en razón de la afirmación constitucional de que la invalidez afecta a la prueba mas no irradia todo el proceso. Cuarta. Existe una excepción a la regla anterior y es cuando la prueba con la que se realiza la indagación es ilegal, de esta manera como la prueba en la que se basó todo el proceso es invalida se afecta la integridad de todo el proceso. Quinto. La consecuencia de la ilegalidad de la prueba es que no debe ser tomada en cuenta para tomar algún tipo de decisión, Sexta. Que la prueba ilegal sea inexistente significa que es nula de pleno derecho y por lo tanto no requiere de un pronunciamiento al respecto de su inexistencia, Séptimo, la consecuencia en la sentencia de la prueba ilegal es que no pueda ser tenida en cuenta para tomar una decisión, en el caso de que la prueba que se invalida sea la única que existía en el proceso se dictara sentencia absolutoria pues no existe prueba para condenar.

Estas reglas nos hacen pensar que una sentencia nunca puede estar basada en una prueba ilegal; pero del mismo modo la regla número uno permite que la prueba viciada siga en el proceso siempre y cuando las irregularidades con la que fue recogida dicha prueba se traten de pequeñas irregularidades y que estas no traigan consigo una trascendental violación al debido proceso o la administración de justicia; incluso la convalidación de la misma podría ser llevada a cabo por la defensa si esta no considera que afecta gravemente sus derechos fundamentales o su teoría del caso o estrategia de defensa, ya que en ciertos casos esta prueba podría beneficiarlo a la hora de buscar una sentencia absolutoria, en el entendido que esta prueba viciada en alguna medida puede arrojar beneficios a la teoría del caso de la defensa y no por tratarse de la manera equivocada en que fue recolectada.

Del mismo modo que la Corte Suprema de Justicia tiene sus reglas para el tratamiento de la prueba ilícita, la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1998 creo una serie de reglas para el tratamiento de la prueba ilícita, que son las siguientes:

Primero, la prueba ilícita es aquella que es obtenida por la parte con violación al debido proceso y a la intimidad. Segunda, la prueba ilícita es aplicable a todo tipo de proceso. Tercero, La nulidad es solo para la prueba ilícita y no afecta el proceso salvo que de esta pruebe se deriven

las demás o haya sido recolectada mediante la comisión de un delito de lesa humanidad. Cuarto, El juez es quien determina si la violación al debido proceso ocurrió o no. Quinto, la nulidad de la prueba ilícita debe ser declarada en el proceso. Sexto la prueba directamente derivada de la prueba ilícita puede llegar a ser fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal. Séptimo, solo hay lugar a la protección constitucional de los derechos fundamentales de un condenado porque se vulneraron las reglas de exclusión cuando la prueba ilícita fue usada como fundamento para la decisión de condena.

Si miramos con detenimiento las reglas cuatro y seis de la Corte Constitucional podemos llegar a pensar que, si el juez en su saber y entender no considera que con determinada prueba se vean vulnerados los derechos fundamentales del procesado este podría tomar la decisión de no declararla nula, con el fin de permitir la utilización de esta prueba por parte del procesado para llegar a su posterior absolución, del mismo modo si es posible que una prueba directamente derivada de una prueba ilícita pueda llegar a ser usada para condenar penalmente, no se prohíbe su uso para fundamentar la absolución de la persona implicada.

3.3. Panorama Realista Sobre Las Reglas De Exclusión Probatorias. Andrés Felipe Arango Giraldo

El abogado Andrés Felipe Arango Giraldo en su ensayo *Panorama realista sobre las reglas de exclusión probatorias*. Realiza un seguimiento sobre el tratamiento de las reglas de exclusión en los sistemas norteamericano y europeo, para luego analizar en el proceso colombiano el manejo que se le da al tema, seguiremos los pasos del jurista Andrés Arango analizando sus planteamientos.

En el sistema norteamericano las reglas de exclusión son usadas como medios disuasivos frente a los agentes estatales para que al momento de realizar sus funciones judiciales de investigación eviten la obtención y recolección de pruebas ilícitas e ilegales con violación a los derechos y garantías constitucionales, aun así, se consagran las excepciones de la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el vínculo atenuado.

Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para tal fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente {...} es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno (Arango G. 2014. pag.3).

En el continente europeo las reglas de exclusión no son una amenaza a los agentes estatales, sino que se conciben como una forma de protección a los derechos fundamentales de los

ciudadanos, fruto de esto, no podría existir una sentencia condenatoria sino hay dentro del proceso pruebas legales y oportunamente recaudadas, practicadas, aducidas en el juicio.

Aquí se hace una distinción realmente importante entre un sistema y otro, ya que en el sistema norteamericano se busca la exclusión de la prueba como medio disuasorios para los agentes estatales, en cambio en el sistema europeo se busca la nulidad de la prueba como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es por esto que el ordenamiento jurídico colombiano no se inclina por una sola de estas corrientes, sino que de ambas saca lo más importante y es que si la prueba es recogida por los agentes estatales mediante irregularidades de orden normativo, la sanción para esta será la exclusión del medio de prueba mas no de la nulidad del acto procesal en sí, del mismo modo si la prueba es obtenida mediante la comisión de delitos como la tortura, la desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, la sanción en casos será la nulidad de lo actuado y el juez de conocimiento perderá la competencia.

Con la constitución de 1991 y la posterior expedición de la ley 906 del 2004 tanto la fiscalía como la defensa empezaron a tener un nuevo rol en el proceso penal, en el caso de la fiscalía gracias al acto legislativo 03 del 2002 perdió la mayoría de sus funciones jurisdiccionales lo cual lo convirtió en una verdadera parte dentro del proceso, y en cabeza la policía judicial queda la realización de los actos investigativos, actos necesarios para que la fiscalía pueda cumplir su función de acusar; por su parte la defensa contrario a la funciones que tenía en la ley 600 del 2000 se convierte en un agente investigativo con la capacidad y obligación de recolectar sus propias pruebas, esto le dio a ambas partes una verdadera igualdad procesal que les permite a ambas tener control sobre los elementos de conocimiento de los hechos.

Una posibilidad que se puede dar dentro de la fase de investigación e indagación, es que una prueba ilícita sea hallada por la fiscalía la cual pueda tener un contenido que conduzca potencialmente a la absolución del procesado, la regla general es aplicar la regla de exclusión a dicha prueba, pero el doctor Arango Giraldo nos propone ir más allá, ya que a pesar de que las reglas de exclusión se usan para proteger los derechos de las personas excluir una prueba con un contenido como este sería aún más perjudicial para los ciudadanos y afectaría el objetivo del proceso penal colombiano que no es más que llegar a la verdad material sobre determinados hechos.

La posibilidad de que la evidencia ilícita hallada por el ente fiscal, pudiese tener vocación probatoria para el inculpado que no participó en su recolección, aspecto que obviamente se aleja de los fines de protección de las garantías y el de la disuasión que se persigue con la regla de exclusión, puesto que precisamente se trataría de evidencia exculpatoria (Arango G. 2014. Pag.8).

