

**Yecid Echeverry Enciso\***

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

ycheverry@icesi.edu.co

**Legalidad de la prueba y la exclusión\*\***

*Legality of evidence and exclusion*

*Legalidade da prova e exclusão*

**Artículo de investigación:** recibido 05/11/2018 y aprobado 20/12/2018

\* El autor es profesor tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, abogado por la Universidad de San Buenaventura Cali, sociólogo por la Universidad del Valle, especialista en Derecho penal por la Universidad Santiago de Cali, magíster en Filosofía por la Universidad del Valle y Ph.D en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

\*\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al proyecto interdepartamental «25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho», registrado en el grupo de investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del grupo de investigación Nexos de la misma universidad.



## Resumen

Los principios, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, son tenidos como normas de aplicación inmediata, por el rol que desempeñan en la protección de garantías fundamentales y constitucionales a los ciudadanos. En este sentido, son preceptos frente a los cuales no se puede ser indiferente, en especial cuando se trata del actuar de una autoridad judicial o administrativa, pues sus actividades se encuentran reguladas por requisitos legales que deben siempre sustentar dichas actuaciones. Es así como llegamos al principio de legalidad o deber de justificación del actuar administrativo en preceptos normativos previos. En este sentido, el principio de legalidad garantiza en el proceso que todas las etapas sean surtidas acordes a lo establecido legalmente, situación que involucra, como es lógico, la etapa probatoria tanto en la obtención de la prueba como en su incorporación al proceso; dichas etapas se encuentran expresamente reguladas, y la falta de esos lineamientos o la vulneración de derechos y garantías fundamentales durante su ejecución son razón suficiente para invalidar y excluir la prueba del proceso como sanción por su ilicitud.

**Palabras claves:** Principio de legalidad; Exclusión de la prueba; Debido proceso; Prueba ilícita; Prueba ilegal.

## Abstract

The principles, within the Colombian legal system, are considered as norms of immediate application, for the role they play in the protection of fundamental and constitutional guarantees to citizens. In this sense, they are precepts against which one cannot be indifferent, especially when dealing with the actions of a judicial or administrative authority, since their activities are regulated by legal requirements, which must always support such actions. This is how we arrive at the principle of legality or duty of justification of administrative action in previous normative precepts. In this sense, the principle of legality guarantees in the process that all stages are met in accordance with what is legally established, a situation that involves, as is logical, the evidentiary stage both in obtaining the evidence and in its incorporation into the process; these stages are expressly regulated, and the lack of those guidelines or the violation of rights and fundamental guarantees during their execution are sufficient reason to invalidate and exclude the evidence of the process as sanction for its illegality.

**Keywords:** Principle of legality; Exclusion of evidence; Due process; Unlawful evidence; Illegal evidence.

### Resumo

Os princípios, dentro do sistema legal colombiano, são considerados como normas de aplicação imediata, pelo papel que desempenham na proteção das garantias fundamentais e constitucionais aos cidadãos. Nesse sentido, são preceitos contra os quais não se pode ser indiferente, especialmente quando se trata de ações de uma autoridade judicial ou administrativa, uma vez que suas atividades são reguladas por exigências legais que devem sempre apoiar tais ações. É assim que chegamos ao princípio da legalidade ou dever de justificação da ação administrativa em preceitos normativos anteriores. Nesse sentido, o princípio da legalidade garante, no processo, que todas as etapas são dadas de acordo com o que é legalmente estabelecido, situação que envolve, como é lógico, a etapa probatória tanto na obtenção da evidência quanto na incorporação ao processo; Essas etapas são expressamente regulamentadas, e a falta dessas diretrizes ou a violação de direitos e garantias fundamentais durante a sua execução são razões suficientes para invalidar e excluir a evidência do processo como uma sanção por sua ilegalidade.

**Palavras-chave:** Princípio da legalidade; Exclusão do teste; Devido proceso; Provas ilegais; Prova ilegal.

El presente ensayo da cuenta de la importancia que tienen los principios en nuestro ordenamiento jurídico, al configurarse como una base de protección legítima, de aplicación inmediata y susceptible de garantía judicial, particularmente el de legalidad de la prueba. Este principio adquiere relevancia cuando se trata de regular las relaciones y actividades entre individuos y entre estos y el Estado, pues es considerado una garantía constitucional orientada a prevenir arbitrariedades por parte del Estado en sus actuaciones de cara a los ciudadanos. Ostenta la filosofía proteccionista inspirada en la teoría de los derechos fundamentales que regula la actuación estatal.

En este sentido, el presente escrito tiene su fundamento en el desarrollo del principio de legalidad, aterrizado en la ejecución de un proceso, concretamente en la obtención y valoración de la prueba. Pretende explicar cómo la obtención y la incorporación de una prueba deben cumplir los requisitos legales establecidos para ser considerada válida en el proceso y evitar su nulidad por ilicitud o su exclusión de plano.

Adicionalmente, se tiene en cuenta el hecho de que una prueba obtenida con violación al debido proceso y a las garantías fundamentales, es decir, una prueba ilícita o ilegal, no solo afecta su validez dentro de un proceso, sino que, en ocasiones —y existen doctrinas bastante fuertes que apoyan este presupuesto—, también contamina las pruebas derivadas de esta debido a su ilicitud; es decir, son tratadas de la misma forma que la prueba principal y no surtirán efectos. Frente a este aspecto, se hace hincapié en la importancia que debe tener un análisis profundo respecto a la relación de causalidad que puede tener una prueba principal sobre sus pruebas derivadas.

Ahora bien, se tiene como consecuencia de una prueba ilícita la exclusión de la misma del proceso, como ya fue mencionado. Su efecto inmediato es la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, para darse la exclusión de una prueba también es preciso analizar el caso concreto y determinar el efecto que pueda tener su ilicitud o ilegalidad respecto del debido proceso, pues la seguridad jurídica es uno de los objetivos fundamentales del proceso, sin desconocer que también persigue la verdad y que la prueba es el medio idóneo para alcanzar este objetivo.

