

**EL IMPACTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL
SISTEMA PENAL COLOMBIANO**

RAFAEL CRUZADO CARRASCAL

ROSA MARCELA DÍAZ GÓMEZ

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA ANTONIO JOSE DE SUCRE

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

SINCELEJO

2023

Tabla de Contenido

Resumen	4
Abstract	5
Introducción	6
Objetivos.....	8
Objetivo General.....	8
Objetivos Específicos	8
1. El alcance de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano... 9	
1.1. Concepto de prueba	9
1.2. Regla de exclusión de la prueba en Colombia.....	11
1.3. Críticas a la regla de exclusión de la prueba.....	15
2. Casos en los que se considera que una prueba es ilícita en Colombia.....17	
3. Excepciones de la exclusión de la prueba ilícita.....19	
3.1. Vinculo atenuado	20
3.2. Fuente independiente	21
3.3. Descubrimiento Inevitable	22
3.4. Las demás que establezca la ley	23
Conclusiones.....	24
Referencias Bibliográficas	26

Lista de Tablas

Pág.

Tabla 1. Conceptos de prueba ilícita e ilegal.....	17
--	----

Resumen

La prueba en el proceso penal es fundamental, en la medida que, permite establecer si el procesado es responsable o no de la conducta punible por la cual se le acusa, por lo que se exige que la misma sea obtenida y aportada con la observancia plena de todas las garantías propias del debido proceso y el respeto a los derechos humanos, toda vez que, de desconocerlas deberá ser excluida. Bajo este supuesto, en este trabajo se planteó como objetivo general Establecer el impacto de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano. Para dar respuesta a dicho objetivo metodológicamente se hizo uso de una investigación de tipo descriptiva, del enfoque y paradigma cualitativo, del método interpretativo y como técnica de recolección de información el análisis documental. Como resultado se estableció que, la regla de exclusión surge en Colombia como una solución para restarle efectos jurídicos a determinadas pruebas, como son las ilegales o ilícitas, ya que las mismas, son violatorias de derechos fundamentales y vician lo actuado, sin embargo, en Colombia esta no es una teoría absoluta, porque admite excepciones, entre las que están el Vínculo atenuado, la Fuente independiente y el Descubrimiento inevitable. En conclusión, el impacto se evidencia en el proceso mismo, en los derechos del procesado, en el respecto del debido proceso y la seguridad jurídica, puesto que, para conseguir la verdad no puede admitirse su descubrimiento a toda costa y admitir las tres excepciones mencionadas es una forma de limitar todos estos aspectos.

Palabras clave: prueba, proceso penal, regla de exclusión, Colombia.

Abstract

Evidence in criminal proceedings is fundamental, to the extent that it allows to clearly establish whether or not the defendant is responsible for the punishable conduct for which he is accused, so it is required that it be obtained and provided with full observance of all the guarantees of due process, since, if they are not observed, it must be excluded. Under this assumption, the general objective of this work was to establish the impact of the rule of exclusion of evidence in the Colombian criminal system. In order to respond to this objective, methodologically, a descriptive type of research, the qualitative approach and paradigm, the interpretative method and documentary analysis were used as a data collection technique. As a result, it was established that the exclusion rule arises in Colombia as a solution to subtract legal effects from certain evidence, such as illegal or illicit evidence, since such evidence violates fundamental rights and vitiates the proceedings; however, in Colombia this is not an absolute theory, because it admits exceptions, among which are the attenuated link, the independent source and the inevitable discovery. In conclusion, the impact is evident in the process itself, in the rights of the accused, in the respect for due process and legal certainty, since, in order to obtain the truth, its discovery cannot be admitted at all costs and admitting the three exceptions mentioned is a

Keywords: evidence, criminal procedure, exclusionary rule, Colombia.

Introducción

La prueba es uno de los elementos centrales y emblemáticos en los procesos, en el entendido que, esta es la herramienta que ha dispuesto el ordenamiento jurídico para que se pueda determinar con precisión, cuales son los aspectos de tiempo, modo y lugar que permitirán crear y precisar una teoría del caso que se pretende presentar ante los jueces.

En virtud de lo anterior, la actividad probatoria en el proceso penal se encuentra en cabeza principalmente de la Fiscalía General de la Nación, quien en representación del Estado ejerce la acción penal por mandato expreso del texto constitucional, para lo cual se le ha dotado de todas las herramientas necesarias para adelantar todas las acciones indispensables para investigar los delitos que tenga conocimiento, llevando a proceso aquellos en los que cuente con los elementos de conocimientos necesarios que le permitan hacer la inferencia de posible autoría o participación en el ilícito. De esta forma, le asiste a esta institución la carga de la prueba, desplegando todos los actos necesarios y legales para su producción.

Para la búsqueda de los elementos probatorios la Fiscalía debe observar cada una de las reglas establecidas en las normas penales, en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 *ibidem*, los cuales amplían el margen de garantías de los procesados, ya que el principio de integración supone una cláusula abierta que no se entiende terminadas en los Códigos Penales, sino que hacen parte íntegra de otras normas de igual o mayor jerarquía y que son de obligatoria observancia por quienes administran justicia. En este sentido, deberán en todo momento evitar vulnerar derechos o garantías en la búsqueda de la verdad y de esos medios de conocimientos.

