

**LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO COMO FUENTE
DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA**

KATEHERIN PAOLA MACEA ARROYO

MÓNICA MARÍA HERNÁNDEZ MONTIEL

**UNIVERSIDAD ANTONIO JOSÉ DE SUCRE
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO PROCESAL
PhD. FERNEY ASDRUBAL RODRIGUEZ SERPA
SINCELEJO**

2023

Tabla de Contenido

Resumen.....	3
Abstract	4
Introducción	5
Objetivos	7
Objetivo General	7
Objetivos Específicos.....	7
1. La Legalidad de la Prueba.....	8
2. Descripción de la exclusión de una prueba en un proceso penal con ocasión a su ilicitud	12
3. Análisis de la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia	15
Conclusiones	18
Referencias Bibliográficas	20

Resumen

La prueba en el proceso penal se ha incorporado como uno de los elementos esenciales para definir la situación jurídica del procesado, por lo que se han desarrollado una serie de criterios para determinar su licitud o ilicitud, siendo excluida cuando se presenta la segunda situación por ser vulneradora de derechos, en especial el debido proceso, sin embargo, para respaldar esta actividad del juez se ha incorporado la denominada teoría del árbol envenenado que ha resultado problemática por admitir en determinados casos la aceptación de la prueba ilícita. En este sentido, se propuso como objetivo general Establecer el alcance de la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia. Metodológicamente se hizo uso del Paradigma histórico hermenéutico, del enfoque cualitativo, de una investigación descriptiva y del método hermenéutico. Como resultado se estableció que, la teoría del árbol envenenado engloba la obligación que tienen los jueces de excluir las pruebas ilícitas, ya que las mismas no son útiles a la finalidad del proceso, por la forma en que fueron producidas, es decir, contrarias a derecho, sin embargo, su alcance no es absoluto, toda vez que, admite tres excepciones que posibilitan dicha aceptación, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable. En fin, es una teoría argumentativa para otorgarle validez a pruebas que se derivan de pruebas ilícitas.

Palabras clave: Teoría del árbol envenenado, proceso penal, prueba ilícita.

Abstract

Evidence in criminal proceedings has been incorporated as one of the essential elements to define the legal situation of the defendant, which is why a series of criteria have been developed to determine its legality or illegality, being excluded when the second situation arises because it is violating rights, especially due process, however, to support this activity of the judge, the so-called poisoned tree theory has been incorporated, which has proven problematic because it admits in certain cases the acceptance of illicit evidence. In this sense, the general objective was proposed to establish the scope that has been given to the doctrine of the fruits of the poisoned tree as a source of illicit evidence in criminal proceedings in Colombia. Methodologically, use was made of the historical hermeneutic paradigm, the qualitative approach, descriptive research and the hermeneutical method. As a result, it was established that the theory of the poisoned tree encompasses the obligation that judges have to exclude illicit evidence, since it is not useful for the purpose of the process, due to the way in which it was produced, that is, contrary to law, however, its scope is not absolute, since it admits three exceptions that make such acceptance possible, such as the attenuated link, the independent source and the inevitable discovery. In short, it is an argumentative theory to grant validity to evidence that is derived from illicit evidence.

Keywords: Poisoned tree theory, criminal process, illicit evidence.

Introducción

El proceso penal en Colombia es de corte acusatorio, el cual se caracteriza por darse mediante audiencia, primando la oralidad, pero también propone mayores garantías para los procesados, mediante la reglamentación precisa de las formas como se debe adelantar cada juicio, pero además de las prerrogativas que se les ha reconocido a todos los procesados. Cabe mencionar que este es un proceso más humanizado de cara a las necesidades de todas las partes intervinientes.

Ahora bien, dentro de las garantías que se han reconocido en el marco de estos procesos, está precisamente el debido proceso, el cual incluye dentro de sus elementos el derecho a la defensa y la posibilidad de aportar y solicitar pruebas, las cuales son de suma relevancia en la medida de que son estas quienes permiten llevar al juez al convencimiento de los hechos que son materia de investigación, es decir, a partir de ellas será posible afirmar o desestimar la autoría, participación o complicidad de quien está siendo procesado.

