

DILEMA JURÍDICO EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO¹

Dr. DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA²

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2008 - Fecha de aceptación: 1º de julio de 2008

Resumen

El intelecto humano adquiere verdadero sentido en la medida en que preocupado por el descubrimiento de la nueva creación se atreve a decir algo diferente. Sin embargo, en los senderos confusos del conocimiento se debe evitar que la obsesión impulse la frustración. El proceso de investigación y la producción de nuevos conocimientos se justifican en la medida en que se genere el interrogante esencial, se identifiquen los objetos conceptuales y se conozca la realidad, justificando efectivamente la interacción entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible, la cual no se limita simplemente al desarrollo de una metodología cerrada e inamovible entre el concepto y la práctica. La abstracción de la realidad en postulados normativos y la deconstrucción de ese conocimiento empírico traducido en leyes se enmarcan en la imposibilidad de la existencia de reglas sin ideas, en donde la inexistencia de un empleo significativo en la investigación trae consigo irremediablemente como conclusión definitiva la deslegitimación del orden jurídico vigente.

Palabras Clave: *Deconstruir, esencia, revolución científica, proceso, realidad, concepto.*

Abstract

The human intellect acquires real sense in the measure in which worried by the discovery of the new creation it dares to say something different. Nevertheless, in the confused paths of the knowledge it is necessary to prevent that the obsession stimulates the frustration. The process of investigation and the production of new knowledge justify themselves in the measure in which the essential question is generated, the conceptual objects are identified and there knows itself the reality, justifying really the interaction between the subject cognoscente and the object cognoscible, which does not limit itself simply to the development of a closed and immovable methodology between the concept and the practice. The abstraction of the reality in normative postulates and the destruction of this empirical knowledge translated in laws took place in the impossibility of the existence of rules without ideas, where the nonexistence of a significant employment in the investigation brings with him irremediably as definitive conclusion the unlawful of the juridical in force order.

¹ Ponencia ganadora del primer lugar en el VIII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho Nivel Pregrado en el marco del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal que tuvo lugar en Bogotá D.C. (Colombia) los días 5, 6 y 7 de septiembre de 2007.

² Fueron también integrantes de este Grupo de Investigación los estudiantes: SIRLEY JULIANA AGUDELO IBÁÑEZ, AUGUSTO JOSÉ ALBARRACÍN CUÉLLAR, DIEGO JAVIER BARAJAS CONDE, ANDRYS JONATHAN BARRETO RODRÍGUEZ, VÍCTOR HERNANDO CASTILLO OMAÑA, DIEGO ALBERTO DÍAZ NOSSA, MILENA GALVÁN SANDOVAL, CARLOS SÁNCHEZ MORA, RONALD ALEXANDER TORO CRISTANCHO.

Key Words: *Destruction, essential question, scientific revolution, process, reality, concept.*

LA INVESTIGACIÓN

“Nada está dado. Todo se construye”. Gastón Bachelard. La Formación del Espíritu Científico.

En la producción de un nuevo conocimiento sobre un objeto conocido, resulta imperativamente necesaria la intuición y la imaginación, las teorías establecidas en desarrollo del estudio de la Ciencia del Derecho no constituyen paradigmas perpetuos, las nociones que sobre el Derecho se establecen en una determinada sociedad y en un tiempo definido adquieren sentido en la medida en que la Sociedad, actuando como factor generador del Derecho influye en las transformaciones jurídicas, luego, partiendo de lo real, se llega al concepto, y una vez examinado el mismo y habiéndose estudiado su viabilidad y pertinencia, se produce a través del órgano de representación popular, titular del poder constituyente originario, la máxima expresión de la voluntad popular, la ley.

Esta primera etapa de **investigación legislativa**, basada en una actividad de representación popular, y producto de la no experticia en la Ciencia del Derecho por parte de aquellos que hacen las leyes, produce como consecuencia lógica que ese fruto legislativo omita e incurra en errores que deban ser resueltos por el órgano jurisdiccional, quien deberá en virtud de mandamientos constitucionales y legales realizar inevitablemente estudios jurídicos profundos que subsane una labor investigativa precaria por parte del legislativo; la **investigación jurisdiccional**, constituye entonces, la segunda etapa del estudio investigativo que es, en sí misma, el primer filtro jurídico en la producción de las normas. En esta etapa el Juez debe interpretar y aplicar la norma, sin embargo, en ese trabajo cuidadoso y juicioso ese fruto contaminado puede transmitirse en la decisión judicial, y el problema persiste, bien **porque los métodos de interpretación o no son suficientes o fueron aplicados erróneamente**.

Una tercera etapa, en el proceso de investigación normativo se evidencia en la **investigación doctrinal**, en la cual los estudios de los científicos del Derecho orientan la labor del juez, y que, a pesar de que no tienen fuerza vinculante forman prejuicios orientadores que influyen contundentemente en la decisión judicial.

En ese proceso investigativo, que incentiva la impulsión de un orden social más justo y verdaderamente jurídico, no encuentra su límite en las investigaciones anteriormente enunciadas, desde la universidad se deben originar los postulados más relevantes e influyentes, los estudios que se hacen en la **Investigación Universitaria**, tienen la santa prodigalidad de tropezar en el error o la ignorancia y la virtud de encontrar en la simplicidad de los conceptos o referentes los recursos necesarios para lograr decidir al caso en concreto **en forma justa y con argumentos jurídicos válidos**, construyendo en cada una de las decisiones nuevos conocimientos, como resultado de una verdadera labor investigativa.