Es así como nos debemos plantear la posibilidad de la utilización de la prueba ilícita o ilegal en aras de brindarle una protección a la finalidad del proceso jurisdiccional colombiano, es decir,

la búsqueda de la verdad material; en los casos en que la inflexibilidad de las reglas de exclusión se conviertan en un arma de doble filo para el procesado, en donde su rigidez vulnera el derecho que le asiste a aportar pruebas dentro del proceso con la finalidad de demostrar su inocencia, incluso si una de ellas cuenta con un vicio de ilicitud o ilegalidad.

3.4. Reflexiones En Torno Al Tratamiento La Prueba Ilícita En El Sistema Jurídico Colombiano. Ramón Peláez Hernández

El abogado Ramón Peláez Hernández escribe un texto interesante llamado *Reflexiones en torno al tratamiento la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano*, en el, Peláez nos habla sobre las reglas de exclusión y la teoría que toma la Corte Constitucional Colombia frente al tema, además de las excepciones que ella conlleva. En el texto se desarrolla un planteamiento de cómo se debe utilizar la regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol envenenado conforme al uso de la prueba derivada que sobreviene de la prueba ilícita.

Para empezar es necesario nombrar el artículo 29 de la constitución ya que de él nacen toda la idea de la regla de exclusión y por el cual la Corte Constitucional deriva todas sus teorías sobre el tratamiento de las pruebas ilícitas, ilegales e inconstitucionales dentro del proceso judicial colombiano; como muy bien lo hacen en la sentencia SU 159 del 2002, si bien la sanción de esta sería la nulidad de la prueba como lo consagra la constitución “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*” (Artículo 29 Cons 1991) la Corte en el desarrollo de la sentencia nos expresa que la sanción depende de si se afectaron derechos fundamentales y/o garantías constitucionales o si simplemente se trata de una irregularidad menor, en los eventos en que se presente la segunda hipótesis es claro que la nulidad no es el mecanismo idóneo para subsanar el vicio, pues la nulidad se presenta como el último recurso para recomponer el proceso, en estos eventos en que la trascendencia de la vulneración no tenga tal entidad de afectar el debido proceso bastara con la exclusión de la prueba viciada.

Este evento de tolerancia de las pruebas ilícitas dentro del proceso no es aislado dentro de la jurisprudencia colombiana pues en el artículo 455 de la ley 906 del 2004 *código de procedimiento penal* nos dice expresamente “*Para los 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*”. Surge la teoría del fruto del árbol envenenado, es decir, el tratamiento que deben recibir las pruebas derivadas de una prueba ilícita o ilegal dentro del proceso Es por estos motivos que Peláez nos explica uno por uno como funcionan estas instituciones.

El vínculo atenuado sucede cuando la relación del primer medio de conocimiento que es ilegal se reduce en consecuencia con el segundo, un ejemplo de esto es cuando la policía hace un interceptación de comunicaciones de forma ilegal en donde se percatan de la comisión de un delito, como bien sabemos esta prueba no podrá ser usada en el juicio ya que sería decretada

como ilegal, pero luego en un interrogatorio con la presencia del abogado y con todos los requisitos legales la persona acepta la comisión del delito, como podemos observar la primera prueba tiene un vínculo con la segunda pero es tan tenue que se desdibuja la ilegalidad y se disuelve el nexo de causalidad entre una y otra.

La fuente independiente sucede cuando el hallazgo que se hace se deriva de un medio diferente al que se estaba tratando proveniente claro está de un actuar ilícito, un ejemplo de esto sería cuando la policía recibe una denuncia anónima la cual dice que en cierta dirección se guardan armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas razón por la cual con una orden de allanamiento y registro totalmente legal, a la hora de realizar el allanamiento en el domicilio que dicta la denuncia la policía se encuentra que no hay ningún arma en él, obrando en extralimitación de la orden registran otros lugares de la propiedad que no se encuentran discriminados en la orden, y allí se encuentran con un laboratorio de sustancias alucinógenas. Razón por la cual según Peláez y otros autores denominan esto como una situación de flagrancia y por lo tanto no necesitarían de una orden de allanamiento ni se estaría actuando con vulneración al derecho a la intimidad de los moradores del lugar.

Existen otro tipo de excepciones como la que se encuentra en el artículo 230 de la ley 906 del 2004 en el cual no se necesitaría orden de allanamiento cuando el mismo propietario, poseedor o tenedor da permiso a las autoridades de que ingresen a su domicilio para realizar el allanamiento y el registro.

Como conclusión Peláez nos informa que:

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 (Peláez H. Pag.70).

Con esta conclusión debemos tener en cuenta las excepciones expuestas por la corte constitucional y la ley 906 del 2004 para que el proceso sea llevado con protección a los derechos y garantías del procesado, esto nos da la una vía con la que poder tratar una prueba ilícita que sea de total beneficio para procesado y que esta no sea excluida del proceso, en aras de buscar su absolución.

3.5. Los Efectos De La Prueba Ilícita En Colombia: Caso Miti – Miti. Karina Ibarra Sánchez

La bogada y especialista en derecho probatorio Karina Ibarra Sánchez, ella defiende la postura de la exclusión absoluta de las pruebas que resulten ilícitas o ilegales dentro del proceso penal,

bajo cualquier circunstancia, incluyendo aquellos casos en los que se trate de prueba derivada o cuando la trascendencia de la transgresión al derecho a garantía fundamental del procesado sea mínima, de este modo tomaría como referencias a doctrinantes que defienden la postura de la función garantista del debido proceso que cumple la regla de exclusión en materia probatoria en el proceso judicial Colombiano, así las cosas tenemos lo siguiente:

Por lo anterior surge la imperiosa necesidad de indagar y denunciar las graves consecuencias que pueden llegar a afectar significativamente la indemnidad de los derechos fundamentales del procesado y la integridad del debido Proceso Penal, surgidas a raíz de la relativización de la regla de exclusión probatoria. Así pues, debemos ser categóricos al precisar que no existe forma legal de practicar la prueba prohibida. (Ibarra S. 2017. Pag.136)

De este modo se conciben los derechos al debido proceso y las garantías constitucionales como la libertad, protegida a través de la reserva legal y judicial o el derecho a la intimidad salvaguardado con leyes que blindan a los ciudadanos de cualquier intromisión en su domicilio, lugar de trabajo y sus comunicaciones de forma abusiva por parte de las autoridades judiciales, como una esfera intocable que posee todo ciudadano perteneciente a un Estado de Derecho, en el cual es absolutamente impensable que dentro de un proceso exista algún medio de prueba de cualquier tipo que haya sido recolectado mediante una violación directa a las garantías que le asisten a las partes y menos aún que este pueda llegar a ser si quiera admitido; de este modo se convierte en un derecho inflexible y acartonado que en algunas ocasiones puede sacrificar la búsqueda de la verdad material dentro del proceso.

Es así como el Estado debe garantizar la transparencia y la recta administración de justicia enmarcado dentro de los mandatos constitucionales que aseguran el cumplimiento y la protección del debido proceso, de este modo:

El derecho irrenunciable que le asiste al investigado o condenado a que el proceso penal se adelante con transparencia, permite que, frente a eventos de vicios de ilicitud, porque se le violó el debido proceso en la obtención y práctica de la prueba o se le atropelló algún otro derecho fundamental, además de los efectos de nulidad inherentes respecto de esa prueba, podrá también valerse de mecanismos constitucionales garantes. (Ibarra. S. 2017. Pág. 140).