De este modo, la presente investigación intenta responder a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las implicaciones de la vulneración del principio de legalidad de la prueba en un proceso? ¿Qué aspectos configuran la legalidad o ilegalidad de la prueba? ¿Qué consecuencias se derivan de la prueba obtenida con

violación al debido proceso sobre las pruebas lícitas que se deriven de aquella? Y, finalmente, ¿cuándo y cómo debe hacerse la exclusión de una prueba en un proceso? En buena parte, a esto nos dedicaremos en lo sucesivo, partiendo del principio de legalidad como fuente teórica del debate. Luego abordaremos el debate de la ilegalidad de la prueba, posteriormente nos adentraremos en el dominio de la exclusión probatoria, para culminar con unas consideraciones finales a manera de conclusión.

### **El principio de legalidad como garantía jurídica**

Los principios, además de constituir un importante límite a la actividad del legislador, suelen ser las guías que marcan el derrotero de la actividad estatal y criterio hermenéutico al momento de interpretar las disposiciones normativas. También son vistos como un medio para superar conflictos que se manifiestan entre individuos o entre estos y el Estado, constituyendo una forma de protección de derechos fundamentales, encaminados a impedir el abuso o arbitrariedad por parte de terceros o de autoridades. Lo anterior le da al principio la característica de ser una norma de aplicación inmediata, pues resulta ser un soporte de protección de los derechos al paso que delimita el espacio de interpretación tanto del juez como del legislador, restringiendo o facilitando su actuar en el ordenamiento jurídico.

Con el fin de brindar un mejor acercamiento al concepto de principio, es preciso traer a colación lo expuesto por Alexy (2003, p. 95), bajo el entendido de que los principios son normas o mandatos que ordenan el cumplimiento de una preceptiva en la medida de lo posible, es decir, atendiendo a las condiciones fácticas y jurídicas, posibilitando que estos tengan distintas aplicaciones de conformidad con la realidad jurídica y social de un Estado. En este sentido, los principios como mandatos de optimización se dan en grados, permitiendo que uno se aplique con mayor intensidad que otro y no en una relación de todo o nada, al estilo de las reglas jurídicas, las cuales al entrar en contradicción deben ser superadas anulando una y aplicando la otra.<sup>1</sup>

De otra parte, los principios que informan las diferentes instituciones del sistema penal son, en realidad, el reflejo de la forma como el derecho constitucional concibe las garantías ciudadanas dentro de la instancia represiva. De manera que el poder determinante de estas normas se debe a su naturaleza, la cual las

---

1 Al respecto, véanse: Alexy (2003) y Orduz (2010).

ubica en un escaño diferente, en un nivel superior al de las normas ordinarias, pues reflejan valores superiores fundamentales para la convivencia social, sin ser ellos de textura tan abierta como los valores, pues los valores constituyen un plexo axiológico orientado al futuro; tienen un marcado contenido programático, mientras que los principios son de aplicación inmediata. De allí que, como lo reconoce nuestra Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, el concepto actualmente acogido por la corporación es el que refrenda el profesor alemán Robert Alexy (1993), quien, refiriéndose a la distinción existente entre principios, reglas y valores, sostiene:

El punto decisivo para la distinción entre Reglas y Principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, «los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas». En cambio, «las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no». Por ende, «si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos». Por lo que, «las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (pp. 86-87).

Los principios son entendidos por el autor citado como conceptos deontológicos, dado que expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos, con lo que establecen fines bajo una estructura jurídica interna compleja. Son prescripciones jurídicas que pese a ser generales, por ser normas que establecen un deber ser, suponen no solo una delimitación política y axiológica, sino también un marco de interpretación tanto para el legislador como para el juez constitucional; problemática que no ha sido ajena a la Corte, que desde sus albores y mediante ponencia de Ciro Angarita, en la sentencia fundacional T-406 de 1992, analizó el asunto en los siguientes términos:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen

el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional [...]. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

De allí que los principios fundamentales del Estado sean una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de ser parte de la Constitución misma y estar dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede –en ciertos casos– necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos a las autoridades creadoras del derecho, esto es, al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva o advierte un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino cualitativa, tal como lo advierte Alexy; por lo tanto, su eficacia es igualmente diversa. Los principios, por el hecho de ser más específicos que los valores, tienen una mayor eficacia y capacidad para ser aplicados directa e inmediatamente, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios



y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa o jerárquica, sino de eficacia. Las normas como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad, aumentan su espacio de influencia, tienden a ser más abarcadores, pero pierden concreción y especificidad, disminuyendo su capacidad para resolver el caso concreto. En otras palabras, los valores son más generales que los principios; de ahí su déficit en términos de eficacia.

Ahora bien, aunque la Corte no mencione directamente al autor alemán, es claro que su idea de principios se adecúa en forma plena a la definición que ya expusimos, lo cual guarda correspondencia con la noción estratégica de la Corte de tornar forzosa la ideología de los derechos fundamentales, imponiendo al legislador y al operador judicial obligaciones hermenéuticas que devienen de la Carta Fundamental, dado que los principios, contrario a los valores, tienen una aplicación práctica, inmediata y directa en la solución de problemas jurídicos. Así pues, si en un momento dado, y como suele ocurrir constantemente, llegasen a presentarse incompatibilidades entre dos principios al momento de resolver un caso en concreto, nuestra Corte Constitucional ha venido siguiendo los pasos de las soluciones brindadas por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, que prevé que:

Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción'. Pues 'más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro', y 'bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionado de manera inversa (1993, p. 86).

Por lo que es dado a entender que en cada caso específico deberá determinarse cuál de los principios tiene mayor peso para inclinarse a dar una solución compatible con la dimensión de las necesidades reales. Allí se impone la ponderación (*Abwägung*) como el método o mecanismo para solucionar estas eventualidades entre principios de igual jerarquía.<sup>2</sup> De allí se puede afirmar que los principios tienen una naturaleza jurídica concreta, por su carácter más

<sup>2</sup> En el medio, ha sido Carlos Bernal Pulido (2003a, 2003b, 2005 y 2007) un profundo estudioso de las ideas de Alexy; bajo su guía, desarrolló una tesis sobre el tema en Alemania.

específico, su eficacia normativa y su aplicación inmediata, que los diferencia de los valores, de naturaleza deontológica abstracta, más generales, de textura abierta, contenido programático y aplicación a futuro requiriendo de su desarrollo normativo y jurisprudencial. En otras palabras, los principios gozan de la capacidad de ser aplicados a casos concretos de manera inmediata y obteniendo una clara eficacia jurídica sin necesidad de desarrollo alguno a futuro. Pasamos así a ver los principios en concreto, particularmente el de legalidad.