Primer Análisis. ESTUDIO DEL CONTEXTO IDEOLÓGICO, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

El **Estado Social de Derecho** en el ordenamiento jurídico colombiano constituye el contexto ideológico sobre el cual han de inspirarse las **instituciones** del Estado y las **competencias** enumeradas para aquellos que desempeñan funciones propias del Estado; este análisis de la realidad colombiana se resume en la manifestación de la voluntad popular expresada en la Constitución Política de 1991, trabajo investigativo realizado por la Asamblea Nacional Constituyente, quien a través de una visión pluralista y participativa de un contexto crea luego de 11 años de vigencia un nuevo sistema de juzgamiento procesal penal que debe adoptarse a la tradición jurídica colombiana y ser un instrumento idóneo ajustado a las necesidades inmediatas y mediatas de la sociedad. En este sentido, el Sistema Penal Acusatorio, establece un nuevo Derecho Procesal Penal, adoptado por el Estado colombiano a través de la Ley 906 de 2004, previa reforma constitucional por Acto Legislativo N° 002 de 2003 el cual establece una serie ordenada de pasos a seguir y que se deben cumplir con el propósito de garantizar efectivamente los derechos básicos de aquel cuya acción u omisión ha vulnerado bienes jurídicos tutelados por el legislador.

En la estructura constitucional colombiana, existe una **parte dogmática** y una **parte orgánica**, en la primera, se definen los valores, principios, derechos y deberes de todos los ciudadanos colombianos, en la segunda, las instituciones básicas de la sociedad y sus funciones. Ahora, esta división no significa que las partes se excluyan y se justifiquen separadamente, los conceptos son diferentes, pero no independientes, la naturaleza de esta división obedece a que, las conductas humanas no se rigen por reglas absolutas, el comportamiento del hombre en sociedad es variable e imprevisible, luego, partiendo de esta realidad natural, ante la imposibilidad de que el Estado esté en todas partes, la Constitución crea e incorpora en su contenido normas de diverso **grado de generalización**, las cuales gozan en mayor y menor medida de fuerza vinculante en la decisión judicial, los valores, “constituyen el marco axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”³; los principios, “son cláusulas de derecho condensado”⁴, definición que incorpora de manera completa y precisa su esencia, en el caso de la Ley 906 de 2004 se establece como preámbulo un conjunto de principios rectores, ello significa que el ámbito de maniobrabilidad de el órgano jurisdiccional es limitado, y que su observancia es obligatoria en atención a su real y efectivo contenido jurídico. Finalmente, los deberes y los derechos son postulados normativos que se dirigen en concreto a cada individuo, quien, en ejercicio de su condición humana regula su conducta libre y conciente, encontrando límites a su ejercicio en su mismo derecho, pero con titularidad diferente. La actividad estatal y ciudadana en su ejercicio debe ajustarse a los valores, principios y reglas dogmáticas, solo de

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, Sentencia de Tutela, M.P. Ciro Angarita Barón, expediente T-406 de 1992.

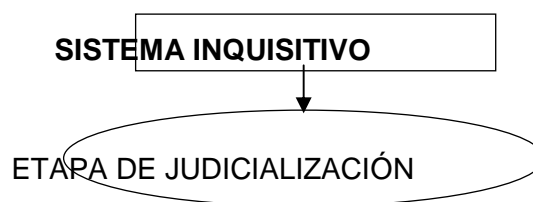
⁴ Vila Casado, Iván. *Nuevo Derecho Constitucional Parte General y Colombiana*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. San José de Cúcuta, 2004 - p. 333.

esta forma, los postulados constitucionales nominales se transforman en verdaderos criterios normativos.

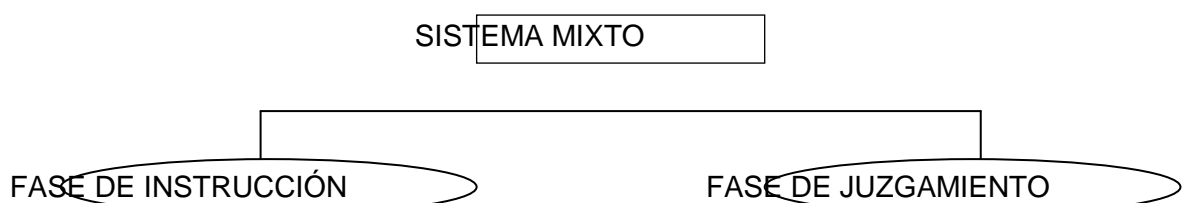
Segundo Análisis. ESTUDIO DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES Y SU EVOLUCIÓN.