3.6. La Prueba Ilícita En El Proceso Penal Colombiano A Partir De La Constitución De 1991. Santiago Monsalve Correa

Del mismo modo dentro desde la académica colombiana, podemos encontrar posturas similares a la anterior como lo es la del 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, encabezado por el estudiante Santiago Monsalve Correa, allí podemos encontrar variedad de argumentos en favor nuevamente de la aplicación de las reglas de exclusión consagradas en el artículo 29 de la constitución política sin la contemplación de ninguna excepción, es decir, se niega la aplicabilidad de las excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado, las cuales son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el hallazgo inevitable y la normatividad colombiana se deja abierta la posibilidad de la concepción de nuevas excepciones a la regla en el artículo 455 de la ley 906 del 2004.

Así las cosas, tenemos que desde este grupo de investigación se sostiene que bajo ninguna circunstancia los fines punitivos del Estado deben primar sobre las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, a propósito:

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. La existencia de tal 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” 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. (Monsalve C. 2010, pág. 19).

Como bien argumentan el fin de castigar los comportamientos desviados de un ciudadano jamás justificara los medios irregulares por medio de los cuales se obtengas las pruebas para soportar una condena en su contra; por el contrario sustentar las reglas de exclusión en materia penal en el efecto disuasivo que pretende hacer valer en los agentes estatales resultaría invalido toda vez que la regla de exclusión debe estar basada en los fines constitucionales de protección a los derechos de los ciudadanos, entre ellos el debido proceso. Como consecuencia ineludible de lo anterior resulta improcedente pensar en que dicha regla de exclusión pueda tener excepciones en donde se conciba la admisión de medios de prueba derivados de las pruebas irregulares dentro del proceso penal.

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 (Monsalve C. 2010. pág. 20).

Situación que se tornaría problemática en la medida en que el operador judicial encuentre la forma de enmascarar violaciones a derechos fundamentales mediante las excepciones a la regla general de exclusión. El proceso penal debe estar transversalizado por el cumplimiento de los ritos formales y legales sin dejar de lado el fin del proceso, que no es más que tratar de llegar a la verdad, pero el fin mismo de la verdad nunca debe primar sobre las garantías y derechos de los ciudadanos.

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. (Monsalve C. 2010. pág. 22).

3.7. Dilema jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano. Diego Armando Yáñez Meza

Siguiendo con esta línea de pensamiento nos encontramos con los postulados de Diego Armando Yáñez Meza, el cual sostiene de forma muy ávida la defensa de la cláusula de exclusión como verdadera materialización de los fines constitucionales que debe proteger un Estado social de derecho, en su texto “dilema jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano”, podemos evidenciar su línea de pensamiento respecto de la cláusula de exclusión y el papel que esta cumple dentro del proceso penal colombiano con el cambio implementado por la ley 906 del 2004 al adoptar un proceso penal de corte acusatorio y todo lo que ello implica como cambio de modelo.

Como consecuencia inevitable de ser parte de un Estado social y democrático de derecho se desprende la obligación por parte del mismo de brindar protección y respetar un mínimo de garantías y derechos de las personas que lo conforman, una protección no solo de otros individuos sino del estado mismo y las extralimitaciones en que este pueda incurrir en labores como las investigativas, pues resultaría ilógico que se defiendan de violación y agresiones de los iguales pero el Estado mismo recurra a maniobras criminales que atenten contra las garantías. De allí que exista una consagraciones constitucionales como la regla de exclusión, esta posee la función de disuasión a los agentes estatales que en última instancia son los materializadores de la función estatal de que cometan atropellos, violaciones o injusticias en su actuar, pero más precisamente la cláusula de exclusión adquiere relevancia en las actividades investigativas que realizan estos agentes, pues allí es donde se concentran las limitaciones e incursiones a la esfera privada de la persona, como consecuencia de esto se fijan parámetros para que esta incursión sea

lo menos traumática y más garantista que se pueda para el individuo; cuando el agente estatal incurre en alguna falta que vulnere los derechos fundamentales de la persona la penalidad por excelencia será la exclusión de los medios de prueba que de aquella incursión abusiva se desprendan.

La cláusula de exclusión es producto de la proyección del Estado social y democrático de derecho en el proceso penal, pues es un instrumento que garantiza el respeto de los Derechos Fundamentales, cuestión que no permite relatividad alguna ya que la justicia no admite grises. (Yañez M. 2008. pag.14).

Esta función queda en entredicho para el autor, toda vez que en reiterada jurisprudencia de la corte constitucional y la corte suprema de justicia colombianas se han sostenido diversas excepciones a la regla de exclusión, para el autor resulta inaceptable y una violación directa al artículo 29 de la constitución nacional, ya que contemplar excepciones se convierte en la legitimación a procedimientos que violaron garantías o derechos fundamentales de los ciudadanos, de allí que considere desacertado el discernimiento realizado por las altas cortes en los cuales se permite el uso de la prueba derivada, pues los casos de hallazgo inevitable se resumen en una mera probabilidad que posee el medio probatorio de ser lícito; la fuente independiente que resulta siempre en dependiente del medio ilícito y vinculo atenuado que peca por caer en la subjetividad del operador judicial que debe considerar su admisión o no dentro del proceso penal.

A modo de conclusión podemos enmarcar el contenido de este artículo dentro de la visión de una aplicación inflexible de las reglas de exclusión en materia penal, toda vez que nada justifica la admisión de una prueba viciada dentro del proceso penal, pues la utilización de la misma pondría en semejante nivel al Estado materializado a través del agente y al delincuente que se pretende procesar; se impone así el respeto cabal por las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos por sobre los objetivos de impartir justicia y llegar a la verdad material dentro del proceso penal colombiano.

La búsqueda de la verdad material no obliga a obtener la prueba incluso en esas circunstancias de vulneración de las garantías. La finalidad de la prueba ilícita es fundamentar la sentencia condenatoria; los criterios mencionados son el medio para lograr esa finalidad, la persecución de la criminalidad no justifica todo. (Yañez M. 2008. pag.15).

3.8. Sistema probatorio y concurrencia de pruebas: Sistema Penal Acusatorio, prueba ilícita **Edwin Alfonso Rodríguez**

El texto de Edwin Alfonso Rodríguez nos habla de la importancia de la prueba dentro del proceso penal en el marco del sistema penal acusatorio, en donde la presunción de inocencia y la garantía de intimidad resultan siendo las primicias más importantes dentro de la recolección y valoración probatoria, la búsqueda de la verdad procesal como fin último no puede servir de

excusa para desvirtuar o vulnerar la presunción de inocencia de las personas y mucho menos transgredir su derecho a la intimidad.

La presunción de inocencia como principio dentro de la actuación procesal penal, debe tener en cuenta, que esta otorga al acusado una protección especial, frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del ius puniendi; de esta manera, debe concurrir con todas y cada una de las garantías procesales (garantismo procesal). (Alfonso. 2013. P.148).