Ahora bien, aterrizando la aplicación de los principios constitucionales al sistema jurídico colombiano, es necesario resaltar la importancia del principio del debido proceso, mediante el cual se estipula que toda persona tiene derecho a unas garantías mínimas a fin de ajustar los procedimientos y el resultado a derecho. De ahí que los jueces, en su actuar, respeten rigurosamente los requisitos establecidos legalmente, pues estarán en la obligación de acatar los procedimientos y principios consagrados en la Constitución y la ley, como es el caso del principio de legalidad. Este es considerado un derecho fundamental cuando se trata del ejercicio de actividades que se encuentran reguladas normativamente, y, por tanto, se está en la obligación de estarse a las condiciones jurídicas predeterminadas; así, pues, debe entenderse como la adhesión tanto del Estado como de los ciudadanos al ordenamiento jurídico. En otras palabras, tanto el gobernante como el gobernado se someten al imperio de la norma previamente establecida.

Es así que el principio de legalidad termina constituyendo la principal garantía de los ciudadanos, en la medida en que imposibilita a las autoridades para actuar de forma diversa a lo ya estatuido en los preceptos aprobados con antelación, generando el deber de acatamiento y procurando el mantenimiento de los derechos adquiridos, junto a situaciones consolidadas bajo el mandato de los cánones existentes. Es, entonces, una herramienta esencial para la protección de sus derechos y una limitación a cualquier forma de intento de transformar lo ya establecido, lo que da lugar a la tan anhelada seguridad jurídica. Razón por la cual el principio de legalidad debe estar presente en las actuaciones tanto judiciales como administrativas garantizando el fiel cumplimiento de las etapas y procedimientos diseñados para la tramitación de conflictos en el proceso de su resolución, con capital importancia cuando se trata de la obtención, incorporación y valoración de las pruebas.

### *El principio de legalidad manifestado en la obtención y la incorporación de la prueba al proceso*

La búsqueda de la verdad resulta ser un aspecto esencial dentro del proceso judicial. En este sentido, la ley ha establecido los medios por los cuales el juez puede llegar al conocimiento de los hechos. Es así como la prueba entra a ser parte fundamental del proceso, siendo su fin el poder develar lo ocurrido y brindar elementos de convicción suficientes para decidir el litigio, pues es a través de este medio probatorio que las evidencias existentes llevan al esclarecimiento de los hechos discutidos en un proceso, al configurarse como una herramienta para determinar si un hecho es real o no, dando cumplimiento al principio de legalidad.

La etapa probatoria se transforma en el eje central del proceso de cara a la obtención de la certeza respecto de las pretensiones y su fundamento; de otra parte, da cuenta de la veracidad de las excepciones y de los hechos en que estas se cimientan. De ahí la importancia de la regulación de la etapa probatoria y su estricta regulación respecto del momento en que ha de probarse, los medios de prueba necesarios y legítimos, las oportunidades procesales para la solicitud de pruebas y la competencia del juez que debe decretarlas, admitirlas y practicarlas. De esta manera, una prueba solo podrá tenerse en cuenta para la búsqueda de la verdad en la medida en que ese fin buscado sea constitucional y los procedimientos de práctica e incorporación de la misma, su análisis e interpretación, se sujeten estrictamente a la constitución y la ley (Corte Constitucional, C-496, 2015). Pues la prueba puede tenerse como «una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías» (Castro, Losada y Vargas, 2013).

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 372, dispone sobre los fines de la prueba lo siguiente: «Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe». Es decir, la prueba termina siendo el medio, en esencia, necesario para poder decidir el caso, ya que su objeto es dotar al funcionario de confianza, superando las dudas y sembrando la probabilidad suficiente para convencerlo de la ocurrencia o no de un hecho objeto de litigio.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017) ha dispuesto en múltiples sentencias los presupuestos normativos que

ha de cumplir la prueba para poder integrarse al proceso, tal como se aprecia a continuación:

la prueba es **conducente** cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es **pertinente** cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es **racional** cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario.

Es así que existen diversos medios de prueba que tienen como finalidad esclarecer los hechos jurídicamente importantes dentro de un proceso, buscando el convencimiento del juez. Entre estos medios de prueba tenemos: el testimonio rendido por terceros al interior de un proceso bajo el compromiso de decir verdad; el peritaje realizado por expertos o técnicos en casos concretos; los documentos de toda índole que ayuden a dar claridad sobre el objeto a investigar, tales como textos manuscritos o impresos, grabaciones, fotografías, videos, mensajes de datos, planos, mapas, entre otros; el indicio, los interrogatorios al indiciado, entre otros medios de prueba que deben ser aducidos, practicados y analizados de manera integral cumpliendo todas los requisitos exigidos en la normatividad para poder validarla, con el principio de legalidad como instrumento de control del material probatorio por excelencia, a efectos de determinar su licitud.

### La prueba ilícita, ilegal o prohibida

De conformidad con lo anteriormente señalado, es necesario precisar las diferencias entre una prueba ilícita y una prueba ilegal. En este sentido, se habla de prueba ilícita cuando la misma ha sido obtenida violando derechos fundamentales, mientras que una prueba ilegal es aquella que se configura cuando ha sido obtenida con violación de los requisitos legales dispuestos para su práctica e incorporación al expediente. En consecuencia, tanto la ilegal como la ilícita son pruebas que han quebrantado el debido proceso desconociendo el principio de legalidad, por lo que no podrían tenerse como herramienta para la búsqueda de la verdad de los hechos en el proceso para el cual fueron producidas e incorporadas. De allí que López (2011) afirme:

Cuando hablamos del principio de legalidad de la prueba estamos significando que para que la prueba se incorpore al proceso y para que por lo mismo sea valorada dentro del proceso, debe cumplir con los requisitos legales, es decir, ha de estar debida no sólo a las ritualidades establecidas en la ley procedimental, sino que además debe cumplir con algunos requisitos de derecho sustancial.

Hay en la doctrina quienes consideran a la prueba ilícita como aquella que va en contra de la dignidad humana, teniendo como consecuencia, por la vulneración del principio basilar citado, su inadmisibilidad. Por otro lado, algunos autores entienden la prueba ilícita como aquella que se encuentra viciada por haber sido obtenida fraudulentamente, a través de conducta dolosa o por medio de la comisión de un ilícito penal (Giner Alegría, 2008). Diferente a esta forma de ver la ilicitud de la prueba está la de otro grupo de autores que sostienen que la ilicitud viene de la violación de una norma, al ser contraria a derecho; es decir, que la prueba ha sido obtenida infringiendo leyes del ordenamiento jurídico. Frente a esto, el maestro Devis Echandía ha establecido que las pruebas ilícitas, como aquellas que se encuentran prohibidas por la ley, atentan contra la moral y las buenas costumbres, vulneran la dignidad y la libertad humana o algún derecho fundamental (Giner Alegría, 2008).