Una vez recopilado los medios probatorios, es ahí donde el fiscal adecua los hechos a un tipo penal específico, estructura su teoría del caso y determina si hay mérito con fundamento en ello para iniciar el proceso penal, donde se descubrirán las pruebas y surtirán los efectos a los que están llamados a producir de cara a la litis que se ha trabado.

Ahora bien, los elementos probatorios que son allegados al proceso deben ser valorados por el juez en contraste con las reglas y lineamientos que se han desarrollado para tal finalidad, quien en el momento de la audiencia preparatoria decide cuales serán aquellos que han de ser practicados en el marco del juicio oral, inadmite o rechaza aquellos que no presten utilidad a la causa del litigio, o en su defecto excluirá los que estén considerados como pruebas ilícitas o ilegales. Siendo la audiencia preparatoria el escenario ideal para la exclusión de dichas pruebas, aunque también se puede realizar en el juicio oral.

Conforme a lo anterior, cuando se presentan pruebas ilegales o ilícitas se debe aplicar la regla de exclusión por parte del juez, en miras a salvaguardar la seguridad del proceso y los derechos de las partes, toda vez que, lo importante es la verdad, sin embargo, esta no puede obtenerse con violación al debido proceso. Por ello, resulta relevante para este trabajo Establecer el impacto de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano, planteándose además como problema a resolver ¿Cuál es el impacto de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano?

El objetivo y problemática expuesta, se justifica en el hecho de que la prueba constituye la columna vertebral del proceso penal, por su trascendencia en la determinación de la responsabilidad penal del proceso, por lo que siempre debe velarse porque esta se ajuste a la ley y no se vulneren derechos en virtud de ella. En la misma línea, este trabajo es una oportunidad para revivir el debate que se ha suscitado al respecto, ya que es necesario identificar que está prevaleciendo en Colombia, es decir, si prima la búsqueda de la verdad a toda costa o sencillamente se está apelando al respecto de las garantías fundamentales.

Finalmente, para poder dar respuesta a lo indicado, metodológicamente se utilizará el paradigma y enfoque cualitativo, los cuales facilitan la búsqueda y análisis de la información, sustentándose en temas de la realidad y son propios del tipo de investigación seleccionada que es de tipo descriptivo. En cuanto al método es el interpretativo, que permite entender el sentido de cada uno de las fuentes de información consultadas, las cuales se obtuvieron utilizando como técnica de recolección el análisis documental, sintetizándola en las fichas de lecturas como instrumento.

Objetivos

Objetivo General

Establecer el impacto de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano.

Objetivos Específicos

- Delimitar el alcance de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano.
- Determinar en qué casos una prueba se considera ilícita en Colombia.
- Analizar las excepciones de la exclusión de la prueba ilícita.

1. El alcance de la regla de exclusión de la prueba en el sistema penal colombiano

1.1. Concepto de prueba

La prueba en el proceso penal demarca las actuaciones de todos los sujetos que intervienen en él, en el entendido de que, cada una de las partes desde su posición aporta y solicita las pruebas que desea hacer valer para respaldar cada una de las posiciones que asuma frente al objeto del litigio. En este sentido, lo que se busca es que se logre establecer más allá de toda duda razonable que realmente quien está siendo procesado fue quien cometió la conducta de forma directa o tuvo alguna participación.

Continuando con lo indicado, se puntualiza en palabras de Sanabria (2014) “La prueba es el instrumento que le permite al juez construir la verdad: la prueba es al proceso como el oxígeno al ser humano” (p.85). Conforme a lo expuesto, es la prueba el vehículo para poder llevar al juez a que conozca qué fue lo que realmente sucedió y como se vincula al procesado a los hechos que son alegados por la Fiscalía en la imputación que realiza.

En la misma línea, la prueba juega entonces un papel fundamental que no puede ser desconocido, porque sin esta los procesos no prestarían ninguna utilidad, como tampoco aportarían a la correcta y justa administración de justicia, toda vez que, no existirían suficientes elementos para romper con la presunción de inocencia, lo que se logra presentada prueba en contrario que dé cuenta de ello.

En complemento de lo expuesto, la prueba responde a una realidad y a una necesidad del sistema penal acusatorio, donde se ha dejado claro que sin ella es muy difícil que se pueda condenar a quien está siendo investigado, porque lo prescrito es que no exista duda alguna frente a la responsabilidad, ya que de haberla o de presentarse esta se interpretará en favor del procesado.

Ahora bien, aterrizando este concepto al sistema penal acusatorio, se tiene que, la prueba juega un papel fundamental, puesto que, es el mecanismo que permite garantizar y materializar el principio de paridad de armas, por lo que se garantiza a las partes las mismas oportunidades para presentarlas y solicitarlas, sin embargo, se precisa que la principal carga

de aportarlas se encuentra en cabeza de la Fiscalía, quien debe romper con la presunción de inocencia (Corte Constitucional, Sentencia C 067 de 2021).