El Derecho Procesal es un instrumento de convivencia, es por su carácter público y su obligatorio cumplimiento que se presume conocido, sosteniendo como principio fundante que “nadie puede ampararse en el desconocimiento de las leyes con el propósito de ser absueltos de su responsabilidad ante la comisión de un delito”. En este sentido, el estudio a través de la historia de los sistemas procesales penales e identificados plenamente en el **Sistema Procesal Penal Inglés** y el **Sistema Procesal de Tradición Romano-Germánica** inspirados en el modelo Acusatorio, Mixto e Inquisitivo respectivamente nos enseñan que a través de la historia la estructura penal ha adquirido mayor subdivisión y complejidad en cierto sentido, si observamos tímidamente el tema; sin embargo, esta complejidad se justifica si tenemos en cuenta que ello se da con el objeto constitucional de otorgar mayores garantías en pro de la realización de un verdadero debido proceso entre las partes que intervienen en la actuación, luego, el Procesado y el Órgano de Persecución penal adquieren desde el inicio de la investigación igualdad de condiciones, consagradas en la norma en desarrollo de principios constitucionales y legales tales como: el principio de igualdad, legalidad, inmediación, contradicción, *in dubio pro reo*, entre otros.

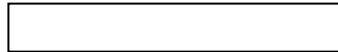
En materia de descubrimiento probatorio dentro de la evolución de los sistemas procesales penales, el sistema inquisitivo identifica una sola etapa, denominada dentro de esta investigación como de judicialización, debido a que el juez debía proveer todo, incluso a la defensa, los medios de convicción se recolectaban durante todo el proceso por el juez de instrucción, judicializándose como forma de investigar y siendo el único método de interpretación la tarifa legal.

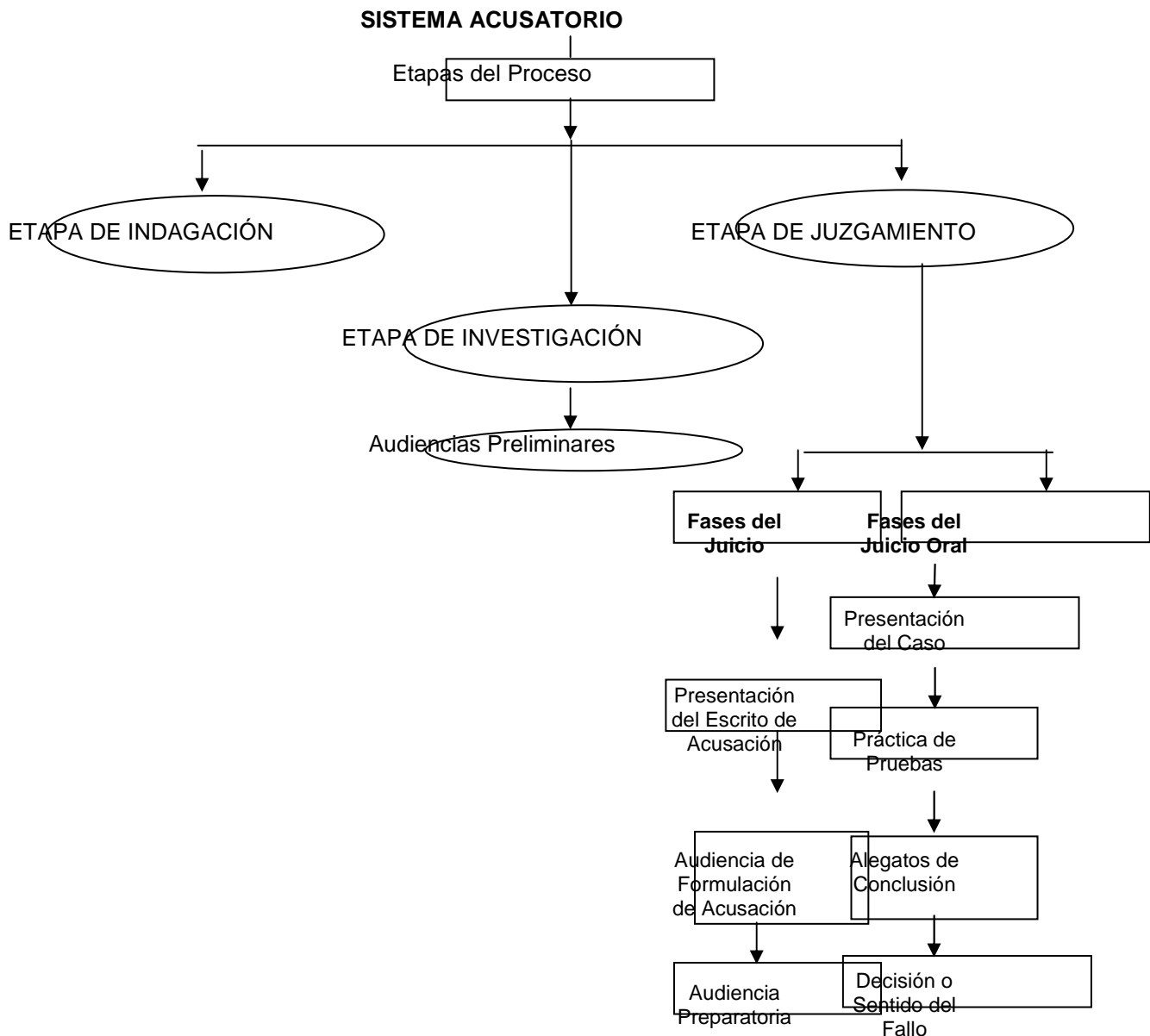


En el Sistema Mixto, todo se realiza en secreto, la persona puede ser privada de la libertad en desarrollo de la etapa de la investigación y no hay concentración de la prueba en la etapa del juicio, se identifican dos etapas procesales así:



Finalmente, el Sistema Procesal Penal Acusatorio encuentra su mayor virtud en la implementación de lo Oral en su desarrollo, desde el momento de la captura del procesado su situación jurídica se desarrolla a través de **Audiencias Preliminares**, entre otras, de control de legalidad de la captura, formulación de imputación, petición de medida de aseguramiento. La primera etapa de este proceso se denomina de Indagación, en esta los actores predominantes son fundamentalmente el Juez y el Fiscal, en materia probatoria el descubrimiento es muy limitado, prácticamente nulo; en la segunda etapa denominada de Investigación, el procesado puede allanarse a los cargos sin conocer el material probatorio que lo compromete, situación que se justifica en la probabilidad de que se evite el cumplimiento de las etapas posteriores, evitando desgaste en la administración de justicia, instancia en la que nace propiamente el proceso judicial; y una tercera etapa denominada de Juzgamiento en la cual de manera concentrada, con inmediatez, confrontación y contradicción se realiza la práctica de pruebas.





Tercer Análisis. ESTUDIO DEL RÉGIMEN PROBATORIO.

En el mundo jurídico, los medios que pueden emplearse para demostrar la responsabilidad de los hechos es libre, el principio de la Libertad de Medios Probatorios respalda este postulado, el debido proceso y el efectivo ejercicio del derecho de defensa se adquieren si la disyuntiva entre seguridad y celeridad se encuentran en una medida equidistante entre el exceso y la falta, una justicia pronta y segura sustentada en la oralidad de un juicio sin dilaciones se alcanza si los medios de conocimiento se obtienen obedeciendo religiosamente las garantías y libertades fundamentales de la persona cuya *acción* u *omisión* lesionó o puso en peligro un bien jurídicamente tutelado sin justa causa (antijuridicidad), y cuyo actuar cometido con voluntad libre, inteligente y conciente encaja en una descripción legal. Esa fórmula casi sacramental del Derecho Penal, en la que todo es típico, antijurídico y culpable se cumple en la medida en que la prueba además de servir para representar

algo, ésta haya sido incorporada al proceso en forma legal, oportuna y lícitamente obtenidas, en este sentido, el Estatuto Procesa Civil colombiano dispone que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”⁵.

Se trata entonces al individuo que ha quebrantado la ley penal como ser humano, no por el calificativo que le otorga la ley según la conducta realizada, escribe Beccaría al respecto: “no hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa”⁶. Luego, si una prueba vulnera alguno de los postulados establecidos para su obtención es ineficaz e inválida, porque para la justicia es inexistente, luego, ¿Qué va a valorar el juez?, ¿puede valorar algo que no existe?, ¿puede fundamentar una sentencia en un hecho jurídicamente inexistente?, entonces, ¿Qué instrumento jurídico tiene el juez a su disposición al momento de inaplicar los efectos sobre la nulidad derivada de la prueba ilícita existiendo declaratoria de exequibilidad de la norma por la Corte Constitucional?

Cuarto Análisis. ESTUDIO DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.

El problema fundante y que motivó la realización de la investigación se centra en este punto, el orden se establece en el estudio de las corrientes internacionales que adoptan los distintos Estados identificando el modelo colombiano y detectando las variaciones propias que deben adoptarse teniendo en cuenta la necesidad del Estado colombiano, en este sentido, la TEORÍA EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA, LA TEORÍA DE LOS PAÍSES DE TRADICIÓN ROMANA Y LA TEORÍA DE LOS PAÍSES DE TRADICIÓN GERMÁNICA son los antecedentes de la investigación, concluyendo que: son distintas y diversas las diferentes posiciones que adoptan los países, decisión que evidencia en mayor o menor medida su aspecto democrático, la existencia de restricción de las libertades y derechos en cada Estado. Una primera posición, se fundamenta en el siguiente postulado: **LAS PRUEBAS ILÍCITAS NO PUEDEN INCLUIRSE EN EL ACERVO PROBATORIO**. En este sentido se comporta un extremo teórico en el tema, tesis garantista y en extremo saludable e inteligente en la interpretación; solo de esta manera, se entiende en el mejor sentido el verdadero significado del Estado Social de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental, que el hombre no debe ser juzgado según la denominación que el derecho le ha otorgado por el acto cometido, sino en su condición y calidad de persona digna, titular de derechos y deberes.

La segunda posición, se funda en el siguiente postulado: **LAS PRUEBAS ILÍCITAS SON ADMISIBLES, PREVIO ANÁLISIS DISCRECIONAL DEL JUEZ**. Así pues, **el juez puede ponderar anticipadamente los diversos factores fácticos, teniendo en cuenta las reglas definidas en la ley o la jurisprudencia**, en este caso si bien es cierto que la ley debe ser un límite a la

⁵ Colombia, Presidencia de la Republica de Colombia, Decreto 1400 y 2019 de 1970, agosto 6 y octubre 26, Código de Procedimiento Civil, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 4ª de 1969.