En el caso concreto del derecho penal, algunos autores se inclinan por la doctrina italiana, según la cual las normas que versan sobre pruebas en materia penal constituyen una garantía para el enjuiciado y forman parte de las herramientas de defensa de que dispone la persona durante el juicio, donde cualquier vulneración de las normas en la obtención o práctica probatoria convierte en ilícita la prueba por infringir el derecho a un proceso con todas las garantías (Giner Alegría, 2008); luego la prueba ilícita tendría como fuente una violación de un derecho o garantía fundamental reconocida constitucionalmente, por lo que debería ser excluida del proceso.

Así las cosas, es importante tener en cuenta que el tema de la prueba ilícita va más allá de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, aunque sea a partir de este hecho que se efectúe la nulidad de la prueba, pues también están las pruebas que infringen una norma constitucional o legal, que igualmente no serían susceptibles de ser valoradas dentro del proceso. De allí se extrae una acepción amplia de la noción de prueba ilícita, al admitir que la ilicitud no solo se configura violando un derecho o garantía fundamental, sino

que además vulnerar una norma en sí desconoce el debido proceso y genera la ilicitud de una prueba.

De cara a estos presupuestos, viene bien el concepto aceptado por la Fiscalía General del Estado en España al afirmar que:

Por prueba ilícita se entiende aquella en la que su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades fundamentales; y, finalmente la prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica (Giner Alegría, 2008, p. 583).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional (T-916, 2008) en Colombia ha dispuesto respecto a la prueba ilegal e ilícita que la primera se refiere a aquella que afecta directamente el debido proceso, desde un punto de vista legal formal; mientras que la segunda es entendida como la prueba que vulnera el debido proceso pero desde un punto de vista sustancial; es decir, vulnera derechos fundamentales.

Por otro lado, mediante Auto AP642-2017 del 7 de febrero de 2017, Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia colombiana señaló que las pruebas ilícitas son aquellas obtenidas mediante la comisión de un delito de lesa humanidad, como lo son la tortura, la desaparición forzada, el secuestro o la ejecución extrajudicial con independencia de su utilidad, necesidad o conducencia, pues este tipo de pruebas producen la invalidez del proceso de ipso jure (Corte Suprema de Justicia, 2006, 2007). De otra parte, la Sala Penal, en el mismo auto, recuerda que las pruebas ilegales son las que en su producción, práctica o aducción pretermitieron o desconocieron requisitos legales, por lo que pueden ser excluidas de la actuación judicial cuando el juez determine si el requisito legal omitido era esencial y afectaba el debido proceso, dado que la simple omisión de un requisito insustancial, por sí sola, no ocasiona la exclusión de la prueba.

Conforme a lo expuesto, pasaremos a señalar los supuestos que pueden llegar a integrar la ilicitud de una prueba de conformidad con la doctrina española, empezando por la búsqueda e indagación de fuentes de prueba amparadas en el secreto profesional o personal, como serían los diarios íntimos o documentos

reservados y amparados por el velo que conectan la relación entre sacerdote y feligrés, abogado y cliente, médico y paciente, entre otros. En el mismo sentido, aparecen las investigaciones que desconocen los requisitos exigidos para no vulnerar derechos fundamentales, como sería el consentimiento en el caso de intervenciones corporales de carácter invasivo, muestras de sangre, pruebas de ADN, toma de tejidos biológicos. Asimismo, las obtenidas en registros domiciliarios sin orden judicial o tomadas por personal no autorizado dentro de una investigación penal, y pruebas o medios prohibidos por la ley (Giner Alegría, 2008).

En este sentido y para clasificar la prueba ilícita, la doctrina ha señalado un amplio esquema utilizando, principalmente, dos criterios:

1. Criterio temporal o cronológico: Aquí podemos distinguir entre ilicitud extraprocesal e intraprocesal. La ilicitud extraprocesal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso). La ilicitud intraprocesal es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del imputado de medios coactivos).
2. Criterio causal o material: Atendiendo a la causa que origina su ilicitud podemos distinguir entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares o ilegales y pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales) (Giner Alegría, 2008, p. 586-587).

Ahora bien, de conformidad con lo anterior, la prueba y su obtención deberán cumplir ciertos requisitos legales para no afectar su validez o la eficacia en el proceso. El apego a las exigencias normativas encuentra sustento en el principio de legalidad de la prueba, el cual tiene una especial relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, al ser un principio elevado a rango constitucional, de conformidad con el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política,

donde su incumplimiento trae como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida.<sup>3</sup> En relación con ello, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado, en diversas oportunidades, tomando como parámetro lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política y aplicando la regla general de exclusión probatoria, que su vulneración conlleva la nulidad absoluta de lo actuado.

Entre estos pronunciamientos, es necesario traer a colación la sentencia del 2 de marzo de 2005, Sala de Casación Penal, mediante la cual se señaló que la exclusión de la prueba puede operar de diferentes formas, así como puede llegar a generar diversos efectos, dependiendo de si se trata de una prueba ilícita o ilegal. En otra decisión sostuvo:

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008a).

La Corte establece la necesidad de excluir la prueba ilícita del proceso; es decir, no podrá ser parte de los elementos que lleven a convencer al juez de la verdad para decidir sobre un caso en particular. Enfatiza en que la ilicitud debe prevalecer en la decisión del juez antes que la subjetividad proveniente del convencimiento de los hechos o el interés social. Por otro lado, en cuanto a la prueba ilegal, la Corte señala que:

Se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2005).

<sup>3</sup> «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso» (Const., 1991).



La prueba ilegal puede tener un alcance más amplio, incluso hasta llegar a producir efectos sobre los «actos de investigación» y «actos probatorios». Pues con esta prueba se ha vulnerado la ley (Alberto Montón Redondo [como se cita en Miranda, 1999]). Por otra parte, la prueba ilícita ha sido analizada por la Corte especificando que surge a raíz de la infracción de derechos y garantías fundamentales en donde, de alguna manera, encajan las pruebas prohibidas consagradas en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. En este sentido la prueba ilícita se puede gestar en diferentes causas, tales como las que se citan a continuación:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política). (ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal). (iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008a).