Bajo el supuesto anterior, la prueba en la forma en que ha sido regulada en el proceso penal de corte acusatorio, solo puede ser aportada por las partes e inclusive las víctimas y el Ministerio Público, ya que los jueces se les limita la posibilidad de decretar pruebas de oficio, como si sucede en otros procesos como el civil y el laboral, puesto que, es un sistema en el que debe primar la actividad de las partes, sin perder de vista que el juez sigue siendo el director del proceso (Corte Constitucional, Sentencia C 163 de 2019).

En esencia, frente a la prueba y su aplicabilidad en el proceso penal se puede concluir lo siguiente:

- Es un medio de conocimiento, que permite alcanzar la verdad, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el delito objeto del proceso.
- La prueba es tomada como un instrumento indispensable para alcanzar la justicia, toda vez que, esta es determinante en el esclarecimiento de los hechos alegados por las partes.
- En el sistema penal la prueba es el mecanismo que tiene el juez para determinar que quien esta siendo procesado tuvo algún tipo de participación en la conducta punible que se investiga.
- La garantía de este instrumento permite materializar el principio de paridad de armas.
- Las partes son quienes en principio están obligadas a aportar pruebas, pero la carga de romper con el principio de inocencia exige que sea la fiscalía quien sustente su teoría del caso no solo desde el punto de vista factico o jurídico, sino también probatorio. En este sentido, la teoría de la carga dinámica de la prueba se aplica de forma limitada en este ámbito.
- El juez penal le esta vedada la facultad de decretar pruebas de oficio.

1.2. Regla de exclusión de la prueba en Colombia

Como quedó evidenciado en el acápite anterior, la prueba es un instrumento indispensable en el marco de cualquier proceso, por lo que es importante que la misma cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley, en miras a que estas se aporten o se obtengan con arreglo al principio de legalidad y no se vulneren derechos del procesado o frente a quien se dirija la misma.

Partiendo de lo indicado, cuando se evidencie que una prueba se torne como ilícita o ilegal, a partir del análisis que realice el juez al momento de decretarla en la audiencia preparatoria o en el marco de la práctica de esta en el curso del juicio oral, esta debe ser excluida del proceso, puesto que, conforme a lo establecido en el artículo 29 del texto constitucional estas son declaradas nulas de pleno derecho.

En virtud de esa ilicitud o ilegalidad y del deber de excluir esta prueba, se ha gestado la denominada regla de exclusión de la prueba, la cual surge como un mecanismo para evitar que los procesos se sustenten en evidencias que rompen con el principio de legalidad, por los efectos nocivos que estas pueden tener en la resolución del proceso y en los derechos de los procesados principalmente, atendiendo que es la Fiscalía quien de forma general aporta los elementos de prueba en que se debe sustentar la sentencia al final del proceso.

Bajo el supuesto indicado, la herramienta de exclusión de la prueba es entendida como “Un mecanismo procesal para contener la violación de garantías fundamentales y del debido proceso en la aducción y producción de los medios probatorios necesarios para el hallazgo de la verdad” (Ramírez, 2015, p.106). A partir de lo referenciado, esta es la oportunidad para que no se vicie el proceso y lo actuado, en el entendido de que la verdad que se pretende alcanzar debe hacerse mediante medios razonables, pero también apegados a la legalidad, pues de lo contrario no cumplen ningún objetivo.

En el mismo sentido, Ruiz (2021) menciona que con la reglamentación de la regla de exclusión tiene por finalidad “eliminar de todo procedimiento judicial los elementos materiales probatorios o evidencia física que se hayan obtenido al margen de una ilicitud” (p.5). Esto reafirma lo dicho en líneas precedentes, es decir, esta es la consecuencia que se

busca con la aplicación de esta regla, es decir, velar porque los procesos primen los principios y normas rectoras que lo orientan.

En la misma línea, Medina (2017), comenta a que esta regla “hace referencia al proceso de apartar una prueba del conocimiento del juez, ya sea por su inadmisión, su rechazo o su exclusión en sentido estricto” (p.29). De esta forma, lo que se pretende es que el juez no tenga en cuenta esas pruebas ilícitas o ilegales, descartando cualquier efecto jurídico en la decisión que este ha de tomar.

En términos similares, “La decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto de las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino además el goce efectivo de otros derechos constitucionales” (Jiménez, 2016, p.4). En este sentido, tiene un objetivo que permite mantener y defender los postulados constitucionales en la materia, puesto que, lo que se prohíbe en esencia es la protección de los derechos al debido proceso, que es uno de los principios más complejos y que comporta en su contenido una multiplicidad de garantías.

La forma en que ha sido introducida esta regla está muy relacionada con la teoría del árbol envenenado, la cual es entendida por Méndez (2010) así:

Esta doctrina es una extensión de la Regla de la Exclusión cuyo tema previene la evidencia obtenida con violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución, la cual no puede ser admitida en un juicio criminal. Esta teoría es utilizada con el fin de que la Policía americana evite utilizar dicha evidencia como medio para lograr un fin (p.50).

Conforme a la cita expuesta se establece una relación que demarca entre la prueba principal y la prueba derivada, lo que hace un símil entre el árbol que está contaminado y todo lo que nace de él tiene la misma suerte. Siendo así, no puede predicarse la legalidad de una prueba que se derive de una extraída de tal forma.