⁶ Parra Quijano Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Décima sexta edición Ampliada y Actualizada, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional Ltda., 2007, p. 25. citando a Beccaría, César. *De los delitos y las penas*, Madrid, 1879. Versión vertida al castellano de Cesar Cantú, p. 148, XXVII.

discrecionalidad del juez, la excepción se transforma en regla general, superponiendo la política criminal, basada en una realidad social de un sector minoritario y en desmedro de la primacía de los derechos básicos.

En Colombia se adopta la segunda tesis, la ley (artículo 455 Código de Procedimiento Penal) y la jurisprudencia (sentencia C-591 de 2005 y SU 129 de 2002) otorgan validez a la prueba derivada en grave confrontación con el artículo 29 de la Constitución Nacional y de los Principios Rectores de Exclusión y Prevalencia definidos en este mismo Estatuto Procesal.

El proceso es un camino hacia la búsqueda de la convicción más allá de toda duda razonable que permita condenar se necesitan *pruebas*, “los hechos presentes sobre los cuales se construya la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado”⁷, y que estas sean sometidas a confrontación y contradicción ante un juez de conocimiento que debe someter la obtención de la prueba a una eventual exclusión, si se llegase a comprobar la existencia de un *nexo causal* que contamine directamente la prueba derivada en virtud del principio rector de Exclusión y Prevalencia⁸. Ahora, los hechos debatidos en un proceso pueden ser probados de cualquier forma, siempre que estos tengan capacidad para ello, condición que según criterios adoptados por la Corte Constitucional cumplen cabalmente las pruebas que han sido obtenidas por medios ilícitos (prueba derivada), las cuales deben ser valoradas en el proceso. Sin embargo, “la valoración del acervo probatorio basado en la sana crítica no es ilimitada”⁹, en el momento en el que se aplica el Derecho sin tener en cuenta los hechos determinantes del supuesto legal y si estos no se fundamentan en pruebas válidas se configura una vía de hecho por defecto fáctico en su dimensión positiva.

El problema es claro, la norma constitucional en el artículo 29 inciso quinto señala que: “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, en desarrollo de esta disposición, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 dispone: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Finalmente, para los efectos de la misma se establecen en el artículo 455 de la misma ley los criterios legales constituidos a manera de excepción de dicha cláusula tal cual son: *el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley*”.

Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual mediante la Sentencia C-591 de 2005 y SU-159 de 2002 lo declaró exequible. Dentro de los argumentos esgrimidos para adoptar esta decisión y en armónica interpretación del artículo 29 constitucional señala que la regla de exclusión es aplicable

⁷ Carnelutti, Francesco: *¿Cómo se hace un proceso?*, Editorial Temis, Cuarta reimpresión de la segunda edición, Bogotá, 2004, p. 58.

⁸ Colombia, Congreso de la Republica de Colombia, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 artículos 23 y 26.

⁹ Colombia, Corte Constitucional de la Republica de Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de Unificación de Tutela SU-159/2002, seis (6) de marzo de dos mil dos (2002), M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Expediente T-426353.

durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física, de igual manera argumenta la Corte Constitucional, que ha de excluirse **cualquier clase de prueba**, bien sea directa o derivada, que haya sido obtenida con violación de las garantías procesales y los Derechos Fundamentales. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas (notable contradicción argumentativa). La misma Corte Constitucional (SU-159-02) lo reconoce al afirmar que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”) fuera valorada en un proceso judicial ¿y qué especificidad se exige de esta?, que sea resultado (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, situación calificada por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos como “invención horrorosa para descubrir delincuentes”. De la misma manera lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español en sentencias 114/1984 y 127 de 1996 entre otras, señala: “la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba contenida conculcando un Derecho Fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

Con todo esto, la contradicción argumentativa al interior de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en la interpretación del artículo 29 constitucional nos obliga a establecer la causa que la genera, el análisis de la actividad mental que ha de hacer el juez al momento de excluir la prueba nos permite identificar distintos escenarios intelectuales, el juez se enfrenta a un problema fundamental, EN COLOMBIA, SI BIEN UNA PRUEBA ILÍCITA, IRREGULAR O ILEGALMENTE OBTENIDA TIENE EFECTOS, ESTOS SON MUY LIMITADOS toda vez que aunque se reconozca relación de causalidad entre la prueba primaria (originariamente violatoria de la protección constitucional y legal) y la prueba derivada, esta no comunica inmediatamente la ilicitud o que esta signifique su contaminación inminente, teniendo en cuenta por ejemplo la existencia de una fuente independiente que fragmente el medio probatorio, situación que consecuentemente transforma la prueba en un fruto sano para el proceso. En este sentido tanto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia comparten el mismo criterio, sostiene la Corte Suprema: “si se trata de irregularidades menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta imperativa su exclusión”, estas posiciones jurisprudenciales se derivan de el enfoque sistemático alemán, el cual otorga un mayor valor a la realización de la justicia en el caso concreto sustentada en la obtención de la verdad real; a través de un método de ponderación se define la operación mental que ha de hacer el juez al momento de excluir la prueba, una primera etapa que he denominado de **Identificación de Relación Causal** y de **Justificación Razonable** respectivamente.

ETAPAS DE PONDERACIÓN

Primera Etapa. DE IDENTIFICACIÓN DE RELACIÓN CAUSAL.