Por lo anterior, podemos concluir que la regla de exclusión probatoria no solo abarca las pruebas vulneradoras de un derecho o garantía fundamental, sino también aquellas que infringen las normas procesales, y así lo ha indicado la Corte:

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el

secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales (Corte Constitucional, T-916, 2008).

### **La exclusión de la prueba**

Como se ha venido mencionando, la prueba tiene como finalidad lograr el convencimiento del juez a la hora de tomar la decisión para resolver un conflicto. De ahí la importancia y necesidad de ajustarse a la normatividad en su producción y aducción, porque la verdad no se puede obtener a cualquier precio: su búsqueda conlleva el respeto de los principios reguladores del actuar del Estado, así como de las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Con el fin de proteger y garantizar el debido proceso en la actividad demostrativa, se concibió la regla de la exclusión probatoria, creada por la jurisprudencia estadounidense. Debe tenerse en cuenta que el ordenamiento penal colombiano se inclina por el sistema americano de exclusión de la prueba al acoger este mismo tratamiento si la evidencia es obtenida vulnerando las garantías fundamentales. Sin embargo, la legislación también tiene rasgos del derecho anglosajón, pues, junto con la exclusión de la prueba del sistema americano, adopta instituciones como la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado, las cuales se califican como excepciones a la exclusión de la prueba, a pesar de la vulneración de alguna garantía fundamental.

De ahí que una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental o con desconocimiento del debido proceso acarree su nulidad dentro del proceso, así como la exclusión de la misma, al no ser posible su valoración por parte del juez competente pues, en principio, se tendrá que las pruebas obtenidas de forma directa o indirecta, vulnerando derechos o garantías fundamentales, no surtirán efecto dentro del juicio. En este sentido, se consagra la regla de exclusión probatoria, mediante la cual los jueces no podrán tomar en consideración los elementos obtenidos con violación a un derecho fundamental, debido a que nadie podrá ser procesado ni juzgado, sino en virtud de prueba que haya sido obtenida de forma regular. Así, las consecuencias de una prueba ilícita o ilegal dentro de un proceso resultan ser limitadas; su presencia no conlleva

necesariamente la nulidad del proceso, sino la nulidad de la prueba viciada. En este sentido, la Corte Constitucional, respecto a la regla de exclusión, ha elaborado las siguientes precisiones:

(i) no toda irregularidad en el decreto, práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del debido proceso; (ii) la existencia de una prueba con violación del debido proceso, no conlleva la nulidad de todo el proceso judicial, sino que la consecuencia procesal es limitada, en tanto la prueba deberá ser excluida y (iii) en caso de que la prueba ilícita que reposa en el proceso sea determinante para la decisión del juez, no queda más remedio que declarar la nulidad de todo el proceso (Corte Constitucional, T-916, 2008).

Es, pues, el juez quien debe valorar la fuente de ilegalidad de la prueba, al decir de la Corte Suprema de Justicia, y realizar el juicio de ponderación para establecer si se está comprometiendo el debido proceso, en qué medida y el carácter sustancial de dicha vulneración, dado que la omisión de una formalidad legal no conduce estrictamente a la exclusión de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP-121582016, 2016).

### *La teoría de los frutos del árbol envenenado*

Esta teoría, propuesta en Estados Unidos desde 1920 y desarrollada por Karl Hosha, conocida como «Los frutos del árbol envenenado», sostiene que los efectos de una prueba ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ella, aunque hayan sido obtenidas cumpliendo los requisitos legales. La teoría de «los frutos del árbol envenenado» se desarrolló con el fin de establecer «relaciones de causalidad entre la prueba ilícita y aquellas pruebas lícitas que se deriven de esa que ha sido ilícitamente obtenida» (López, 2011). En este sentido,

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (directo o indirectamente), pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso (Campaner, 2015, p. 35).

Es decir que los frutos del árbol que ha sido envenenado están igualmente contaminados.

En relación a esta doctrina descrita por Blanca Pastor Borgoñón (1986, pp. 337-368), en su escrito «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», la autora defiende la regla de exclusión, pero solamente aplicada a las pruebas directas, sin afectar las derivadas de estas. Los argumentos que expone son los siguientes:

- 1) que la doctrina de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba;
- 2) que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social;
- 3) que fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad; y
- 4) que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales (Campaner, 2015, p. 36).

Contrario a esta posición, Gómez Colomer (2008) manifiesta que la valoración judicial al interior de un proceso de pruebas prohibidas constituye un desconocimiento de las garantías constitucionales que dan soporte al debido proceso, en especial al proceso penal, atacando al proceso mismo en su esencia (Campaner, 2015).

Partiendo de esta última teoría, el hecho de tener en cuenta una prueba ilícita con la finalidad de poder condenar a un sujeto al interior de un proceso penal deja de lado la presunción de inocencia, lo que inevitablemente implica afectar la base principal del derecho fundamental, al permitir que el mismo sea restringido. Asimismo, incorporar dicha prueba al proceso conllevaría la obstrucción de un proceso con las garantías debidas, pues sería por medio de una prueba inconstitucional que el juez llegaría a la verdad sobre los hechos que dieron inicio al juicio. En este orden de ideas, se tendría que no es posible desarrollar un proceso sobre la justicia y la equidad si el mismo se encuentra constituido por elementos inconstitucionales (Campaner, 2015).

### *Exclusión de la prueba en Colombia*

En Colombia, las reglas de exclusión probatoria encuentran su fuerza en el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual se le otorga al juez la facultad de «excluir la práctica o aducción de medios de pruebas ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código». Norma que llevó a la Corte

Constitucional a afirmar que si una prueba es obtenida con irregularidad y es tenida como indicio para ser valorada por el juez, abriría la posibilidad de adelantar un proceso que viole derechos y garantías fundamentales, dado que las pruebas fueron conseguidas infringiendo el debido proceso, como permitir una declaración obtenida mediante tortura, o proferir una sentencia con fundamento en un testigo que no existe. Lo anterior desdibuja la figura del Estado de derecho, y de ahí que estas pruebas deban ser excluidas de pleno derecho.