Es importante mencionar que, esta teoría no es novedosa en el país, sin embargo, esta es extensiva de la regla de exclusión que se ha venido tratando, ya que esta última es mucho más amplia y alcanza un espectro mayor, pero que son similares en su parte de su contenido. Lo anterior, se evidencia en que en Colombia esta regla ha sido ampliamente aceptada tanto en la ley como en la jurisprudencia, por los alcances que la misma tiene en materia penal y los efectos que puede producir de permanecer una prueba ilícita en el marco del proceso, ya que estos pueden tomarse como una vía de hecho, que no es admisible en sistemas de corte democrático como el nuestro.

Con fundamento en lo expuesto, desde el punto de vista legal, esta encuentra su fundamentación constitucional en el artículo 29 relativo al debido proceso, pero, además, en el Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004 y que se evidencia en los siguientes artículos:

- Artículo 23. Cláusula de exclusión: Establece que toda prueba que se obtenga desconociendo garantías fundamentales se declara nula de pleno derecho, es decir, que sale de forma inmediata del acervo probatorio. En esta misma vía, las pruebas que de forma directa o indirecta se deriven de esta también serán nulas.
- Artículo 177 en su numeral 5 contempla que la apelación se concederá en efecto suspensivo “5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.”
- Artículo 359, donde se consagra lo relativo a la exclusión de la prueba, estableciendo que se deben observar las reglas legales para tal finalidad, y el juez una vez adopte esta decisión deberá sustentarla con razones o motivos jurídicos válidos. Esta decisión puede ser recurrida mediante reposición y apelación, que tal como se indicó en el artículo anterior, se concede en efecto suspensivo.
- Artículo 360: Regula lo relativo a la prueba ilegal.
- Artículo 381: Consagra que la condena del procesado solo puede basarse en prueba licitas y debidamente debatidas dentro del juicio oral.

- Artículo 455: Contempla las excepciones a la regla de exclusión en los siguientes eventos: “el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

La normatividad expuesta, ha sido desarrollada en varias sentencias de la Corte Constitucional, donde se revisa lo relativo a la regla bajo estudio. El primer pronunciamiento identificado es la Sentencia SU 159 de 2002, donde se explica que la regla de exclusión parte de la consideración de que la prueba ilícita e ilegal deben salir del proceso, pues mantenerla se convertiría en una vía de hecho, que puede ser motivo para el recurso de casación o en su defecto se puede recurrir la sentencia mediante acción de tutela.

En consonancia con lo manifestado, en la Sentencia T 233 de 2007, se indica que no toda vulneración o desconocimiento de la ley en el proceso de obtención de la prueba genera nulidad, por lo que se han establecido excepciones a la regla, las cuales ya fueron mencionadas. Así mismo, refiere que son infracciones menores, que no tienen el alcance de vulnerar el debido proceso, no siendo cobijada en la regla expuesta en el artículo 29 constitucional, puesto que, la finalidad es impedir que el procesado sea juzgado con fundamento en pruebas violatorias de dicha garantía.

En la misma sentencia del año 2007, se plantea que no se esta ante una regla de carácter absoluto, sino que por el contrario admite que no toda anomalía pueda ser tomada como causal para declarar de pleno derecho la prueba que se haya tomado como ilícita o ilegal. De ahí que se hayan admitido excepciones, las cuales han sido criticadas, pero que se ha mantenido su aceptación.

Continuando con el tema, en la Sentencia C 217 de 1997, se contempla el debido proceso como uno de los derechos y garantías fundamentales, que se tiene como de aplicación inmediata y limita la actividad probatoria en todo lo largo del proceso. Aunado a lo anterior, la Corte asume que la prueba que debe ser excluida es aquella que contraviene la Constitución, como también las que son obtenidas apelando a la tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales.

1.3. Críticas a la regla de exclusión de la prueba

En cuanto al tema objeto de estudio, se ha puntualizado que la prueba ilícita o ilegal debe ser excluida, sin embargo, la problemática que se suscita que tanta validez pueden tener las otras pruebas que se pueden derivar de ella y que son obtenidas por los investigadores de policía judicial, centrándose la discusión en el efecto que las mismas han de producir en el marco del proceso, generándose una serie de críticas frente a la aplicación misma de dicha regla.

Partiendo de lo expuesto, la primera crítica que se tiene es el hecho de que admitir las excepciones anotadas es un flagrante caso de ceder el debido proceso, ya que, si esta la norma indicando que el efecto de esta es la nulidad, no puede acudir a excepciones que en esencia son confusas y además las dejan abiertas a que se configuren otras, que se suman a las expresamente contempladas en la norma. En este sentido, la misma ley se contradice por aceptar este tipo de situaciones.

Bajo el supuesto anterior, se cae en una disyuntiva entre impedir que se genere la impunidad en los procesos donde se excluyen las pruebas frente al debido proceso, en la cual está prevaleciendo la primera, ya que admitir las excepciones es una forma para garantizar que el juez tenga los elementos de conocimientos suficientes para que pueda condenar, aun cuando sean violatorios desde toda óptica. De esta forma, resulta inadmisibles que se haya llegado a esa ponderación en el ámbito penal, la cual desnaturaliza la ideología del proceso penal acusatorio (Ruiz, 2021).