Se debe establecer si la prueba en sí misma y por sí misma representa vulneración de las garantías fundamentales. Ahora, si la prueba refleja tal condición el método carece de fundamento y culmina, luego, la prueba es excluida, en la práctica esto es lo que ocurre generalmente con las pruebas obtenidas directamente del agravio a la garantía fundamental, sin embargo, no ocurre lo mismo con aquellas que son el resultado indirecto de la prueba primaria, las pruebas derivadas. Por el contrario, si no se cumple esta condición de vulneración directa el método continúa, que es lo que generalmente ocurre, en palabras del maestro Jairo Parra Quijano “para una inteligencia lúcida, siempre será posible establecer relaciones entre una prueba y otra”¹⁰, ingresando entonces a la siguiente etapa.

Segunda Etapa. DE JUSTIFICACIÓN RAZONABLE.

En esta instancia la afectación de los Derechos Fundamentales se justifica en la medida en que esta se adecúe a los fines de la persecución penal, no se considera nociva esta intervención por parte de los agentes del Estado debido a que no se cuentan con otros medios idóneos que fundamenten la futura actuación, además, es el único camino por el cual se ve lesionado en menor entidad el derecho de la persona.

Podemos concluir entonces, que el objetivo principal al adoptar esta posición soportada en el principio de la proporcionalidad tiende a evitar que los delitos queden en la impunidad, fundamento semejante al sostenido en Alemania. Luego, son pruebas ilícitas aquellas que provienen de manera “EXCLUSIVA, DIRECTA, INMEDIATA Y PRÓXIMA A LA FUENTE ILÍCITA”¹¹; las demás que sean resultado INDIRECTO, DERIVADO, MEDIATO Y LEJANO de aquella prueba originariamente viciada no se encuentra contaminada y debe ser valorada.

ELEMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Elemento disuasivo. Este primer elemento reviste una especial aplicación en los Estados Unidos, se pretende evitar comportamientos arbitrarios por parte de las autoridades en relación con los requisitos esenciales del procedimiento para la obtención de la prueba, hasta el punto en que se ha llegado a dejar en libertad al infractor que ha sido objeto de una actuación despótica de la autoridad, aunque existan sospecha o firme convicción sobre su responsabilidad. Se protege entonces a todo el sistema normativo constitucional en una constante lucha por evitar el abuso de poder.

Elemento de integridad judicial. El Estado no puede utilizar, so pena de atentar contra su propia esencia, procedimientos análogos al del delincuente, el proceso es un instrumento de convivencia regido por reglas claras que no autorizan transformaciones oscuras que fomenten, estimulen y autoricen la ilicitud en el proceso. Los funcionarios judiciales no pueden ser cómplices de la

¹⁰ Parra Quijano Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Décima Sexta edición Ampliada y Actualizada, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007, p. 836.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de Unificación de Tutela SU-159, seis (6) de marzo de dos mil dos (2002), M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente T-426353.

delincuencia y de los actos que atentan contra la Constitución al admitir en el proceso un medio de convicción disfrazado de verdad.

Elemento de credibilidad y confianza. “No existe ningún tipo de igualdad de armas entre la criminalidad y el Estado, éste necesita de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, de lo contrario, pondría en peligro la credibilidad y la confianza del pueblo en el orden jurídico estatal”¹². El Gobierno no puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos, sus decisiones serían acatadas temporalmente por el pueblo, un plazo definido en el tiempo debido a la inminente deslegitimación del pensamiento que ostenta el poder.

Elemento garante. “El Estado social de derecho supone el reconocimiento de la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad”¹³; el Estado se refleja en las decisiones judiciales, estas trascienden en la persecución del bienestar general de la comunidad a través de la persona humana y de su dignidad, libertad e intimidad como valor máximo del ordenamiento constitucional, sin esta condición no habría un proceso acorde a los fines del Estado social de derecho.

Elemento asegurador. La verdad real y su búsqueda en la realización de la investigación de las conductas que revisten las características de un delito, no obliga a obtener la prueba a toda costa, con vulneración de las garantías fundamentales, la prueba no debe ser obtenida en forma atropellada, deben anteponerse los derechos inalienables del ser humano, es inadmisibles cualquier postura probatoria que refute el tenor literal de el artículo 2º constitucional al enunciar como fin esencial del Estado que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”¹⁴, la obtención de los medios de convicción que fundamenten el sentido del fallo debe sustentarse en una prueba confiable que permitan efectivamente enunciar la verdad real.

Elemento reparador. El comportamiento abusivo, despótico y autoritario adoptado por los agentes del Estado debe ser corregido, esa “reparación del agravio” se obtiene a través de la libertad del procesado o atribuyéndole al árbol venenoso suficiente alcance, con el propósito de que necesariamente produzca frutos contaminados.

El contexto jurídico en la aplicación de la regla de exclusión nos revela la declaratoria de exequibilidad de la norma legal que establece tales criterios, ahora, el Derecho nos otorga las herramientas necesarias para aquellos casos en el que la lucha por el derecho contravenga la justicia y deba tomarse su bandera. La inconstitucionalidad del referido artículo es manifiesta, clara y contundente, sin embargo, instituciones jurídicas creadas en un lenguaje incomprensible justifican la admisión de la prueba, a través de la técnica jurídica desmedida se impide que las personas comprendan el Derecho,

¹² Hassemmer, Winfried. *Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada*. Tesis y razones. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica, Año 9, N° 14, p. 7.