No obstante, la Corte Constitucional (T-008, 1998) reconoció en su momento que, en casos excepcionales, la prueba obtenida con violación al debido proceso no alteraba la legalidad del acto judicial en el caso de que existieran pruebas adicionales que formaran la convicción del juez sobre la verdad de lo sucedido. Por ello es importante saber cuál es el alcance que puede llegar a tener una prueba que ha sido obtenida con violación al debido proceso, pues no se trata solo de determinar la nulidad de dicha prueba, sino que también es preciso analizar las pruebas que se derivan de ella en ciertos casos. De ahí que la regla de exclusión no solo se aplique a una prueba que haya sido obtenida con violación a un derecho fundamental, sino también a aquellas que derivan o tienen su origen en estas, aunque hayan sido obtenidas lícitamente.

Doctrinariamente, se ha establecido la necesidad de examinar, con gran detenimiento, los efectos que puede generar una prueba obtenida con violación al debido proceso respecto a las pruebas que se derivan de ella pero que han sido obtenidas lícitamente. No sería dable determinar, sin hacer un estudio detenido, que la prueba derivada de una prueba ilícita sea igualmente ilícita. Frente a este tema, se exige una relación de causalidad entre la prueba derivada y la prueba obtenida con violación al debido proceso, a fin de poder establecer que la derivada es reflejo de la ilícita; de lo contrario, podría considerarse como independiente y plenamente válida. Al respecto, la Corte Suprema señala que:

así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida teoría del fruto del árbol envenenado, en virtud del «efecto espejo», «dominó» o también llamado «reflejo» (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP-121582016, 2016).

Ahora bien, en el sistema español, a través de la STC núm. 8/2000, se desarrolló la tesis anterior bajo los siguientes supuestos: en primer lugar, afirman

que la declaratoria de lesión del derecho constitucional sustantivo no posee, de ipso facto, el efecto de dejar por fuera o excluir la prueba derivada de la obtenida con violación de garantías fundamentales, si la prueba conectada naturalmente con la ilícita no logra contaminarse por la antijuridicidad de la primera. En este caso, la prueba derivada subsiste y es válida su incorporación y apreciación en el proceso. Veamos:

De manera que la prohibición de valoración de pruebas derivadas de las obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos sólo se produce si la ilegitimidad de las pruebas originales se transmite a las derivadas [...] ya que las pruebas derivadas pueden ser constitucionalmente legítimas, si ellas no se han obtenido mediante vulneración de un derecho fundamental; consecuencia de ellos es que no pueda sostenerse que su incorporación al proceso implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (Tribunal Constitucional de España, 2000).<sup>4</sup>

En este sentido, queda clara la importancia de precisar si la vulneración ocasionada por la prueba principal se transmite a la prueba derivada, determinando el nexo de causalidad o conexión jurídica entre ambas. De darse la vinculación entre ambas pruebas, se debe excluir por contaminación a efectos de garantizar el debido proceso y el respeto de derechos fundamentales al procesado. Es así como el Tribunal Supremo de España en sentencia STC núm. 81/1998 menciona dos perspectivas a efectos de determinar el grado de vulneración de las garantías fundamentales por parte de la prueba obtenida irregularmente. La primera perspectiva es la interna, referida a los elementos que permiten la conexión entre la prueba obtenida con violación de las garantías y la prueba derivada, con el propósito de encontrar uno o varios de ellos que generen la ruptura del nexo causal. La segunda perspectiva es la externa, dirigida a los investigadores bajo el supuesto de la posibilidad disuasoria que ha de tener en caso de ser excluida la prueba para que, en lo sucesivo, se abstengan de practicar, aducir o incorporar pruebas tanto ilícitas como sus derivadas; es decir que la perspectiva externa se

<sup>4</sup> También, véase: Campaner, 2015.

enfoca más en términos preventivos dirigidos al personal judicial o de policía para evitar futuras vulneraciones en la producción y aducción probatoria.<sup>5</sup> La razón de ser de esta clasificación radica en la necesidad de analizar la extensión de los efectos de la prueba ilícita a las pruebas regularmente obtenidas cuando entre ellas existe relación causal o jurídica, para garantizar los derechos del sindicado (Campaner, 2015).

El hecho de la atribución de la valoración del nexo jurídico entre la prueba principal ilícita y las pruebas derivadas al juez dentro del juicio implica para Campaner Muñoz (2015) una apreciación totalmente subjetiva, dado que al ser el órgano jurisdiccional quien deba decidir sobre la ilicitud de las pruebas derivadas, habiendo sido el mismo quien las practicó o adujo al proceso, rompe con el principio de la seguridad jurídica, perdiendo el parámetro objetivo, pues no se entiende cómo la misma entidad que produjo la prueba ilícita debe ahora valorar su vínculo con las derivativas generando vicios de parcialidad al actuar como juez y parte.

De otra parte, en el sistema estadounidense, seguido por el tribunal constitucional colombiano y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, existe una fuerte tendencia a rechazar las pruebas lícitas originadas en una prueba ilícita; es decir, las pruebas lícitas que se deriven de una prueba ilícita recibirán el mismo tratamiento de la prueba principal. Así, en el caso de los hechos probados a través de prueba ilícita que dieron lugar a la obtención de la prueba derivada, el destino de esta última será el de no surtir efectos dentro del juicio. No obstante, debe tenerse en cuenta que aquí entra en juego la finalidad de la prueba, es decir, la búsqueda de la verdad dentro del proceso, pues al rechazar un grupo de pruebas que pueden conducir a la verdad, el objetivo buscado pierde su rumbo y la seguridad jurídica y social se puede extraviar.

En este orden de ideas, se configura una disyuntiva entre dos puntos altamente importantes, pues se contraponen el hecho de buscar la verdad, como finalidad de la prueba, y la garantía de la seguridad jurídica dentro del proceso –este último punto ya fue discutido en apartes anteriores, pero haciendo alusión a la fuente de subjetividad del juez al determinar el nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada–. Por esta razón, debemos ponderar entre el objetivo de encontrar la verdad y el estricto cumplimiento de las formalidades y garantías

---

<sup>5</sup> En sentido, también se puede observar las SSTC núm. 138/2001, de 18 de junio, y 149/2001, de 27 de junio.

del debido proceso. Por lo visto hasta ahora, la cuestión parece resolverse en términos de la relación de causalidad entre la prueba obtenida ilícitamente y la obtenida con el cumplimiento de los requisitos legales, para poder respetar el principio de legalidad de la prueba (López, 2011).