Otra de las tensiones que se presenta es la garantía del juicio justo con la regla de exclusión, en la medida de que en todo momento se debe promover la prevalencia del interés general, de ordenamiento jurídico a nivel general, incluidas todas las normas que contemplan las garantías procesales y las reglas propias de cada juicio. En esa medida, se observa que en esa pugna existe una búsqueda desmedida de la verdad, sin importar que se puedan vulnerar derechos fundamentales, lo que no es bien recibido si se quiere mantener la seguridad jurídica en el proceso, como se ha venido diciendo insistentemente a lo largo de este planteamiento (Palacios, Rodríguez y Carreño, 2017).

En complemento de lo expuesto, se privilegia entonces la búsqueda de la verdad, pero se invalida el respeto y protección de los derechos fundamentales, asumiendo como finalidad máxima esa verdad, sin importar los medios que tengan que utilizarse, hasta el punto de admitir medios probatorios ilícito e ilegales. Siendo así, queda duda respecto a lo que debe primar en estos casos, ya que parece que los jueces tienen discrecionalidad frente al tema, a pesar de que legalmente no se concibe de esa forma, por cuanto la nulidad es de pleno derecho (Aramburo, 2017).

Aunado a lo manifestado, el hecho de que el Estado acepte esas excepciones a la regla de exclusión también lo convierte en un delincuente, ya que la prueba obtenida por medios fraudulentos o de forma ilegal es un delito en sí mismo, porque contraviene el ordenamiento jurídico, como las reglas propias del debido proceso. En esta medida la institucionalidad estaría desempeñando un papel indigno, en el cual delincuentes estarían persiguiendo a delincuentes (Sanabria, 2014).

En la misma línea, Monsalve (2010), confirma que en Colombia se privilegia el proceso penal en lo que respecta a su finalidad máxima de búsqueda de la verdad por encima de los derechos plenamente reconocidos en el texto constitucional en favor del procesado, automatizándose la forma en que se adelanta, importando en gran medida resultados representado en condenas. En este sentido, se rompe con el ideal y la regla de nulidad cuando la prueba es ilícita.

En contraposición a las críticas mencionadas, Crespo (2019) indica que cuando no se admite las pruebas derivadas puede comprometerse la verdad, en el entendido de que, si se excluye la prueba esta finalidad se puede ver comprometida y los delincuentes pueden ser absueltos a pesar de que con ese medio probatorio se haya establecido su responsabilidad penal en los hechos que son materia de investigación.

Partiendo de lo indicado esta disyuntiva lleva a considerarse además que, en un Estado social de derecho como el colombiano, admitir este tipo de medidas es un retroceso a la constitucionalización del derecho penal y del sistema penal mismo. No se puede perder de vista que esta consagración se dio en la coyuntura cuando se modificaba el sistema imperante en Colombia, ya que anteriormente se contaba con uno que era muy poco garantista, en el

cual la Fiscalía tenía poderes exuberantes y la actividad probatoria no contaba con muchas limitaciones, como si se presenta en la actualidad.

2. Casos en los que se considera que una prueba es ilícita en Colombia.

La prueba como se ha venido dejando claro a lo largo de este documento es un elemento indispensable en la solución de los procesos penales, toda vez que, carecer de ella impide que el juez determine con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollo la conducta punible que se investiga, lo que tiene directa injerencia en el establecimiento de la responsabilidad del procesado, llegándose inclusive ante esa ausencia de material probatorio a ordenarse la absolución por este motivo (Zamora, 2014).

Por lo anterior, resulta de suma importancia la actividad probatoria que despliegan las partes, en especial la Fiscalía por el deber que la misma ley le ha impuesto en la materia, sin embargo, la obtención de las pruebas debe responder a unos criterios, que de no cumplirse llevan a que estas sean consideradas como pruebas ilícitas o ilegales.

Conforme a lo indicado, estos dos conceptos se diferencian uno del otro y de forma resumida se evidencian en la siguiente tabla:

Tabla 1. *Concepto de prueba ilícita e ilegal*

PRUEBA ILEGAL	PRUEBA ILICITA
Es aquella que se construye con ausencia de alguno de los requisitos que el legislador dispuso para su asunción.	Es aquella que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales, así como las garantías del enjuiciado.

Nota: Elaboración propia.

Como se desprende de la información obtenida en la tabla, lo que marca la diferencia entre una prueba y otra, es la forma de obtención de la prueba, pero indistintamente ambas dan lugar a que se tome como inexistente ese medio de conocimiento, puesto que, no prestará utilidad alguna, porque de forma inmediata pierde eficacia probatoria, al ser declarada nula de pleno derecho.

Ahora bien, teniendo claridad de la diferencia entre una prueba y otra, es necesario entrar a revisar cuando una prueba es ilícita, en la medida de que, la regla de exclusión impone que la vulneración debe ser grave, dejando de lado los aspectos formales e incidiendo en aquellos que realmente violenten garantías y derechos fundamentales.