¹³ Vila Casado, Iván. *Nuevo Derecho Constitucional Parte General y Colombiana*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. San José de Cúcuta, 2004, p. 380.

¹⁴ Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 2º.

dificultando que logren participar en condiciones jurídicamente iguales. El proceso es una sucesión de sucesos que suceden sucesivamente y si existe contradicción, o vacíos, o errores en alguna de sus etapas, el juzgamiento falla, ahora, ante la existencia de estas situaciones y para darles “solución”, se acude tradicionalmente a las reformas constitucionales y legales como método supremo y exclusivo, no siendo esta la única alternativa. Es ardua la labor de nuestros jueces, pero debe tenerse presente que **las soluciones en el derecho no está en los cambios constantes de las disposiciones legales, sino en la interpretación inteligente de las normas.**

CRITERIOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DE LA PRUEBA

Debe entenderse que la pretensión del debido proceso no es llegar al final del camino para aplicar la pena de cualquier modo, ese método a través del cual se indaga por la convicción más allá de toda duda razonable, se transforma en una finalidad constitucional. Luego, como la prueba es sinónimo de garantía, han de considerarse ilícitos los medios de convicción que hayan sido obtenidos directa o indirectamente de una prueba que bien está prohibida por expreso mandamiento de una norma de rango constitucional, o por prohibición de una norma de rango legal, o porque no se han cumplido con los elementos esenciales del procedimiento en su realización y que consecuentemente resulta ilícita, o porque es una prueba que resulta de un medio probatorio practicado con anterioridad pero que es originariamente ilícito y por consiguiente todos sus frutos y consecuencias, momento en el cual se constituyen las pruebas derivadas, y que estas puedan llegar a tener valor probatorio en un Estado Social de Derecho. Por lo que adquiere vital relevancia que la prueba que sustente una pretensión haya sido obtenida en forma legítima.

VÍNCULO ATENUADO

La Corte Constitucional jurisprudencialmente precisó conceptualmente los mencionados criterios, en este sentido, por **vínculo atenuado** se entiende que “si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulte ser tan tenue que ***casi se diluye el nexo de causalidad***, lo que hace imposible la comunicación entre ellas y el traslado de la ilegalidad”.

Crítica. Se establece una supuesta atenuación del vínculo entre lo ilícito y lo lícito, criterio que queda sumido en el campo del subjetivismo del juez y que lo posibilita a que arbitrariamente incorpore material probatorio, **aunque, se reconozca la existencia de relación causal a partir de su misma definición entre la prueba originaria y la prueba derivada.**

FUENTE INDEPENDIENTE

La fuente independiente consiste en que “si determinada evidencia tiene un origen diferente al de la prueba ilegalmente obtenida, debe ser admisible”, no se aplica entonces la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.

Crítica. Se pretende establecer una fuente diferente, pero dependiente, con la cual se quiere ocultar lo inocultable, distinción que busca darle entrada al proceso a todo lo que resulte “útil”, justificando una actuación en un supuesto derecho, aunque se vulneren los Derechos Fundamentales de la persona, otorgando valor probatorio al resultado de un delito y comprometiendo la buena administración de justicia.

DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

“La prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que la prueba derivada habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito”.

Crítica. Se otorga validez a una prueba obtenida por medios ilícitos, argumentos motivados en la mera probabilidad o posibilidad de haberse producido una prueba legítima, en donde, nada importa que para su acceso, el Estado haya adoptado conductas criminales porque el descubrimiento inevitable “sirve”, dejando sin efecto alguno el elemento disuasivo que sobre los agentes del Estado prevé la cláusula.

En este sentido la aplicación de esta cláusula nos enfrenta a un dilema jurídico toda vez que se evidencian conceptos imprecisos en la disposición legal que desarrolla el mandato constitucional. Viéndose la afanosa necesidad de definir su aplicación, so pena de encontrarnos en un limbo jurídico, “si definido” por un error de omisión legislativa que trae consigo inseguridad jurídica, sacrificándose la justicia por el Derecho.

Quinto Análisis. ESTUDIO DE LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

En desarrollo del principio de la valoración probatoria el juez realiza las operaciones intelectuales necesarias con el fin de establecer o determinar si los hechos debatidos en el proceso se encuentran o no demostrados en los medios aportados con tal fin, establecer la existencia o inexistencia de un hecho pasado puede realizarse de cualquier forma, el Estatuto Procesal Civil y Penal señala dentro del régimen probatorio las maneras debidas de demostrar los hechos siempre y cuando que esos hechos presentes (la prueba) tengan capacidad para probar.

En el proceso inquisitivo se judicializan los medios de convicción desde la etapa de investigación, siendo el único método de interpretación la TARIFA LEGAL, bajo este método de valoración el juez no aprecia, esto sucede porque la valoración se hizo con anterioridad a la intervención judicial, el juez se convierte en la voz del legislador, porque al hecho en concreto se le ha predeterminado la forma de ser probado. Sin embargo, esta no es la única manera de valorar la prueba, en la SANA CRÍTICA el juez es quien determina cuando un hecho es probado, a través de la interpretación razonada, su propia sabiduría, interpretación razonada y experiencia decide el caso en concreto. Ahora, esta discrecionalidad no es ilimitada, el juez debe atender los postulados normativos en sus distintos grados de generalidad y decidir con base a ellos, de lo contrario, la decisión judicial carecería de sustento teleológico, lo cual traería fallos absurdos y claramente contradictorios.