Frente a la presunción de inocencia, esta se debe entender como un estado que tiene y acompaña a el procesado durante la duración del proceso penal, el cual consiste en que la persona es inocente y por lo tanto debe ser tratada como tal hasta que no exista una sentencia en firme que corrobore su responsabilidad penal. Es por esto que la práctica de la prueba debe conducir al total convencimiento al juez de que la persona llevo a cabo la conducta delictiva que se le imputa. Frente a la valoración probatoria, la certeza de culpabilidad debe llegar a tal punto que las pruebas con las que se va a valer el juez para dictar la sentencia condenatoria, deben ser pruebas que fueron llevadas al proceso con la rigurosidad que la ley prevee para su hallazgo, recolección e inserción en el juicio, es ahí donde la carga de la prueba reviste total importancia, ya que la carga de demostrar la responsabilidad penal del imputado recae en la Fiscalía General de la Nación, sin llegar a caer en el error de asumir que para alcanzar este objetivo pueda incurrir en conductas que puedan afectar la legalidad de la prueba ya que como lo dice el artículo 29 de la constitución será declarada nula. Si esto llegase a ocurrir el juez debe fallar a favor del procesado en concreción del principio de in dubio pro reo, ya que existe prohibición expresa de declarar la responsabilidad penal del individuo con base pruebas ilegales o ilícitas, que lejos de cumplir con el fin de esclarecer los hechos, genera confusión en el juzgador.

Aunando esfuerzos por la transparencia en el proceso penal y probatorio, en sentido estricto, la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo ostentan una relación de complementación, por cuanto las pruebas obtenidas y valoradas en juicio que dejan duda ante el juez de la existencia de culpabilidad plena del acusado, implican que al no poder superarse o disiparse esta incertidumbre, deberá resolver a favor del acusado con la absolución, comprobando su inocencia. Esta derivación del principio de inocencia implica que el Estado tenga la responsabilidad de asumir la carga de demostrar más allá de toda duda, la culpabilidad del acusado. (Alfonso. 2013. P. 150).

De aquí nace también una de las más importantes garantías jurisdiccionales, el principio de legalidad, que no solo es aplicable a las normas sino también a las pruebas, en la forma en que son traídas y incorporadas al proceso, por ejemplo, a la hora de realizar un allanamiento es importante que la orden que decreta el allanamiento cuente con todos los requisitos legales y constitucionales que se le exige, ya que al momento de realizar el control de legalidad posterior frente al juez de control de garantías los elementos que se recolectaron no sean excluidos del proceso por decretarse la orden de allanamiento o su procedimiento haya sido ilegal o ilícito.

La garantía de la legalidad de la ejecución de la sanción penal, además de constituir un mecanismo de protección de los derechos del individuo, constituye una forma de proteger estos bienes jurídicos y valores constitucionales que justifican el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. (Alfonso, 2013, P.154)

Capítulo 4

Consideraciones finales sobre el futuro de la regla de exclusión.

A lo largo de estas líneas hemos podido evidenciar tanto las características, fuentes, funciones y usos que ha tenido la regla de exclusión, no solo en la legislación colombiana sino también a lo largo de diferentes países pertenecientes a diversos sistemas jurídicos tradicionales, los usos y funciones que cumplen dentro de sus ordenamientos, tanto, así como la carencia de la misma.

Llegando hasta el análisis de las diversas posturas que existen frente a la aplicación de las reglas de exclusión, tanto las tendientes a defender su aplicación inflexible en aras de proteger las garantías y derechos fundamentales del procesado, como las que propenden por una concepción más flexible y ponderada a la hora de determinar si estas pruebas deben o no ser excluidas dentro del proceso penal.

Este debate no se restringe meramente al nivel de la academia, pues como hemos venido sosteniendo, este discurso de flexibilización de la regla de exclusión ha escalado hasta las altas cortes colombianas, más precisamente en la Corte Constitucional.

Estas nuevas teorías o posturas tiene su origen en los cambios legislativos y sociales que se han venido presentando al interior de los diversos Estados, prueba reina de esto ha sido el cambio de la postura rígida a una más flexible, situación que se ha presentado al interior de la Corte Suprema Estadounidense, quienes en sus inicios comenzarían en una postura de defensa de la aplicación de la regla de exclusión de una forma inflexible, con el fin de materializar el efecto disuasor en sus agentes estatales y así conservar de una forma íntegra las libertades que arropan a sus ciudadanos, mismos pilares que sirve de base al Estado que hoy conocemos y salvaguardan la indemnidad del Estado.

La concepción rígida de la regla de exclusión y todo lo que ello implica, género que se reabrirá el debate sobre el verdadero fin del Estado como centro de ejercicio del *Ius Puniendi*, mismos fines que serían planteados y discutidos desde una nueva óptica, es decir, la finalidad del proceso penal como búsqueda de la verdad material sobre unos hechos y la efectiva administración de justicia por parte de los Estados.

Fruto de estas nuevas discusiones Estados Unidos crearía lo que hoy conocemos como las cuatro excepciones a su teoría de fruto del árbol envenenado, misma teoría que contemplaba la

exclusión para toda prueba derivada directa o indirectamente de una prueba ilícita o ilegal; el debate parte de la consideración de aquellas pruebas derivadas y su potencial a la hora de materializar los fines procesales y estatales, razón por la cual se crearían como excepciones a esta teoría el hallazgo inevitable, la fuente independiente, el vínculo atenuado y la buena fe.

Contrario sensu a esta línea de pensamiento podemos encontrar en sistemas jurídicos como el de Suecia el otro extremo de la balanza, pues allí como ya lo vimos en capítulos anteriores toda prueba es admisible en un principio, pues por regla general toda prueba que se pretenda incluir en el proceso está amparada por el principio de admisibilidad, adolezca o no de vicios en su recolección o práctica, esto con el fin de no mancillar los fines estatales en cuanto al ejercicio del poder punitivo, para este sistema serán excepcionales los casos en los cuales estas no puedan ser utilizadas, postulados completamente contrarios o los planteados por el sistema anglosajón.

Pero el tratamiento de la prueba ilícita o ilegal no es solo considerado desde puntos de vista extremos, también podemos encontrar casos o corrientes de pensamiento como el alemán en donde la solución de la encrucijada de admitir o no pruebas viciadas se ha dejado en manos de la ponderación, misma que se encuentra en manos del operador judicial, trascendiendo así de la discusión meramente objetiva sobre la violación o no de garantías legales y constitucionales, para pasar a un plano más específico y técnico, en donde se deben considerar múltiples factores en cada caso concreto, sin dejar de lado la esencia misma de las sanciones que acarren las flagrantes violaciones a estos derechos; queda así en manos del juez la ponderación entre el interés particular o mejor, de la protección cabal de derechos y garantías fundamentales que abarcan tanto desde transgresiones mínimas como flagrantes violaciones y los intereses estatales de persecución penal, la efectiva administración de justicia y la búsqueda de la verdad material.