Conforme a lo manifestado, Herrera y Cortes (2021), sostienen que en Colombia la política judicial y la Fiscalía cuentan con amplias atribuciones para alcanzar el fin del proceso que es la verdad, por lo que cuentan con todos los mecanismos, herramientas e instituciones que le apoyan en esa labor, por lo que, al disponer de ello, se les está prohibido obtener pruebas a toda costa, rompiendo con los principios propios del Estado social de derecho. En este sentido, advierten que se esta ante una prueba ilícita cuando la misma es obtenida con violación a la integridad personal, a la correspondencia o intimidad del procesado o en últimas se restringe la libertad personal.

Bajo este supuesto es claro que en la búsqueda de la verdad debe primar el respeto de las garantías procesales, por lo que el Fiscal y la policía deben aportar al proceso tanto los elementos de pruebas que desmejoren la situación del procesado, como aquellos que le favorezcan y a porten a su absolución. Lo dispuesto, porque en la justicia debe primar siempre la verdad y no solamente la judicialización.

En la misma forma, Huertas, Prieto y Jiménez (2015) consideran que se esta ante una prueba ilícita cuando “se han obtenido con violación a las garantías fundamentales de la persona” (p.229). Esto reafirma la necesidad de que toda prueba respete las garantías y derechos reconocidos a los procesados tanto en las normas internas como internacionales, es decir, todo el bloque de constitucionalidad, el cual debe ser tomado como de obligatoria

observancia y no como meros criterios interpretativos, en especial cuando está en juego el bien jurídico de la libertad que es de suma importancia para el proceso penal.

Como ejemplo de prueba ilícita los autores indicados en el párrafo anterior, manifiestan que esta se presenta cuando en su obtención se vulneran derechos como la dignidad humana, la intimidad (violación de comunicación, allanamiento sin cumplir los requisitos legales, acceso abusivo a sistemas informáticos, etc.), la integridad personal, la intimidad, pero también cuando se utilizan prácticas violatorias de derechos humanos como la tortura, se les genera tratos crueles, degradantes y contrarios a su humanidad.

Aunado a lo expuesto, Mejía (2021) asume que esa ilicitud de la prueba también se evidencia en el hecho de que se obtengan por parte de las autoridades declaraciones de culpabilidad de manera forzosa, es decir, manteniendo incomunicado al procesado, negándole los alimentos y el agua, torturando o ejerciendo en su humanidad todo tipo de vejámenes que lo lleven mediante la fuerza a comunicar al juez su autoría o participación en los hechos delictuales.

En virtud de lo indicado, en relación con el tema objeto de estudio estos son dos conceptos fundamentales para corroborar que la regla de exclusión abarca toda prueba que contravenga el ordenamiento jurídico de forma general, ya sea porque se desconocen los lineamientos que el legislador reglamento en las normas penales, pero también existe una lista amplia de derechos en el texto constitucional y las normas complementarias contenidas en los tratados internacionales.

3. Excepciones de la exclusión de la prueba ilícita.

A la regla mencionada se han establecido unas excepciones con las que se pretende establecer que no toda prueba ilícita puede ser excluida del proceso, en la medida de que corresponde al juez decidir al respecto, motivando su decisión explicando las razones de hecho y de derecho que tuvo en cuenta. En esencia, esta no se reporta como absoluta, porque admite las siguientes excepciones:

3.1. Vínculo atenuado

En cuanto a la primera excepción que es el *vínculo atenuado* puntualiza que “respecto de una prueba derivada de una prueba ilícita, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba derivada es muy tenue debe entenderse que la prueba derivada es admisible” (Corte Constitucional. Sentencia SU159 de 2002). En el mismo sentido, Gallego (2017) indica que “vínculo atenuado entre la prueba original e ilícita y su derivada desvirtúa la vulneración de derechos es un sin sentido” (p.4).

En términos similares, Herrera y Castro (2021) indican que ese vínculo entre una prueba y otra “resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad” (p.48). En esencia, esta supone una línea tan delgada entre esa prueba principal y la derivada, a tal punto que la primera no afecta que la segunda genere pleno efectos jurídicos frente a la causa del litigio.

En relación con dicha causal Huertas, Prieto y Jiménez (2015), advierten que el juez frente a esta tiene un amplio poder discrecional, en la medida de que, la palabra tenue no tiene un significado específico, sin embargo, es a este a quien le corresponde determinar si existe o no, en miras a aceptar su admisibilidad o no.

Las apreciaciones anteriores, aún cuando son admitidas por la ley penal y por los mismos jueces al desarrollar sus procesos penales, Palacios, Rodríguez y Carreño (2017), afirma que, admitir este tipo de excepciones sin duda alguna una violación flagrante al debido proceso, porque aun cuando el vínculo sea tenue, no puede desconocerse la ilicitud de esta.

Con fundamento en lo indicado, es evidente que el vínculo atenuado supone en esencia una relación causal débil o casi nula entre la prueba principal tomada como ilícita y la derivada que viene a ser admitida por el juez para que preste utilidad al proceso y a la causa que se esta investigando.

3.2. Fuente independiente

La otra causa de exclusión según Aramburo (2017) es *la fuente independiente* en virtud de la cual “no puede considerarse que una prueba se ha derivado de otra cuando ésta se explica suficientemente por la existencia de una tercera prueba obtenida en forma lícita.” (p.51). En esta forma, se busca romper con una relación, entendiendo que, si bien la prueba ilícita aportó al esclarecimiento o a encontrar otro medio de prueba, también es cierto que, los investigadores acudieron con fundamento en una tercera prueba para poder llegar a ella, como en el caso en que se tiene información por parte de terceros, que es la misma que se obtuvo con una confesión irregular.