Bajo el supuesto anterior, al ser la prueba una actividad de extrema relevancia en el proceso penal, esta debe adelantarse con arreglo a todas las exigencias legales, ya que su recolección e incorporación debe realizarse con el respeto de los derechos fundamentales, especialmente la dignidad humana y la intimidad, ya que nunca puede irse en contravía del contenido de estos, por el simple hecho de querer aportar verdad al proceso. De esta forma la regla general es la prueba lícita y se excluye la ilícita o ilegal.

Ahora bien, la prueba ilícita ha sido entendida por Barragán (2007) como “Todo medio de prueba obtenido con violación a la ley” (p.796). Como ejemplo de ello, se pueden tener las interceptaciones telefónicas no autorizadas por la autoridad judicial, allanamientos sin orden judicial, confesiones realizadas por el procesado cuando sea sobornado o torturado, entre otras situaciones que dan muestra de ello.

Es importante anotar que la prueba que se aporte a los procesos y permanezca en ellos debe ser legal, ya que la ilegal está expresamente prohibida por el legislador, tal como se establece en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, donde se preceptúa que estas

serán excluidas de los procesos penales, entendiéndola como aquellas que se hayan obtenido o aducidos con violación a los requisitos formales que esta misma norma impone para realizarlo.

Conforme a lo expuesto, la normatividad enunciada no es caprichosa, en el entendido de que, lo que busca evitar es que se adopten decisiones basadas en pruebas ilegales, porque no se puede afectar el derecho a la libertad con fundamentos viciados, sino que por el contrario los procesos deben ser justos, apegarse en todas sus etapas procesales y actuaciones judiciales al principio de legalidad, que viene a ser la columna vertebral del proceso penal de manera general.

Ahora bien, atendiendo a las problemáticas que se generan con ocasión a la presencia de pruebas ilícitas en el marco del proceso penal, en este trabajo se plantea como objetivo general Establecer el alcance que se le ha dado a la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia y como problema a resolver ¿Cuál es el alcance de la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia?

En virtud de lo indicado, abordar este estudio se justifica en la importancia, relevancia y trascendencia que tiene la prueba en los procesos, y en especial en el penal, en la medida de que esta es la base de cada una de las teorías del caso le planteen las partes al juez, pero, además, porque es una de las teorías que ha generado mayores críticas por las implicaciones que tiene frente al debido proceso con ocasión a las excepciones que contempla.

Para poder dar respuesta a la finalidad expuesta, desde el punto de vista metodológico se hizo uso del Paradigma histórico hermenéutico, que permite el análisis de las posturas asumidas frente a un tema en específico. En la misma forma, del enfoque cualitativo que facilita la comprensión de teorías, como es la teoría del árbol envenenado. Así mismo, se acudió a una investigación de tipo descriptivo y al método hermenéutico, porque se busca comprender la realidad que engendra esta teoría y finalmente para la recolección de la información se utilizó la técnica de revisión bibliográfica y como instrumento las fichas de lectura, que facilitan la síntesis de las fuentes consultadas.

Objetivos

Objetivo General

Establecer el alcance de la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia.

Objetivos Específicos

- Identificar la legalidad de la prueba.
- Describir la exclusión de una prueba en un proceso penal con ocasión a su ilicitud.
- Analizar la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia.

1. La Legalidad de la Prueba

La prueba es uno de los elementos claves en los procesos penales en Colombia, ya que esta se valdrá el juez al final del proceso y en las etapas procesales a las que haya lugar decidir al respecto. Este sentido, los medios de pruebas desde el inicio del proceso son esenciales, ya que le permitirán al operador de justicia decidir sobre la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento. En estos eventos la decisión debe complementarse con los elementos objetivos dispuestos en la norma para ello, como que se hayan respetado los derechos del capturado, que se haya realizado en flagrancia y cumplido con los presupuestos, que se haya emitido una orden de captura por la autoridad competente en los demás casos y para la imposición de la medida, que se demuestre que la persona es un peligro para la sociedad, para la víctima, etc.

En complemento de lo expuesto, si se lleva la misma regla al final del proceso, es necesario que el juez decreta las pruebas, se practiquen en el juicio oral con el lleno de todas las formalidades y se tomen en cuenta para motivar la decisión, estableciendo si le asiste o no responsabilidad penal al procesado, identificando si es autor, participe o cómplice en la conducta punible investigada.