Lejos de ser una solución pacífica, la técnica de la ponderación se presenta como conflictiva, pues la ponderación implica retos propios de la interpretación personal y jurídica que pueda realizar el operador de justicia en cada caso concreto, este conflicto, que enmarca la imposibilidad de la creación de parámetros universales a tener en cuenta en cada caso concreto, se trata de solucionar con la aplicación de los conceptos ya conocidos de razonabilidad, proporcionalidad y discrecionalidad, colocando en una situación de pugna constante los derechos y garantías fundamentales frente a los fines estatales, para terminar con la imposición de un fin sobre el otro, los parámetros que del análisis surgen de un sujeto están atados a la esfera subjetiva de su raciocinio y de este modo, lo que resulta razonable para un individuo, rayaría la irracionalidad para otro.

Por su parte Colombia y su sistema jurídico no ha sido ajeno a los cambios y variaciones, que, aunque han sido leves hasta el momento han significado grandes cambios en la forma en que se ha entendido la esencia y función de la regla de exclusión en sus orígenes; tenemos que para el año 1991 con el cambio traído por la nueva constitución política, nace dentro del artículo 29 la regla de exclusión, sanción como ya lo hemos visto consagrada para aquellas pruebas ilícitas o ilegales que pretendan hacerse valer dentro de un proceso.

Si bien en sus orígenes la regla de exclusión nace con un carácter inflexible tenemos que esto se ha ido modificando vía interpretación jurisprudencial de las altas Cortes colombianas, lo que nacería siendo una regla rígida aplicable en todos los casos en que se presente un defecto legal o constitucional en la búsqueda, hallazgo y recolección de algún elemento de prueba, sin excepción alguna y sin consideración a la trascendencia o no del mismo, siempre terminaría en la exclusión de dicho elemento del proceso; esta visión comenzaría a cambiar la interpretación traída por la sentencia SU-159 del 2002, allí se empezaron a sentar criterios más razonables sobre la aplicación de la regla de exclusión, la sanción contemplada para estas pruebas viciadas, los alcances y consecuencias de esta declaratoria.

Más tarde en el 2004 con la ley 906 el panorama se extendería un poco más, pues esta traería consigo la positivización de excepciones a la regla de exclusión y dejaría abierta la posibilidad de contemplar en un futuro nuevas excepciones, se retomaría así en la legislación colombiana parte de las excepciones a la teoría del fruto del árbol envenenado norteamericano, es decir, el hallazgo inevitable, la fuente independiente y el vínculo atenuado; estas excepciones serían ampliamente tratadas por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, esto no significa que no se presente una dificultad práctica grandísima y un desarrollo accidentado en los estrados judiciales con estas figuras, pues si bien se encuentran ampliamente explicadas y tratadas su adopción dentro del juicio genera temores e incertidumbres, pues las teorías que las sustentan, según un amplio sector de la doctrina colombiana estaría atentando contra los derechos o garantías fundamentales del procesado, razón por la cual es impensable la aplicación de las mismas dentro del proceso.

Pero las cortes no se quedarían solo allí, limitarían el alcance de la sanción consagrada para este tipo de pruebas viciadas, pues tras varios debates terminarían por concluir que la mera irregularidad que pueda llegar a presentar una prueba y que de allí se desprenda su ilicitud o ilegalidad dentro del proceso no posee la entidad suficiente por sí sola para viciar todas las actuaciones adelantadas y por esto sus efectos no se extenderán más allá de la exclusión del medio de prueba, claro está, exceptuando los casos en los que la decisión judicial sea de carácter condenatorio y este basada única y exclusivamente en estos medios de prueba viciados, lo cual es evidente ya que el Estado no puede permitir que sus operadores judiciales tomen decisiones de carácter condenatorio que afectan gravemente la libertad del ciudadano con base en pruebas que hayan transgredido los derechos y garantías fundamentales del acusado, del mismo modo en los eventos de comisión de delitos de lesa humanidad que faciliten la recolección, hallazgo o búsqueda de los elementos de prueba el proceso carecerá de efecto alguno, pues en dichos eventos el proceso será completamente nulo y se entenderá que el juez que conoció dichos elementos viciados queda contaminado por la gravedad de la violación y pierde su competencia para seguir conociendo del caso.

Pero lejos de quedarse allí las interpretaciones constitucionales, también se condicionaría, no solo la declaratoria y sus alcances, sino que por su parte se adicionaría un requisito para que dicha sanción, es decir, la regla de exclusión, pueda operar frente a este tipo de pruebas, de allí

surge la importancia de que dicho medio de prueba ilícito o ilegal vulnere de forma trascendental los derechos y garantías fundamentales de las partes, ya que al ser un mecanismo consagrado en busca de la protección del debido proceso, este carece de relevancia en los eventos en los cuales la trasgresión no logra poner en peligro dicho derecho y su aplicación se convierte en un sin sentido.

Otro cambio importante que se generó a nivel jurisprudencial fue la aclaración de la expresión “*de pleno derecho*” contenida en el artículo 29 de la constitución política, pues para las cortes quedaría claro que la exclusión de los medios de prueba viciados no opera de pleno derecho como lo dicta la carta magna, pues esta debe ser rogada ante el juez de conocimiento, ya que sin su declaratoria la prueba sigue haciendo parte íntegra dentro del proceso, adicional a esto los cambios en el sistema procesal penal en el 2004 que dieron origen a el nuevo sistema de enjuiciamiento, pues al transitar de un sistema de corte inquisitorio a uno de corte acusatorio, el nuevo sistema apareja la conversión de la práctica probatoria en rogada, en el mismo sentido el aporte, decreto y prácticas de pruebas se transforma igualmente en rogado, misma suerte correría la regla de exclusión con la solicitud de exclusión de medios de prueba.

Es por todo lo anterior que Colombia no ha sido ajena a los cambios de postura frente al tema de la regla de exclusión, su concepción rígida genera problemas e impunidad en la práctica y ejercicio de la función punitiva del Estado; pero no solo debemos contemplar los efectos adversos que esta postura trae consigo para la efectiva administración de justicia, igualmente el debate debe trascender y contemplar de una forma íntegra a ambas partes dentro del proceso penal, pues esta concesión rígida e inflexible de la regla de exclusión no solo afecta al ente acusador, también puede llegar a tener alcances negativos y afectar el ejercicio de la defensa dentro del proceso.

Planteémonos así el escenario en donde las pruebas que sirven de sustento para la teoría del caso de la defensa y que la misma propende por la confirmación de la presunción de inocencia del acusado, mismas pruebas que fueron halladas y recolectados por el ente acusador y reposan en su poder, pero estas son excluidas del debate probatorio por encontrarse que fueron ilícitamente obtenidas, no tendría acaso efectos en suma negativos la exclusión de dichos elementos por parte del juez de conocimiento; ya que si bien las regla de exclusión nace con la finalidad de proteger al individuo de abusos por parte de los agentes estatales y esta finalidad se concreta en la expulsión de los productos de actividades investigativas llevadas a cabo de manera irregular o transgrediendo garantías fundamentales, en algunos escenarios se presenta como una protección excesiva que puede mermar o violentar el derecho a la defensa, pues estaría despojando a la defensa de elementos valiosísimos, que aun siendo ilícitos o ilegales, esta denominación pasa a un segundo plano cuando el elemento es de máxima utilidad para el procesado y así demostrar su inocencia.