Ahora, los métodos de interpretación base de la metodología y técnica en la investigación jurídica tales como el **MÉTODO EXEGÉTICO, SISTEMÁTICO, SOCIOLÓGICO, HISTÓRICO, LÓGICO Y DE INTERPRETACIÓN COMO CONCRETIZACIÓN** son las distintas maneras a través de la cual el juez decide y como mandamientos casi absolutos deben acatarse, pero, y como se enunció anteriormente a pesar de que se realiza un proceso investigativo por el órgano legislativo, ese fruto acabado pero imperfecto debe ser interpretado por el juez y para ello utiliza los métodos de valoración referidos, sin embargo, estos pueden ser insuficientes o ser aplicados erróneamente. En materia de exclusión probatoria la Corte Constitucional colombiana fundamenta una decisión en fragante contradicción con la Constitución Política, luego, corresponde al juez y a su correcta interpretación establecer que el vínculo atenuado, la fuente independiente o el descubrimiento inevitable no se configuran al caso en concreto.

Es ardua la misión de nuestros jueces saben que las soluciones en el Derecho no están en el cambio constante de las disposiciones legales, sino en la interpretación inteligente de las normas.

“aunque todo el trabajo de nuestros abogados y jueces por sacar de la oscuridad la luz de lo justo fuese ilusorio, aun en ese mismo caso, esa fatiga prodigada sin fruto tangible por la justicia sería siempre una santa prodigalidad y acaso la más alta expresión del espíritu por el que el hombre se diferencia de las bestias”. Calamandrei.

ARGUMENTOS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

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.

La prueba derivada no puede ser valorada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. Esto como adición a la incompleta definición establecida en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal - Ley 906 de 2004.

El artículo 455 de la Ley 906 de 2004 se opone al principio rector de la cláusula de exclusión y por disposición del artículo 26 el cual dispone que las normas rectoras son obligatorias y prevalecerán sobre cualquier otra disposición del código. **Principio no tomado en cuenta por la Corte Constitucional en sus sentencias.**

De la lectura del artículo 26 de Estatuto Procesal Penal se infiere que el Principio de la Prevalencia debe ser tomado como fundamento de interpretación, luego, **es obligación del juez fundamentar su decisión en concordancia a las normas rectoras superiores dentro de la actuación procesal penal.**

La ejecución de todas las actividades que el fiscal ordene y de los órganos que prestan apoyo a la indagación e investigación de los hechos que revisten las características de un delito, **deben encauzarse dentro de un programa metodológico que no admite restricción a los Derechos Fundamentales.**

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.

Los criterios de excepción en la exclusión **establecen la búsqueda de la convicción en ningún hecho**, porque para la justicia son inexistentes.

El sentido correcto de interpretación, es aquel a través del cual, el efecto expansivo de la prueba ilícita, **únicamente faculta al juez para valorar pruebas autónomas e independientes**, es decir, que no exista conexión o nexo de causalidad con la ilícitamente practicada, debiéndose prestar especial atención en **no confundir prueba diferente, pero derivada, con prueba puramente independiente, sin relación causal.**

Teniendo en cuenta estos referentes, se identifican las fallas o errores legislativos en materia de exclusión y se plantean argumentos jurídicos sostenibles que expresan fielmente la labor investigativa impulsada desde la Asamblea Nacional Constituyente, el problema surgió cuando ávidos de técnica legislativa se crearon instituciones jurídicas que solo pueden ser entendidas por unos pocos y que impiden que la sociedad participe en la formación de su destino, reglas de juego borrosas e indeterminadas fueron definidas y se mantienen en el ordenamiento jurídico colombiano, planteo algunas reflexiones en materia procesal penal que pretenden orientar al juez y que este decida correctamente.

“Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”. Eduardo J. Couture.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ Nuevo Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, Sistema de Eruditos Prácticos Legis.
- ✓ Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007.
- ✓ Libro de Memorias XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2006.
- ✓ Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, Nueva Justicia para los Colombianos, Fiscalía General de la Nación, 2006.
- ✓ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991.
- ✓ Cadena Lozano Raúl y Herrera Calderón Julián, *Cláusula de Exclusión y Argumentación Jurídica en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- ✓ Baena Upegui, Mario. *Epistemología Teoría de la Historia de lo Teórico*, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Centro de Investigaciones, Bogota D.C., Colombia, 2002.

- ✓ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de Unificación de Tutela SU-159, seis (6) de marzo de dos mil dos (2002), Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente T-426353.
- ✓ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-591, nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), Magistrado Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-5415.
- ✓ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, Sentencia de Tutela, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, expediente T-406 de 1992.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 17 de septiembre de 1985.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de marzo de 1988.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de noviembre de 1990.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 17 de noviembre de 1994.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 22 de octubre de 1996.
- ✓ Colombia, Corte Suprema de Justicia Sentencia de 23 de julio de 2001.
- ✓ España, Tribunal Constitucional, Sentencia TCE 114 de 1984 y TCE 127 de 1996.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.