Ahora bien, hablar de prueba es normal en los procesos, ya que las partes están en posición de presentar los medios de pruebas que tengan a su alcance, pero esencialmente la obligación de romper con la presunción de inocencia le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por lo tanto, el procesado puede adoptar una posición pasiva en materia probatoria, sin embargo, se admite la carga dinámica de la prueba, cuando este último este en mejor posición de probar, como sucede en los casos de lavado de dineros. En este caso, el acusado podrá demostrar de donde vienen sus recursos de ser provenientes de una autoridad lícita.

Lo anterior, no es más que la muestra de la constitucionalización de la carga dinámica de la prueba, que cuenta con plena validez, ya que actualmente se cuenta con una defensa más activa, que cuenta con equipos de investigaciones privados a su disposición o contratan empresas de esta naturaleza, toda vez que, ellos también pueden hacer uso de la posibilidad

de aportar pruebas en las oportunidades legales, que le aporten a su teoría del caso (Páez, 2018).

A partir de lo indicado, la prueba en el proceso penal ha sido vista como “una garantía de rango constitucional que tiene toda persona que concurre a la jurisdicción y que se concreta otorgándole a la parte procesal la oportunidad de validar sus tesis” (Vicuña y Castillo, 2015, p.120). En este sentido, la prueba es sumamente necesaria en los procesos penales, ya que de esta va a depender las decisiones que se adopten y las cuales deben ajustarse a derecho en todo momento.

Con fundamento en lo expuesto, las pruebas deben cumplir con unas reglas específicas para su producción, en aras de que, sean tenidas como verdaderos medios de conocimientos que pueden permanecer durante todo el proceso, es decir, desde su inicio hasta el momento en que se emita la sentencia. Frente a la legalidad de la prueba Daza (2016) expone una serie de reglas, que se exponen a continuación de forma enunciativa:

1. La prueba debe identificarse, recolectarse y embalsarse por parte de la autoridad respondiente, siempre con el respecto de las garantías propias del debido proceso, de la dignidad humana y demás derechos fundamentales.
2. Las evidencias deben manejarse bajo cadena de custodia y de la misma forma, deben trasladarse a laboratorios de ser necesario.
3. Debe realizarse el control posterior ante el juez de control de garantías, quien verificará el cumplimiento de la ley en su recolección.
4. Es necesario que sean incluidas en el escrito de acusación y el juez decide cual ha de decretar de las enunciadas por el Fiscal.
5. Deben darse a conocer al procesado en la audiencia de acusación.
6. El juez debe admitirlas en la audiencia preparatoria.
7. Deben ser practicadas y contradichas en el juicio oral y público.

Como se desprende de lo anterior, las reglas están debidamente establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano y que han sido abordadas tanto por la doctrina y la jurisprudencia. De esta forma, para que la prueba sea tomada como lícita es necesario que cumpla con todos los criterios anteriores.

Es necesario mencionar que legalmente, la legalidad de la prueba se contempla en el Artículo 276, donde se establece que la legalidad de la prueba, la cual va a estar determinada por la forma en que se recolecta o se obtiene. En este sentido, se deberán observar todas las reglas y lineamientos que se prescriben en las normas nacionales e internacionales para tal fin, ya que no se puede perder de vista la prueba es el elemento esencial para llegar a la verdad de los hechos que son materia de investigación.

Ahora bien, teniendo claridad de cuando una prueba es considerada lícita, es necesario entrar a revisar cuando se torna como ilícita, la cual en palabras de dado por Echeverry (2019), es entendida como aquella que “ha 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” (p.92).

Conforme a lo indicado, es claro que la prueba ilícita tiene lugar cuando para su recolección se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso, por lo que el juez no puede tenerla como referencia o sustento para tomar su decisión al final del proceso, porque la verdad no puede fundamentarse en pruebas de esta naturaleza, toda vez que, se privilegia el respeto de dichos derechos.

Es importante mencionar que, son muchas las situaciones que conllevan a que se tome la prueba como ilícita, entre las que se encuentra cuando las autoridades judiciales o las cuales tienen a su cargo la investigación del delito, obtienen por ejemplo declaraciones utilizando la tortura, cuando no se permite que sea contradicha en el juicio oral o en la oportunidad otorgada por la ley. En esencia es una prueba contraria a los postulados constitucionales (Ramírez, 2017).