De este debate se debe excluir la utilización de dichos elementos de prueba por parte de la Fiscalía, ya que por mandato legal esta cuenta con una prohibición directa de valerse de dichas pruebas en procura de una condena, esto con fundamento en el respeto por garantías y derechos

constitucionales que debe tener el operador estatal al momento de realizar, autorizar u ordenar la realización de actos investigativos que puedan poner en riesgo las garantías constitucionales que a los ciudadanos protegen; el Estado no debe valerse de medios ilícitos o ilegales que lo sitúen en el mismo lugar que el delincuente en procura de materializar su fin estatal de efectividad en la persecución de comportamientos delictivos.

Pero debemos plantearnos la posibilidad de que estos elementos de prueba que fueron recolectados por el ente acusador y adolecen del vicio de la ilicitud o ilegalidad puedan llegarse a tener en cuenta dentro de un proceso penal, pues resultaría contradictorio que tratándose de reglas que protegen al individuo de estas arbitrariedades por parte de los agentes estatales, habiendo fracasado el efecto de disuasión que posee la regla de exclusión y dichos actos vulneran las garantías constitucionales, como último remedio estaría la aplicación de la sanción de exclusión, pero tratándose del procesado y la actuación de buena fe dentro del proceso que este tiene frente a esa situación, sería ilógico privarlo del derecho a decidir si utiliza o no estos elementos, que si bien vulneran sus derechos en menor o mayor medida le podrían llegar a reportar un beneficio mayor si estos se incluyen y debaten dentro del proceso.

Se presentaría como un contrasentido que lo que en un principio surge como una serie de reglas o sanciones con fines altruistas de protección de los individuos de injerencias arbitrarias o violación de los derechos y garantías fundamentales que le asisten, termine convirtiéndose en un arma de doble filo que por su consagración y aplicación de forma rígida ponga en peligro derechos tan importantes como el de la defensa, obstruyendo el paso de la búsqueda de la verdad material como fin último de cualquier proceso jurisdiccional, verdad material que posee gran relevancia cuando se trata de la confirmación de inocencia del individuo por parte del juez competente.

Se debe plantear un cambio de concepción de la regla de exclusión rígida, por un concepto más flexible, que permita adaptarse a las particularidades y necesidades de cada caso, que permita materializar el fin mismo del proceso, es decir, la búsqueda de la verdad y la concreción de la llamada justicia, esta no siempre entendida como un sinónimo de condena, dándole prevalencia a la ponderación de intereses dentro del proceso, para así poder llegar a hablar de convalidación de la prueba ilícita o ilegal, en términos semejantes a los tratados en el decreto 2700 del año 1991.

Igualmente partiendo de la sentencia C-210 del 2007 podemos comenzar a vislumbrar con la aclaración de voto realizado por el magistrado Nilson Pinilla Pinilla los pequeños trazos de lo que debería ser la nueva concepción de la regla de exclusión, sus fines y alcances dentro del proceso, trazos encaminados a la búsqueda de la verdad material dentro del proceso, haciendo uso del sistema de pesos y contrapesos, esto con el fin de no incurrir el operador judicial en arbitrariedades o en la impunidad, si bien podemos encontrar gran cantidad de detractores de este cambio de paradigma, podemos encontrar dentro de los estudiosos del derecho posiciones encontradas a favor de la flexibilización de la regla de exclusión.

Flexibilización en el entendido de comenzar a considerar diferentes hipótesis como la planteada a lo largo de este trabajo, en donde se busque un equilibrio entre la protección de garantías y derechos fundamentales y la eventual convalidación de pruebas viciadas recolectadas por el ente acusador con el fin de ser utilizadas dentro del juicio con fines exculpatorios.

De este debate debe apartarse la convalidación de pruebas viciadas obtenidas por parte del acusado y su defensor, pues es por demás lógico que en los eventos en los cuales la defensa hace uso de sus facultades investigativas debe tener plena observancia de las normas legales y el respeto de las garantías fundamentales del acusado o imputado, no siendo esto la regla general consideramos que en estos eventos la trascendencia de la vulneración no posee tal entidad para excluir el elemento de prueba, pues de algún modo se debe materializar la máxima procesal de que nadie puede sacar beneficio de su propia culpa.

Esta variación vía jurisprudencial a la que hacemos referencia no se presentará en un futuro próximo, pues debemos entender las complejidades propias de nuestro ya colapsado sistema judicial, lo planteamos mejor desde una perspectiva a modo recomendación para encaminar el futuro del tratamiento de la prueba ilícita o ilegal, en aras de garantizar la efectividad en la administración de justicia, el debido proceso y el derecho a la defensa, todos ellos en un equilibrio que permita materializar los fines estatales y la protección del individuo frente al sistema, como lo hemos venido sosteniendo sin caer en vulgares arbitrariedades o en la escandalosa impunidad, males que ya aquejan de forma considerable a nuestro sistema procesal penal.

Debemos plantearnos y abrirnos a la posibilidad de la adopción de diversas teorías que se adapten mejor a las circunstancias particulares del sistema de enjuiciamiento colombiano, incluso si ello implica la combinación de diferentes modelos ya existentes, esto con el fin de encontrar una solución que se adapte a los retos propios y a los obstáculos a los que nos enfrentamos cuando hablamos de **admisión** o **inadmisión** de elementos de prueba en los procesos penales colombianos, todo esto en busca de crear el modelo más óptimo y funcional de justicia que se pueda alcanzar dentro de la sociedad colombiana.

Esto se puede presentar como un terreno inexplorado y conflictivo en el cual los debates nunca serán pacíficos pues se cuenta con gran cantidad de defensores de la rigidez de la regla de exclusión, sobre todo en materia penal, pero, así como existen detractores también encontramos doctrinantes de acuerdo con una concepción un poco más flexible en cuanto a lo concerniente con la regla de exclusión.

Para el año 1991 con el decreto 2007 contábamos con disposición expresa que permitía la convalidación de la prueba ilícita o ilegal por parte del procesado, no suena inimaginable que esta teoría pueda resurgir, pues el proteccionismo no es la respuesta absoluta al tema de la prueba ilícita o ilegal, o el carácter disuasor con el que cuenta la regla de exclusión, ya hemos visto en ejemplos puntuales como la regla de exclusión puede presentarse como un traspie en la

materialización de una defensa óptima, impidiéndole al acusado tomar la determinación tras una ponderación en su caso concreto de la utilidad o no que le pueda representar esta prueba viciada para su defensa.

Estos cambios no se contemplan en un futuro próximo, pero la experiencia internacional nos dice que son ineludibles es una sociedad de constante cambio y dinamismo en sus prácticas jurídicas.