Ahora, para establecer en qué circunstancias deben ser excluidas las pruebas derivadas, es preciso que el juez estudie los efectos de invalidez de la prueba ilícita o ilegal, así como el alcance de esa invalidez, pues de extenderse sobre las demás pruebas llevaría a la exclusión de todas estas. Al respecto, López (2011) señala que la prueba derivada de la ilícita, de conformidad con sus efectos indirectos, reflejos y extensivos, debe excluirse; sin embargo, admite la posibilidad de admitir la prueba, pero de no ser tenida en cuenta al momento de su valoración, dando lugar a lo que se conoce como inutilidad de la prueba. Y en este punto, en sentencia del 2 de julio de 2014, la Corte Suprema de Justicia señaló que se han establecido excepciones al principio de exclusión de la prueba ilícita en sí misma a fin de admitir la validez de la que se deriva de ella. En este sentido, dispuso que se puede admitir la prueba derivada siempre que al escindir el nexo fáctico o jurídico se advierta que la prueba proviene de una fuente independiente (*independent source*), o que el hecho está probado por medios distintos a la prueba ilícita, en el caso de los vínculos atenuados o poco relevantes con la prueba principal (*purged taint*), o cuando se trata de un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*), en la medida en que el caso siempre habría llegado al conocimiento del juez por otros medios probatorios.

### *Excepciones a la regla de exclusión probatoria*

Como hemos visto, la regla de exclusión no es absoluta; por el contrario, tiene como excepciones las siguientes:

- 1- Doctrina de la atenuación. 2- Descubrimiento inevitable. 3- Del acto de Voluntad libre. En este entendido, la obtención de pruebas con violación del ordenamiento jurídico, la torna en prueba ilegal, la cual debe ser excluida del acervo probatorio, con el fin de garantizar un juicio justo y legal (Sanabria Pulido).

El sistema americano basa la exclusión de la prueba en la regla general de afectación de la prueba derivada, pero con excepción en tres casos particulares:



...doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada (Corte Constitucional, SU-159, 2002).

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional decidió apoyar el sistema estadounidense en relación al tratamiento que debe recibir la prueba derivada, basándose en las excepciones mencionadas. En resumidas cuentas, la consecuencia de obtener una prueba con violación al debido proceso y las garantías fundamentales es que esta, así como cualquier otra que derive de ella, deberá ser excluida del proceso y no podrá ser tomada en cuenta para efectos de la consecución de la verdad judicial, con las excepciones ya señaladas (Orduz, 2010). El código de procedimiento penal contempla cuatro oportunidades en las cuales es posible solicitar la exclusión de las pruebas y las evidencias que vayan en contra de las garantías fundamentales, así como del debido proceso. Esto es, durante la audiencia de control de legalidad de diligencias de allanamiento de registro; en la audiencia de formulación de imputación (Sanabria Pulido); en la audiencia preparatoria, y, por último, durante la audiencia de juicio oral.

105

## Conclusiones

El principio de legalidad es una garantía que se ha consolidado desde el siglo XVIII para proteger a las personas del ejercicio arbitrario del poder, principalmente en materia penal. Desde aquella época ya se advertía la necesidad de que los delitos y las penas fueran competencia exclusiva del legislador. Así la ley se erigía como fuente principal del derecho penal y la obligación de clarificar su redacción de manera inequívoca y exacta restringía la labor del juez a la

aplicación e interpretación razonada del ordenamiento jurídico, anulando así espacios para la arbitrariedad.

De otra parte, la legalidad concebida como principio implica, en primera instancia, un intento por diferenciarla en su estructura, función y aplicación de las reglas jurídicas. Como vimos al inicio del documento, las posturas sobre las diferencias entre principios y reglas no son unívocas, pues hay sectores que consideran las diferencias como cualitativas; es decir, los principios son diferentes en su estructura más de corte axiológico. En cambio, hay quienes ven la diferencia solamente en el grado de generalidad; se trata de una mera cuestión de lenguaje abstracto. En este escrito se expuso con mayor énfasis aquella postura influenciada por Robert Alexy que defiende las diferencias en grados de cumplimiento, que hacen de los principios «mandatos de optimización» que se distinguen, por tanto, de las reglas en que no pueden anularse ante un conflicto o colisión, sino que suelen ponderarse para aplicarse en la medida en que las condiciones fácticas y jurídicas así lo permitan.

Ahora bien, al analizar el problema de la legalidad de la prueba, la Corte terminó por establecer una clasificación de pruebas ilegales y pruebas ilícitas, afirmando que las primeras perdían su eficacia o su validez y no podían ser consideradas al momento del fallo, pero se podían repetir bajo la estricta legalidad. En cambio, las segundas, por vulnerar un derecho fundamental, el debido proceso o por provenir de un crimen de lesa humanidad como la tortura o la desaparición forzada, debían ser excluidas del proceso y eran consideradas nulas de pleno derecho. Esta consideración empezó a matizarse con la cantidad de procesos que fracasaron por la inobservancia de las reglas del debido proceso en la producción de las probanzas, como los allanamientos ilegales, las inspecciones corporales no autorizadas o las retenciones sin orden judicial, por nombrar algunos. La Corte, frente a este panorama, empezó a admitir algunas de las pruebas derivadas de pruebas ilegales, tomando como punto de partida la jurisprudencia norteamericana sobre la regla de exclusión de evidencias, especialmente cuando la prueba derivada tenía un vínculo tenue con la prueba principal ilegal o cuando su descubrimiento era inevitable. También permitió la validez de la prueba derivada cuando esta aparecía probada por otros medios distintos al ilegal.

En este sentido, se admitió que ciertas pruebas o elementos materiales de prueba obtenidos por los agentes de policía, al capturar o retener a alguien que se encontraba en actitud sospechosa, o en la incautación de armas, de sustancias

estupefacientes, de elementos prohibidos, entre otras, podían ser considerados en el proceso a pesar de la carencia de orden judicial para practicar el registro personal, así como cuando por razón de voces de auxilio se entraba en domicilio ajeno sin orden judicial y se encontraba material incriminatorio. La Corte allí concedió validez a dichas pruebas más pensando en el interés general que en los derechos del implicado, situación que se explicó quizá por el afán de dotar al ejecutivo y a los órganos de policía de herramientas para contener la oleada criminal que se vivía en el momento.