En virtud de lo antes expuesto, esta fuente independiente las autoridades policiales a cargo de la investigación tienen el deber de demostrar que la prueba pudo haberse obtenido por otro medio lícito, sin necesidad de la ocurrencia de este, es decir, que no se encuentra viciada por nulidad.

En consonancia con lo referenciado, Herrera y Castro (2021), sostienen que esta segunda excepción supone que la prueba tiene un origen diferente a la prueba principal excluida como ilícita, entonces no es posible aplicar la regla de exclusión, en la medida de que las fuentes difieren, aun cuando se relacionen.

Continuando con el tema, esa fuente independiente “se trata de aquellas situaciones en los que para demostrar un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que concurra entre ellos vínculo alguno. Por esa razón se habla de una fuente independiente” (Huertas, Prieto y Jiménez, 2015, p.236). Es claro entonces que, la Fiscalía tiene dos caminos para obtener la prueba, pero privilegia la ilicitud a sabiendas que puede lograrlo por medios lícitos aun cuando tarde más tiempo en hacerlo.

En fin, la fuente independiente al igual que la anterior, es el juez a quien le corresponde decidir si realmente la prueba derivada tiene un origen distinto a la prueba principal.

3.3. Descubrimiento Inevitable

Y la tercera causa, es el *Descubrimiento inevitable* donde se puntualiza que “a pesar de la ilicitud, la prueba derivada iba de todas maneras a formar parte del acervo probatorio porque las pesquisas policiales habrían dado con ella” (Aramburo, 2017, p.58). Esta es una excepción que también resulta confusa y acomodada para poder garantizar la permanencia de estas pruebas en el proceso.

En el mismo sentido, se advierte que esta circunstancia ocurre cuando se demuestra por parte de la Fiscalía que ese medio de prueba se había de conocer por cualquier medio lícito, permitiéndose de esta forma su admisibilidad en el marco del proceso penal, aportando de forma directa al esclarecimiento de los hechos, llevando al juez a tener conocimiento de los aspectos que importan a la litis (Herrera y Castro, 2021).

Ahora bien, esta excepción tiene mucha similitud con la de fuente independiente, sin embargo, frente a la misma se exige que se logre evidenciar con mayor precisión que inevitablemente se había de obtener la prueba lícita, de tal forma que sea posible convencer al juez de ello y este pueda decidir si admite o no la prueba, a pesar de haberse identificado que la principal tiene un origen ilícito (Huertas, Prieto y Jiménez, 2015).

Como ejemplo de esta causal, se tiene que no puede desconocerse por parte del juez la ubicación de un cadáver luego de que un procesado lo haya confesado sin estar en presencia de un abogado y la búsqueda de este en la zona manifestada estaba siendo peinada por más de 50 policías, por lo que en cualquier momento habrían de ubicarlo. De esta forma advierten este autor que lo que se pretende es combatir la delincuencia y si el procesado tiene el deseo de confesar su crimen, dicha prueba puede tenerse en cuenta (Peláez, 2016).

Como se desprende de lo mencionado, lo que se busca en esencia con la admisión de esta excepción, es velar porque la prueba sea allegada al proceso, quedando en cabeza del ente acusador el deber de convencer al juez de la utilidad que presta y de que no esta afectada por su ilicitud.

3.4. Las demás que establezca la ley

Al lado de las excepciones antes mencionada, se dejó un cuarto numeral que deja abierta la posibilidad que puedan tomarse otras situaciones como excepciones a dicha regla. Frente a ello también se ha tenido como excepción a la buena fe, que es uno de los principios esenciales, ya que muchas autoridades pueden obtener pruebas creyendo que actuaban bajo una orden debidamente emitida por una autoridad competente, o con arreglo a las disposiciones legales.

Por todo lo expuesto, se plantea que todas estas excepciones han sido aceptadas, sin embargo, han sido criticadas porque rompen con el debido proceso, ya que en virtud de esta se descarta la regla que se venía adoptando de forma absoluta, se haya desintegrado por aceptar dichos presupuestos.

Conclusiones

En cuanto al primer objetivo se logra concluir que, la prueba es un medio de conocimiento que le presta utilidad al juez para definir la situación jurídica del procesado, ya sea decidiendo sobre su condena o absolución, es decir, este es el medio más importante en la decisión del juez, puesto que, debe emitir sentencias que estén sustentadas jurídica, fáctica y probatoriamente. En este sentido, la recolección, aporte y práctica de las pruebas debe ajustarse al principio de legalidad en todo momento, en especial la forma como se obtiene por parte de las autoridades que investigan en Colombia, ya que, de no cumplir con este pueden tornarse ilícitas o ilegales.

En la misma forma, debido a lo anterior, surge la regla de exclusión de la prueba, lo cual se ha impuesto como la forma en que tiene el juez para sanear el proceso desde el punto de vista probatorio, aceptando solo en el marco de este aquellas pruebas legales y lícitas, que realmente presten utilidad al proceso y a los derechos de los procesados. Esta regla es ampliamente aceptada en Colombia, dispone de una regulación clara en la norma penal, aun cuando contravenga la constitucional que hace énfasis en la nulidad de pleno de derecho de pruebas ilícitas.