5. Conclusiones

Como se ha podido observar a lo largo del desarrollo de este trabajo de grado, las reglas de exclusión son un tema de vital importancia en materia procesal penal, no solo por ser una protección frente a injerencias abusivas en el entorno del individuo, sino por la importancia que reviste en la práctica probatoria, de este estudio podemos concluir los siguientes aspectos en lo referente a la regla de exclusión:

1. El derecho comparado nos enseña la importancia de comprender e identificar las características, funciones y el rol que cumplen mecanismos como las reglas de exclusión dentro de los diversos ordenamientos jurídicos a lo largo del mundo, como estas figuras jurídicas encajan y se acoplan a las necesidades propias de cada sistema, de allí que durante nuestro recuento encontremos posturas tan diversas como la contemplada por el sistema jurídico de Suecia, donde la admisibilidad es la regla general; por su parte Estados Unidos perteneciente al sistema anglosajón practica la regla de exclusión de todo elemento de prueba vicia de ilicitud o ilegalidad, hasta llegar a posturas de ponderación como la alemana.
Así las cosas, no podemos hablar de generalidades absolutas en lo referente a la regla de exclusión, pero si nos debe quedar claro que Colombia se circunscribe dentro de los postulados consagrados en el sistema jurídico anglosajón, teniendo sus raíces allí.
2. Del desarrollo jurisprudencia colombiano podemos destacar 10 fallos de vital importancia, 3 de ellos conforman la columna vertebral, es decir, la SU 159 del 2002, la C-591 del 2005 y la C210 del 2007, ellas conforman las bases de interpretación y aplicación de la regla de exclusión dentro de los procesos jurisdiccionales colombianos, del análisis de estas sentencias podemos determinar múltiples reglas, entre ellas:
 - 2.1. La sanción prevista para las pruebas ilícitas e ilegales no es la nulidad, sino la exclusión del elemento de prueba del proceso; del mismo modo este mecanismo de protección no opera de pleno derecho como lo dicta la normal, pues se trata de una práctica rogada ante el juez de conocimiento.

- 2.2. La trascendencia en cuanto a la vulneración de derechos o garantías fundamentales que se predica del elemento de prueba puesto en duda debe poseer una entidad tal que ponga en riesgo el derecho al debido proceso, de lo contrario no será merecedor de la sanción de exclusión.
 - 2.3. En los casos de comisión de delitos de lesa humanidad en la obtención de elementos de prueba la sanción será la nulidad de todo lo actuado y traerá consigo la pérdida de competencia del juez de conocimiento.
 - 2.4. En los eventos en los cuales la decisión condenatoria se encuentre soportada en pruebas ilícitas o ilegales única y exclusivamente, para estos eventos la sanción será la nulidad del proceso adelantado.
 - 2.5. La regla de exclusión posee la función de disuasión del agente estatal para que este no concurra en la comisión de delitos o la violación de derechos de los individuos en el desarrollo de sus labores investigativas.
 - 2.6. La legislación colombiana cuenta con excepciones a la exclusión de los medios de prueba derivados de las pruebas viciadas, esto es, el hallazgo inevitable, la fuente independiente, el vínculo atenuado y las demás que consagre la ley.
3. La doctrina colombiana se encuentra dividida entre quienes apoyan la rigidez en la aplicación de las reglas de exclusión, caso como el del doctor Urbano Martínez, que defienden la primacía de las garantías individuales sobre la búsqueda de la verdad material, pero por otro lado podemos encontrar posturas como la del doctor Andrés Arango quien apoya la inclusión de medios de prueba viciados en aras de reforzar la teoría del imputado en miras de una sentencia exculpatoria.
De este modo podemos concluir que frente al presente y futuro de la figura de la regla de exclusión nos encontramos con opiniones divididas, de quienes propenden por la búsqueda de la verdad material y los que defienden la protección cabal de derechos y garantías fundamentales de las partes.
 4. El futuro de la regla de exclusión está sometido por múltiples factores, tan cambiantes como la sociedad misma, pero debemos comenzar a observar esta institución jurídica desde otra óptica, podemos asegurar que la regla de exclusión puede acarrear consecuencias negativas en su concepción rígida para el acusado, pues en eventos pueden despojarlo de herramientas defensivas.

De este modo podemos determinar que debe existir un cambio en las consideraciones vía jurisprudencia que se han ido tomando a lo largo de estos años y dar un giro en busca

del equilibrio entre la protección de derechos y garantías fundamentales, la eficacia en la administración de justicia y la utilización de medios de prueba viciados con la convalidación del acusado en aras de garantizar el derecho a la defensa.

Bibliografía

Citas.

1. Beccaria, C. (2015) De los delitos y de las penas. Universidad Carlos III de Madrid, España.
2. Carrara, F. (2004) Programa de derecho criminal Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, Colombia
3. Molina, A. (1988) Evolución histórica de la criminología: ensayo de criminología académica primera parte. Medellín, Colombia, Magistrado Ponente: Cepeda E. (2002). Sentencia SU-159/02. Corte Constitucional. Bogotá. Colombia.
4. Calderón, A. (2016). Las ilicitudes probatorias en materia penal. Informe parcial de investigación doctoral., Habana, Cuba.
5. Taruffo, M. (2012). La prueba, artículos y conferencias, monografías jurídicas universitarias. editorial metropolitana. Santiago de Chile. Chile.
6. López, C. (2018). La regla de exclusión de la prueba ilícita en España. Estudio Comparado con la Actualidad Mexicana. Universidad De Girona. Girona, España. pág. 63-130.
7. Gabriel J. (2012), La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación. Anuario De Derecho Constitucional, 2012, Bogotá, Colombia.
8. Peláez, H. (2016). La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil, Universidad Externado De Colombia Facultad De Derecho. Bogotá D.C. Colombia.
9. Alcaide G. Decadencia de la prueba ilícita penal -exclusionary rule- en el derecho norteamericano. Apuntes iniciales de derecho español [Entrada de blog] Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4465-decadencia-de-la-prueba-ilicita-penal-exclusionary-rule-en-el-derecho-norteamericano-apuntes-iniciales-de-derecho-espanol/>
10. República de Perú. (2004). Ley N° 28269 Código de procedimiento penal, Lima Perú
11. Magistrada principal Chávez Mella sala penal permanente casación 591-2015, Huánuco, Perú.
12. Pariona, C. (2018). La prueba ilícita conforme al nuevo proceso penal peruano. Lima, Perú.
13. República de Perú (1993) Constitución política de Perú; Lima, Perú.

14. Mesía R. (2018). “Los derechos fundamentales. Dogmática y jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
15. Francisco L (2014). La “prueba ilícita” en el proceso penal. Revista Intercambios N° 16, Buenos Aires, Argentina.
16. Maier, Julio B. J. (2001), Derecho procesal penal. Editores del Puerto, tomo I-b. Buenos Aires Argentina.
17. Guariglia, F. (2005). Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Editores Del Puerto. Buenos Aires. Argentina.
18. De Marino, R. (1983). “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en Primeras Jornadas de Derecho Judicial. Madrid. España
19. Miranda, E. (1999), El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J, M. Bosh Editor. Barcelona, España
20. Antón, T. (2004), “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, (2004). Santiago de Chile. Chile
21. República de Chile, Ley 19696 de 2000 Código de procedimiento. Santiago de Chile. Chile
22. Corte. Suprema, 8 enero 2015, ROL N° 29375-2015, Santiago de Chile, Chile
23. República de Colombia (1991) Constitución política de Colombia, Bogotá Colombia
24. República de Colombia. (2004). Ley 906 Código de procedimiento Penal. Bogotá. Colombia.
25. González, A. D. (2009). Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. Legal Legis, 123. Bogotá. Colombia
26. Navarro, A. (2011). La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Leyer Editores. Bogotá, Colombia
27. Magistrado Ponente: Monroy C. (2007) Sentencia C-210/07. Corte Constitucional Bogotá, Colombia.
28. Magistrada Ponente: Vargas H. (2005) Sentencia C-591/05. Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.
29. Magistrada Ponente: Monroy C. (2002) Sentencia C-159/02. Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.
30. Magistrado Ponente: Espinosa P. (2007), Sentencia 26310. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Bogotá, Colombia.
31. Magistrado Ponente: Salazar C. (2018), AP 948. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Bogotá, Colombia.
32. Magistrado Sustanciador: Rojas R, SU-414 de 2017. Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.