Sin embargo, al pasar del tiempo y ante situaciones de orden público más estables, la Corte reconsideró su posición anterior, esta vez con mayores garantías al procesado, prohibiendo la utilización de aquel material probatorio que se hubiera allegado al proceso sin el lleno de las formalidades exigidas legal y constitucionalmente, acabando con los abusos que se venían presentando por parte de los agentes del orden, especialmente cuando se realizan procedimientos indebidos amparados en nociones vagas como la actitud sospechosa de la persona o el encontrarse en sitios no comunes o en horas de poco tráfico de personal por la zona. Así, poco a poco la Corte se fue oponiendo a legislaciones ordinarias o de emergencia que convalidaban estos hallazgos probatorios o permitían que funcionarios no autorizados, como militares sin control y sin orden judicial, procedieran a su compilación o práctica.

El principio de legalidad debe estar presente durante el desarrollo de todo proceso judicial o administrativo para evitar arbitrariedades en el ejercicio de la función pública, frente a las partes e intervinientes. La etapa probatoria dentro de un proceso es clave para hacer valer el principio de legalidad de la prueba, pues la misma debe ser obtenida e incorporada al proceso con el lleno de requisitos legales dispuestos. Las pruebas que sean obtenidas con violación al debido proceso y las garantías fundamentales serán nulas de pleno derecho, lo cual llevará a su exclusión y a la de las pruebas derivadas de ellas, siempre que no estén dentro de las excepciones mencionadas; es decir, vínculo atenuado, fuente independiente, inevitable descubrimiento y libre voluntad.

Colombia opta, en gran medida, por el sistema estadounidense en relación con el tratamiento de la prueba ilícita y la aplicación de la regla de exclusión, pues se tiene la convicción de que valorar una prueba ilícita conduce a la violación del debido proceso y de las garantías fundamentales dentro del juicio. Por ello es necesario que dentro de un proceso se realice un análisis pertinente respecto a los efectos producidos por una prueba obtenida con violación al debido proceso,

así como sobre las pruebas derivadas de ella, aunque su obtención hubiese sido lícita, con el fin de determinar si procede su exclusión. Para esto se deben tener en cuenta las cuatro excepciones a la regla de exclusión probatoria: doctrina de la atenuación, doctrina de la fuente independiente, doctrina del descubrimiento inevitable y doctrina de la voluntad libre.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alterini, A. A. (1993). *La Inseguridad Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot S.A.
- Bernal, C. (2003a). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2003b). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26).
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). La Racionalidad de la Ponderación. En VV. AA. *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Buchely, L., y Castro, M. (2013). La reforma pensional y las mujeres: ¿Cuándo será que dejarán de ‘hacernos el favor’?. *Precedente. Revista Jurídica*, 2, 205-226.
- Campaner, J. (2015). *La Confesión Precedida de la Obtención Inconstitucional de Fuentes de Prueba*. Tesis Doctoral Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>
- Cassagne, J. C. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Argentina: Marcial Pons.
- Castro, A. Y., Losada, L. E. y Vargas, J. J. (2013). *Exclusión Probatoria como Protección de la Legalidad*. Tesis Especialización en Derecho Probatorio

Penal. Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1100/La%20exclusi%C3%B3n%20probatoria%20como%20protecci%C3%B3n%20de%20la%20legalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991).
- Corte Constitucional. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406. [M.P. Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (1993) Sentencia C-053. [M. P. José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional. (30 de junio de 1998) Sentencia T-008. [M.P. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (6 de marzo de 2002) Sentencia SU-159. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (9 de junio de 2005) Sentencia C-591. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (18 de septiembre 2008) Sentencia T-916 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (5 de agosto de 2015) Sentencia C-496 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2005) Sentencia del 2 de marzo. [M.P. Yesid Ramírez Bastidas]
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (7 de julio de 2006) Sentencia 33510. [M.P. Julio Enrique Soacha].
- Corte Suprema de Justicia. (2007) Auto AP del 3 de mayo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2008a) Sentencia del 23 de abril. [M.P. Yesid Ramírez Bastidas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2008b) Sentencia del 10 de julio. [M.P. Yesid Ramírez Bastidas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de julio de 2014) Sentencia SP8473-2014. [M.P. Eugenio Fernández Carlier].

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (31 de agosto de 2016) Sentencia SP-121582016. [M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa].
- Corte Suprema de Justicia. (2016) Sentencia del 5 de noviembre. [M.P. Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) Sentencia del 18 de enero. [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de febrero de 2017). Auto AP642-2017.
- Echeverry Enciso, Y. (2013). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. Precedente. *Revista Jurídica*, 3, 213-254. <https://doi.org/10.18046/prec.v3.1729>
- Giner, C. A. (2008). Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. *Anales de Derecho*, (26), 579-590. Recuperado de: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>
- Gómez, J. L. (2008). La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En J. L. Gómez Colomer (Coord.). *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado* (pp. 107 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, R. (1 de noviembre de 2011). *Principio de Legalidad de la Prueba*. [Entrada de blog]. Recuperado de: <http://principiodelegalidad.blogspot.com.co/2011/11/principio-de-legalidad-de-la-prueba.html>
- Malarino, E. (2012). *Derechos Humanos y Derecho Penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Miranda, M. (1999). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- López Medina, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Precedente. *Revista Jurídica*, 7, 9-42.

- Ordúz, C. P. (2010). El Principio de Legalidad en la Ley Penal Colombiana. *Criterio Jurídico garantista*. Recuperado de: [http://www.fuac.edu.co/recursos\\_web/documentos/derecho/revista\\_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf](http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf)
- Pastor, B. (1986). Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Justicia: Revista de derecho procesal*, (2), 337-368.
- Sanabria, M. A. *Oportunidades Procesales para Solicitar la Exclusión Probatoria en el Proceso Penal*. Disponible en: <https://docplayer.es/14487857-Oportunidades-procesales-para-solicitar-la-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-1.html>
- Tribunal Constitucional de España. (2 de abril de 1998) STC núm. 81/1998.
- Tribunal Constitucional de España. (17 de enero de 2000) STC núm. 8/2000.
- Velandia, E. A. (2012). *Derecho Procesal Constitucional. Tomo III. Volumen II*. Bogotá: VC Editores Ltda.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal* (3.<sup>a</sup> Ed.). Comlibros: Medellín.
- Vásquez, J. (2015). Aproximación constitucional e internacional al ambiente como determinante jurídico para los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 6, 33-70.