En la misma forma, Díaz (2016) sostiene que la prueba ilícita se configura cuando es obtenida mediante la fuerza, pero también cuando se logra violentando la intimidad del procesado, ya sea violando sus comunicaciones, su correspondencia, su sistema operativo o su correo electrónico. En la misma forma, cuando se vulnera su dignidad humana, su integridad y libertad personal.

Continuando con el tema, la ilicitud también se predica cuando se vulneran derechos humanos en la producción de la prueba, como cuando se ejercen tratos crueles e inhumanos en contra del procesado, como golpearlo, exponerlo a situaciones de frío, calor o hambre al no entregarle alimentos, negarle el agua, entre otras situaciones (Rincón y Rodríguez, 2022).

Ahora bien, se identificaron unos casos sucedidos en Colombia y que permiten comprender la teoría de la exclusión de la prueba y que fueron expuestos por Rincón y Rodríguez (2017), el primero de ellos, y que ha sido uno de los más emblemáticos, fue el escándalo miti – miti, en el cual se obtuvieron grabaciones de los teléfonos oficiales de unos ministros de la época, que estaban relacionados con el proceso 8000 y que habían aceptado dineros para las campañas presidenciales de la época. En esta oportunidad le correspondió al juez decidir sobre la legalidad de esta prueba, considerándose que la misma si era invalida, ya que violentaba el derecho a la intimidad de estas personas, por lo que al momento de condenarlas no se tuvo en cuenta, sino que por el contrario la decisión del juez tuvo que validarse con otras pruebas que habían llegado al proceso de forma legal.

El otro caso, fue el que sucedió con el Coronel Alfonso Plaza Vega en el año de 1985, con la toma del palacio de justicia y de otros hechos violentos que se habían presentado, donde quedarán grabadas conversaciones donde este daba la orden de acabar con los rebeldes. Esta prueba fue incorporada al proceso, sin embargo, no se tomó como ilícita, en la medida de que las grabaciones se obtuvieron de radiofrecuencias públicas por parte de los ciudadanos que querían saber que está pasando en Colombia. En este sentido, y las radiofrecuencias hubiesen sido privadas, si se hubiese tenido un efecto contrario porque si se estuviese violentando la intimidad.

Como se observa en los dos casos, se analizó la validez o legalidad de la prueba desde la protección de derechos fundamentales, pero de forma específica el derecho a la intimidad,

que es uno de los que se puede ver gravemente afectado con este tipo de actuaciones que desbordan lo permitido por el derecho.

Por todo lo manifestado, se concluye que:

- La prueba que se admite en el proceso penal debe ser la lícita.
- La prueba ilícita debe ser excluida.
- Para determinar la ilicitud se debe hacer una verificación de la forma en que se produjo la prueba, identificándose si la misma se obtuvo con violación a derechos fundamentales o derechos humanos.
- Solo el juez puede excluir la prueba, pero la exclusión puede ser solicitada por las partes.

2. Descripción de la exclusión de una prueba en un proceso penal con ocasión a su ilicitud

En Colombia atendiendo a la ilicitud que puede presentarse frente a las pruebas que sean allegadas al proceso penal, se estableció la denominada regla de exclusión de la prueba, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los procesados, partiendo que lo probado será esencial para definir su situación jurídica.

La regla mencionada en palabras de Ramírez (2017), presupone que es necesario excluir la prueba ilícita, restándole validez, reconociéndose que el derecho a probar no es absoluto, sino que por el contrario se encuentra limitado frente al respeto de los derechos y de las normas constitucionales y todas aquellas que se derivan de esta. En esencia se prescinden de las pruebas inconstitucionales.

Aunado a lo expuesto, la reglamentación de esta regla tiene por finalidad garantizar “el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, si no, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad” (Jiménez,2016, p.14). Como se desprende de lo anterior, se

promueve el respeto de los derechos en todas las actividades procesales, apuntando de forma específica en lo que tiene que ver con la prueba.

En cuanto a los efectos jurídicos de que se admita la prueba ilícita en el proceso y no haya sido identificada por parte del juez de control de garantías o de conocimiento, esta será causal para acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia, aduciendo las causales como violación directa de la Constitución o norma superior, falso juicio de legalidad (Daza, 2016), pero es importante mencionar que existen momentos específicos para solicitar la exclusión de la prueba cuando se torna ilícita y esto es según Echeverry (2019) “durante la audiencia de control de legalidad de diligencias de allanamiento de registro; en la audiencia de formulación de imputación; en la audiencia preparatoria, y, por último, durante la audiencia de juicio oral” (p. 105).

Desde el punto de vista legal, esta regla encuentra su principal fundamento en el texto constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 ibidem, donde se reconoce las garantías propias del debido proceso, entre las que se encuentra la posibilidad de aportar y solicitar las pruebas que desean hacer valer, sin embargo, esta prerrogativa está limitada en la medida de que solo se admiten las pruebas que sean obtenidas de forma legal, sin que se violenten derechos fundamentales.

Como desarrollo de lo anterior, en el Código Procesal Penal o Ley 906 de 2004, la cual en su Artículo 23, donde se contempla de forma directa la cláusula de exclusión, indicando que ninguna prueba que se obtenida de forma ilícita puede permanecer en el proceso penal, ya que haberla obtenida de esta forma trae como consecuencia que se tome como nula de pleno derecho, restándole de esta forma cualquier tipo de utilidad o eficacia frente al objeto de la litis. Aunado a ello, también hace extensiva la exclusión a las pruebas que deriven de las que ya han sido excluidas. Es quizás esté el precepto legal que mejor explica la teoría bajo estudio.

En la misma norma procesal penal, en el Artículo 359, también consagra lo relativo al rechazo, admisión y exclusión de los medios de pruebas, resaltando con especial atención que la facultad de excluirlas le corresponde exclusivamente al juez, quien deberá motivar el porqué de su decisión, en la medida de que, esto no puede responder a un capricho, sino que

por el contrario debe responder a los intereses propios del proceso, a los derechos de las partes y a la verdad misma como fin último al lado de la justicia.

Continuando con el tema, en el Artículo 360 *ibidem*, el legislador en este precepto legal delimita con precisión lo atinente a la prueba ilegal, asumiendo que las mismas serán excluidas de los procesos penales, entendiendo que estas serán aquellas que se hayan obtenido o aducidos con violación a los requisitos formales que esta misma norma impone para realizarlo.

En complemento del aspecto legal, la jurisprudencia constitucional también ha hecho referencia a esta regla, considerando en la Sentencia T 008 de 1998, que en los procesos penales pueden identificarse pruebas ilícitas, sin embargo, ello no invalida los actuado, siempre que no se tome la prueba para definir la situación jurídica, sin embargo, deben existir otros medios de conocimiento que permitan establecer la responsabilidad penal o no del procesado. Siendo así, las pruebas ilícitas pierden validez, no se ajustan a las exigencias propias de la actividad probatoria.

Aunado a lo anterior, en la Sentencia SU 159 de 2022, reitera que las pruebas ilícitas son tenidas como nulas de pleno derecho, ya que esta proscrita su utilización y permanencia en el proceso, por lo tanto, le corresponde al juez excluirlas, en aras de que no se contamine el proceso y se pueda continuar con el mismo. No se puede perder de vista que solo el juez es quien tiene la facultad de decidir si la prueba es ilícita o no, ya que este debe realizar una valoración de esta, verificando la forma en que se obtuvo y como se allegó al proceso, puesto que, la ilicitud afectará su decisión.

Además de lo indicado, en la Sentencia A 227 de 2007, se hace referencia a la teoría del árbol envenenado como aquella que entiende nula todas las: “pruebas del acervo procesal como consecuencia de la presencia de una prueba ilegítima en el proceso. En su concepción más radical, todo el contenido probatorio del proceso estaría viciado de nulidad como consecuencia de la existencia de una prueba ilegal”. En esencia supone una relación causal de la prueba principal como las derivadas, es decir, si la primera esta viciada la segunda también lo estará.

3. Análisis de la doctrina de los frutos del árbol envenenado como fuente de la prueba ilícita en el proceso penal en Colombia

En este apartado se tiene por finalidad establecer y analizar los aspectos relevantes de la teoría de los frutos del árbol envenenado, la cual es una doctrina estadounidense, pero que ha sido acogida en Colombia, materializándose en lo que se conoce como la regla de exclusión. En este sentido, se expondrán los aportes realizados por diversos autores sobre el tema.

En virtud de lo anterior, se tiene entonces que, esta teoría en palabras de Méndez (2010) se estableció “con el fin de establecer que la fuente de la evidencia, es decir, el árbol, se encuentra contaminado y cualquier cosa que se obtenga de este mismo lo estará también” (p.50). En este sentido, existe una especie de relación de identidad entre la prueba ilícita y la que se derivan de esta, es decir, si el árbol este contaminado, todo lo que está brota correrá la misma suerte.

En términos similares Gallo (2017) considera que esta teoría “hace referencia a los casos en que se cuestiona la validez de la prueba cuya obtención haya tenido un origen indirecto en la ilicitud primigenia de otra prueba” (p. 9). De esta forma, la fuente de la prueba derivada es lo que la invalida, es decir, se cuestiona el origen y la forma de obtención del medio probatorio. Tal como lo menciona Benito (2014), esta hace perder eficacia a la prueba, por su ilicitud.

Aunado a lo indicado, Constante (2020) afirma que en virtud de la teoría en comento “no se pueden utilizar como medios de prueba los resultados o hallazgos que tienen origen en una práctica ilícita e inconstitucional, pues lo que nace ilícito muere ilícito e igualmente sus frutos” (p.37), es decir, una prueba lícita lleva a otra ilícita, siempre que se desprenda de ella.

En consonancia con lo anterior, Ramírez (2019) asegura que “la doctrina acepta sin mayores obstáculos que lo obtenido con violación de un derecho fundamental quede fuera de

aplicación” (p.107). Esto reafirma todo lo que se ha mencionado en líneas precedentes y que constituyen el eje central de la teoría abordada.

Ahora bien, esta teoría no se adopta de forma absoluta, ya que admite unas excepciones, que de acuerdo con lo establecido por Betava y Rangel (2014) “la doctrina Americana de la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado y establece cuatro excepciones el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley” (p.2). Estos tres casos son los principales, sin embargo, a la ley autorizar otros eventos se ha tomado en cuenta también la buena fe en el actuar.

En cuanto a la primera Benito (2014) asiente que el vínculo atenuando “consiste en que no aplicara la cláusula de exclusión si la autoridad demuestra que la prueba ilícita y la obtenida por reflejo se ha desarrollado por otros elementos materiales probatorios” (p.12). Esta es una forma de entender que existe una relación de identidad mínima entre la prueba ilícita principal y la derivada, por lo que esto puede evitar que se tenga como consecuencia su exclusión al igual que la primera.

En lo que respecta a la segunda causal, que es la fuente independiente, Medina (2017), la ilustra con un ejemplo, como fue el caso de un hombre a quien se le tomaron huellas dactilares, las cuales fueron tenidas en cuenta como ilícitas, sin embargo, de manera posterior, la policía solicitó un cotejo de las mismas huellas y si fueron tenidas en cuenta como válidas, toda vez que, se realizó de forma independiente.

Atendiendo al mismo autor, en cuanto a la tercera causal de exclusión, expone el caso de un hombre que confesó donde se encontraba el cuerpo de la niña que había asesinado sin la presencia de su abogado, lo cual se tomó como prueba ilícita, sin embargo, ya la policía tenía información de terceros de la posible ubicación y con tan solo realizar labores de búsqueda y peinado de la zona hubiesen podido inevitablemente descubrir el lugar de ubicación del cuerpo.

En complemento de lo expuesto, se encuentra la cuarta causal que es la buena fe, la cual se fundamenta en uno de los principios claves en las actuaciones de las autoridades

judiciales y de policía, por lo cual estos en su actuar creyendo que obran actuando de esta forma, pueden obtener pruebas ilícitas.

Teniendo claridad de las cuatro posibles causales que impiden la exclusión de las pruebas, cabe mencionar que en Colombia estos cuenta con su plena reglamentación jurídica en la norma penal, donde se establecen los aspectos mínimos a tener en cuenta y las reglas que se deben observar para el tema probatorio, sin embargo, no se plantea de forma precisa la forma en cómo se deben aplicar por parte del juez los aspectos enunciados, pues tan solo se evidencia tal aspecto lo dispuesto la Ley 906 de 2004, es decir, “no existe otra norma en el ordenamiento jurídico colombiano que exprese los requisitos mínimos o los criterios de valoración a tener en cuenta para la aplicación de esta institución” (Gómez, 2016, p. 3).

Ahora bien, bajo el supuesto anterior, no queda más que precisar las siguientes conclusiones frente al marco teórico y que recopilan todos los aspectos mencionados:

- La prueba ilícita se debe excluir del proceso y declararse nula de pleno derecho.
- La teoría del árbol envenenado establece que la prueba principal ilícita afecta a las derivadas.
- Hay tres formas principales de que no se excluya la prueba derivada, que son el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, a la que se suma la buena fe.
- La teoría coloca en conflicto la obtención de la verdad como finalidad del proceso, con el estricto cumplimiento de las observancias legales para la obtención de la prueba.
- La exclusión de la prueba debe realizarla el juez, de una forma motivada, no es una actuación caprichosa.

Conclusiones

Frente al primer objetivo, se establece que la prueba ha sido entendida como uno de los elementos transversales e indispensables en cualquier proceso, y la cual en el marco del proceso penal es la que llevará al convencimiento del juez para que este decida si el procesado le asiste o no responsabilidad penal por los hechos que está siendo procesado. En esta medida la regla general es que la prueba se licita, es decir, que su obtención e incorporación se ajuste a derecho y cumpla con los lineamientos legales, pues de lo contrario se toma como prueba ilícita.

Continuando con el primer objetivo, también se pudo establecer que, así como pueden incorporarse pruebas lícitas, es necesario que el juez identifique cuando estas sean ilícitas, siendo este quien en principio deben valorarla para determinar tal situación, contrastando la forma en que se produjo, identificándose si se vulneraron o no derechos fundamentales. Como ejemplo de ello, se tiene cuando se obtiene haciendo uso de la tortura, de la fuerza, de agresiones, entre otras situaciones.

Ahora bien, se presenta esa ilicitud, conforme al segundo objetivo se concluye que, debe excluirse esa prueba, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, esta debe ser declarada nula de pleno derecho, perdiendo la validez y cualquier posibilidad de generar efectos jurídicos frente al objeto del proceso y la responsabilidad del procesado. En esta medida la exclusión viene a ser un remedio para la mala fe con que se obtiene determinado medio de prueba.

En consonancia con lo anterior, en igual forma se concluye frente a la regla de exclusión que, si bien es cierto que, las partes tienen libertad probatoria, también es cierto que, esta se encuentra limitada al respeto de los derechos fundamentales de todos los que intervienen, por lo que la búsqueda de la verdad no puede conseguirse a toda costa. No se puede perder de vista que, las pruebas ilícitas no pueden ser tenidas en cuenta, deben desecharse, restándole cualquier valor.

En cuanto al tercer objetivo, se estableció que, esa regla de exclusión en Colombia se ha admitido, a partir del desarrollo de la teoría del árbol envenenado en materia penal, ya que se concibe que toda prueba ilícita no puede ser tenida en cuenta como fundamento para la decisión que ha de tomar el juez porque es vulneradora de derechos. Cabe mencionar que, lo que pretende explicar, es que una prueba obtenida de forma ilícita afecta con ilicitud a todas aquellas que se derivan de esta aun cuando se hayan observado los requisitos legales, sin embargo, esto se comporta como la regla general y se han establecido unas excepciones a la regla, ya que no siempre se surte este efecto.

Partiendo de lo anterior, esta teoría a pesar de que admite que en principio la prueba ilícita debe ser declarada nula, también acepta una serie de excepciones, con las que se busca argumentar que aún cuando la prueba principal se torne ilícita, las derivadas pueden no correr la misma suerte, para ello, debe demostrarse por el Fiscal en este caso que el vínculo entre una y otra es atenuado, de tal forma que no existe una relación directa entre una y otra. En la misma forma, cuando la fuente es independiente, es decir, cuando el origen de la prueba principal es diferente a la derivada y finalmente el descubrimiento inevitable, que implica que en cualquier momento la autoridad judicial había de descubrir la prueba por medios lícitos.

Finalmente, se tiene que el alcance de la teoría estudiado no es otro que admitir la procedencia de la prueba ilícita en el proceso penal y a pesar de que se toman los argumentos en que se sustentan cada una de las excepciones referenciadas, no deja de ser una prueba cuestionable y que contraviene los postulados constitucionales, en especial el debido proceso y otras garantías reconocidas al procesado.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. [7 de julio de 1991]. Constitución Política de 1991, Art. 29.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Barragán, C. (2019). El Derecho procesal Penal. Tercera Edición.
<http://repositorio.uasb.edu.bo:8080/bitstream/54000/1293/1/Barrag%C3%A1n%20-%20Derecho%20procesal%20penal%203ra%20ed..pdf>
- Benito, E. (2014). *Regla de exclusión probatoria el sistema acusatorio penal desde una perspectiva comparada*. [Trabajo de pregrado, Universidad la Gran Colombia].
<https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5077/Regla%20de%20exclusi%C3%B3n%20probatoria%20PDF.pdf?sequence=1>
- Betava, G y Rangel, M. (2014). Un Análisis de la teoría de los frutos del árbol envenenado desde el derecho comparado de los Estados Unidos de América, Reino Unido y Colombia. Universidad Santo Tomás.
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/23168>
- Congreso de la república. (31 de agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O.N. 45.658.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Constante, K. (2020). Nulidades en la prueba penal y el debido proceso. Universidad Técnica de Ambato. <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/31171/1/BJCS-DE-1143.pdf>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T 008 de 1998. [Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz].
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

- Corte Constitucional. (6 de marzo de 2022). Sentencia SU 159 de 2007. [Mp. Manuel José Cepeda Espinosa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-159-07.htm>
- Corte Constitucional. (29 de agosto de 2007). Sentencia A 227 de 2002. [Mp. Marco Gerardo Monroy Cabras]. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=9905
- Daza, A. (2016). Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal. Universidad Católica de Colombia. <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/reglas-de-produccion-de-las-pruebas/pubData/source/reglas-de-la-produccion.pdf>
- Díaz, A. (2016). La prueba obtenida mediante coacción y su inadmisibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIX, núm. 2, pp. 229-252. <https://www.redalyc.org/pdf/1737/173749299011.pdf>
- Echeverry, Y. (2019). Legalidad de la prueba y la exclusión. Precedente, Vol. 14, pp. 81-111. <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3360/3584>
- Gallo, J. (2017). *Exclusión de la prueba derivada: garantía de Derechos Fundamentales*. [Trabajo de pregrado, Universidad de los Andes]. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/39907/u807397.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez, J. (2016). *Aplicación de la fuente independiente de la prueba como excepción a la regla de exclusión penal*. [Trabajo de pregrado, Universidad Militar Nueva Granada]. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15214/GomezVasquezJennyCatalina2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jiménez, E. (2016). *La cláusula de exclusión en el sistema penal acusatorio colombiano*. [Trabajo de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15222/JimenezBeltranElvis2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Medina, R. (2017). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico - práctico en derecho comparado. Editorial Universidad de Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/pi-prueba-ilicita-baja.pdf>
- Méndez, R. (2010). La teoría de los frutos del árbol envenenado en el sistema procesal penal colombiano. *Revista Jurídicas CUC*, No 6, pp. 43-55.
- Páez, J. (2018). *La validez constitucional de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano regido por la Ley 906 de 2004*. [Trabajo de pregrado, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11492/LA%20VALIDEZ%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LA%20DINAMIZACION%20DE%20LA%20CARGA%20DE%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20COLOMBIANO%20REGIDO%20POR%20LA%20LEY%20906%20DE%202004.pdf?sequence=1>
- Ramírez, D. (2019). La prueba ilícita, reflexiones a partir de la “operación fénix”, en Colombia. *Revista de Ciencias Sociales*, No 74, pp. 103-129. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7063474>
- Rincón, J y Rodríguez, J. (2021). La función del juez penal para dar validez a la prueba ilícita en el proceso penal colombiano. *Principia iuris*, No 39, pp. 111 -148. https://app-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO+content_type:4/la+teoria+del+arbol+envenenado+en+colombia/vid/funcion-juez-penal-dar-916749848
- Vicuña, M y Castillo, S. (2015). La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal. *Justicia*, 27, 118-134. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a07.pdf>