33. Magistrado Ponente: Monroy C, auto 227 del 2007. Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.
34. Magistrado ponente: Patiño C, AP 43291 de 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá Colombia.
35. Magistrado ponente: Patiño C, AP2853-2019 Radicado 54635. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá Colombia.
36. Magistrado Ponente: Hernández B, SP954 – 2020 Radicación # 56400. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá Colombia
37. Magistrado Ponente: José Gregorio H. (1993), Sentencia T-349/93, Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.
38. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes M. (1996), Sentencia C-070, 1996, Corte Constitucional. Bogotá, Colombia.
39. República de Colombia (1991) Decreto 2700. Bogotá, Colombia
40. República de Colombia (2000) Ley 600 Código de procedimiento penal, Bogotá, Colombia.
41. Uprimny. Y, Barbosa. C, Aponte. C, Guerrero. P, Bazzani. M y Urbano. M. (2005). Prueba ilícita y regla de exclusión. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá, Colombia. Escuela Judicial: “Rodrigo Lara Bonilla”.
42. República de Colombia. (1886) Constitución Política, Bogotá Colombia
43. Magistrado Ponente: Vladimiro. (1998) Sentencia C 093/98. Corte Constitucional. Bogotá. Colombia.
44. Arango G. (2016) Panorama Realista Sobre Las Reglas De Exclusión Probatorias. Medellín. Colombia
45. Peláez H. (2008) Reflexiones en torno al tratamiento de la prueba ilícita en el sistema jurídico colombiano. Universidad colegio mayor de Cundinamarca. Misión Jurídica, revista de derecho y ciencias sociales. Bogotá, Colombia
46. Ibarra S. (2017) Los Efectos De La Prueba Ilícita En Colombia: Caso Miti – Miti. Bogotá. Colombia.
47. Monsalve C. (2010) La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991. Revista de derecho y ciencias políticas, Vol. 40. Medellín, Colombia
48. Yáñez M. (2008) Dilema jurídico en la aplicación e interpretación de la cláusula de exclusión en el proceso penal colombiano. Bogotá Colombia.
49. Alfonso R. (2013) Sistema probatorio y concurrencia de pruebas: Sistema Penal Acusatorio, prueba ilícita. Barranquilla, Colombia.
50. Ramos, C. (2000). La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia. En AAVV. Manuales de formación continuada: La prueba en el proceso penal.

Referencias.

1. Faggiani, V. (2010). los ordenamientos constitucionales de Dinamarca, Suecia y Finlandia, redce. Año 7. Núm. 14. julio-diciembre. Págs. 225-262.
2. Devís, H. (1991). Teoría general de la prueba judicial (T. I. 5 ed.). Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía.
3. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
4. Martin, G. (1961). The Exclusionary Rule Under Foreign Law, 52 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 271.
5. Corte Suprema De Justicia De Los Estados Unidos, Caso Olmstead vs. U.S (1928)
6. Magistrado Ponente: Vladimiro. (1998) Sentencia C 093/98 Corte Constitucional. Bogotá. Colombia. Huertas, D, Prieto M. y Jiménez, R. (2015) La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. Bogotá Dc, Colombia: Revista derecho y ciencias sociales.
2. Espinosa, D. (2009) Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial. Madrid, España: Temas socio jurídico.
3. Magistrado ponente: Espinosa P. (2017) Proceso No 26310 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
4. Magistrado ponente: Bustos M (2012) Proceso No 36562 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
5. Magistrado ponente: Salazar C. (2018) AP948-2018 Radicación n°51882 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
6. Jaramillo R. (2018) La prueba ilegal y la prueba ilícita en la actuación procesal penal. Medellín, Colombia.
9. Aramburo C. (2010) Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: sobre la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. Medellín, Colombia: Revista nuevo foro penal. Vol. 6. #74.
10. Sánchez C, Rivera D, Salazar C, Rodríguez M, Hernández S, Caballero M, Daza G, Muñoz B, Alfonso V, Araque M, López C, Aranda C, Guerra G, Tovar U, Hernández B, Rodríguez G, Ochoa S, Bolívar M, Bernal G, Bernal S. (2012). Principia Iuris 18 Universidad Santo Tomás. Tunja, Colombia.
11. Herrera A, y Cortés C. (2018) Prueba ilícita y prueba ilegal criterios de diferenciación. Bogotá, Colombia: Universidad libre, facultad de derecho.
12. Magistrado ponente: Fernández C. (2018) SP 1036-2018 Radicación N°43533 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
13. Magistrado ponente: Prieto S. (2009) Radicado 30711 Corte Suprema de Justicia. Bogotá. Colombia

14. Basante S, y Huertas S (2014) Obtención de muestras sin el consentimiento del imputado (art. 249 cpp) un problema en la práctica. Medellín, Colombia. Fundación Universitaria Católica del Norte. Facultad de posgrados, Especialización probatorio penal.
16. Izquierdo. G y Uribe. Q (2010) Los derechos fundamentales y su limitación en el sistema penal acusatorio ley 906 de 2004 Colombia. Santiago de Cali, Colombia: Universidad de San Buenaventura, Facultad de ciencias políticas, Especialización en derecho procesal penal y criminalística.
17. Arnold, Vivanco, Gaínza, Cottet, Canales, Rodríguez V, Ghiso, Asún, Jiménez, Márquez, Montecinos, Martinic (2006) Metodologías de investigación social Introducción a los oficios Santiago de Chile. Chile. Lom Ediciones.
18. Blaxter, Hughes y Tight (2002) Cómo se hace una investigación. Barcelona, España. Editorial Gedisa.
19. Armenta. D. (2011). La prueba ilícita un estudio comparado. Madrid, España: Marsial Pons.
20. Magistrado Ponente: Borja D (2011) Radicado 29877 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
21. Magistrado ponente: Avila R. (2009) Radicado 31127 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
22. Magistrado ponente: Castro. C (2018) Radicado 53722 Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Colombia.
23. Sampieri, Collado y Batitas. L (2004) Metodología de la Investigación. Ciudad de México. México: MsGraw-Hell Interamericana.
24. Stephen. T. (2009). Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de derecho. Berkeley, California. Estados Unidos.
25. Arozamena S, Rubio Ll, Díez-P Tomás y V, Truyol S y Pera V (1984) Sentencia 114, tribunal constitucional español. Madrid España.
26. Hernández S, Fernández-C, y Baptista L. (2004) Metodología de la investigación.
27. Organización de los Estados Americanos (1969) Pacto de San José. Costa Rica
28. República de Colombia (1967) Estatuto de procedimiento Penal Decreto 50. Bogotá. Colombia.