En lo que respecta al segundo objetivo, en el que se identifica cuando se está ante una prueba ilícita, se establecieron unos casos específicos a saber, es decir, cuando estas se obtengan con: i) Violación de garantías como la dignidad humana, la intimidad, la integridad y la libertad personales, ii) Cuando se obtengan declaraciones de culpabilidad haciendo uso de la tortura, de tratos crueles e inhumanos.

En relación con el tercer objetivo, se plantean tres excepciones a esa regla de exclusión contemplada en el artículo 29 constitucional, como son el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y la fuente independiente, las cuales buscan explicar o fundamentar que aun cuando una prueba principal sea tomada como ilegal, las que se derivan de ella no pueden sufrir la misma consecuencia, ya que con ello se busca privilegiar la verdad procesal, a pesar de todas las anomalías que se pueden identificar en la recolección o producción de la prueba.

Ahora bien, en cuanto al objetivo general se plantea que, la regla de exclusión tiene un impacto en el sistema penal colombiano, en el entendido de que, modifica una de las reglas imperantes en la naturaleza jurídica del mismo, que es no admitir pruebas ilícitas o ilegales para definir la situación jurídica de los procesados. En la misma forma, tiene un impacto negativo en todas las garantías y derechos reconocidos a los procesados por el sistema penal acusatorio, en el cual este tiene un papel importante.

En fin, el impacto se evidencia en el proceso mismo, en los derechos del procesado, en el respecto del debido proceso y la seguridad jurídica, puesto que, para conseguir la verdad no puede admitirse su descubrimiento a toda costa y admitir las tres excepciones mencionadas es una forma de limitar todos estos aspectos.

Referencias Bibliográficas

- Aramburo, R. (2017). Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: sobre la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74*, pp. 29-57. <https://tribunalsuperiordecucuta.gov.co/wp-content/uploads/2017/06/Colombia.-Maximiliano-Ar%C3%A1mbula-Calle.-Averiguaci%C3%B3n-de-la-verdad-racionalidad-legislativa-y-debido-proceso..pdf>
- 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.
- Corte Constitucional. (6 de marzo de 2002). Sentencia SU 159 de 2002. Mp. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (9 de junio de 2005). Sentencia C 591 de 2005. Mp. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (29 de marzo de 2007). Sentencia T 233 de 2007. Mp. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (10 de abril de 2019). Sentencia C 163 de 2019. [Mp. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional. (18 de marzo de 2021). Sentencia C 067 de 2021. [Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Crespo, D. (2019). *Análisis de la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba previstos en la audiencia evaluatoria y preparatoria del juicio penal en Ecuador*. [Trabajo de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8039/1/T3478-MDPE-Crespo-Analisis.pdf>
- Herrera, E y Cortes, J. (2011). *Prueba Ilícita y prueba ilegal. Criterios de diferenciación*. [Trabajo de Maestría, Universidad Libre].

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6072/HerreraAldanaElizabeth2011.pdf>

Huertas, O., Prieto, J y Jiménez, N. (2015). La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Revista Misión Jurídica*, Vol. 8, Núm. 9, pp. 229 – 238. <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/La-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano.pdf>

Jiménez, E. (2016). *La cláusula de exclusión en el sistema penal acusatorio colombiano*. [Trabajo de pregrado, 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. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/pi-prueba-ilicita-baja.pdf>

Mejía, J. (2021). Constitucionalización del derecho penal en Colombia, debido proceso y cláusula de exclusión. *Justicia, sociedad y derecho*, 122-136.

Méndez, R. (2013). La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil. *Justicia Juris*, Vol. 9. N° 2, Pág. 74-84. <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a08.pdf>

Monsalve, S. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas*, Vol. 40, No 113, pp. 351-379. <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistafacultaddederechoycienciaspoliticasy2010/vol40/no113/5.pdf>

Palacios, I, Rodríguez, H y Carreño, O. (2017). Entre el juicio justo & la regla de exclusión de la prueba ilícita. Trabajo de Maestría, Corporación Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11149/ENTRE%20EL%20JUICIO%20JUSTO%20%26%20LA%20REGLA%20DE%20EXCLUSI%C3%93>

[N%20DE%20LA%20PRUEBA%20IL%C3%8DCITA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

Peláez, R. (2016). *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil*. [Tesis Doctoral, Universidad Externado de Colombia]. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/d653578f-c08c-4e4f-b416-68c403733614/content>

Ramírez, J. (2015). *Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/pi-diferencias-entre-la-regla-de-exclusion-op.pdf>

Ruiz, J. (2021). *Debido proceso y cláusula general de exclusión de la prueba ilícita dentro del sistema penal colombiano*. [Trabajo de pregrado, Universidad Autónoma de Bucaramanga]. https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12770/2021_Tesis_Jorge_Luis_Ruiz_Hernandez.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Sanabria, J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, Año 5, N° 9, pp. 83-110.

Zamora, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Acta Académica*, 54, pp. 147-186. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf>