



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Exclusión de la Prueba Ilegal en el Sistema Penal Oral Acusatorio Colombiano: Críticas y Perspectivas a Futuro

Elías Jacob Barrios Márquez
Camilo Andrés Maiguel Donado
Agustín Paolo Torres Imitola

2021 / 09

USFQ Law Working Papers
Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 08 / 02

Difundido: 2021 / 09 / 12

Materias: derecho penal

URL: <https://ssrn.com/abstract=3922407>

Citación sugerida: Barrios Márquez, Elías Jacob, Maiguel Donado, Camilo Andrés & Torres Imitola, Agustín Paolo. “Exclusión de la Prueba Ilegal en el Sistema Penal Oral Acusatorio Colombiano: Críticas y Perspectivas a Futuro”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/09, <https://ssrn.com/abstract=3922407>.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL EN EL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO COLOMBIANO: CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS A FUTURO¹

EXCLUSION OF ILLEGAL EVIDENCE IN THE COLOMBIAN ACCUSATORY ORAL CRIMINAL SYSTEM: CRITICISMS AND FUTURE PERSPECTIVES

Agustín Paolo Torres Imitola²

Camilo Andrés Maignel Donado³

Elías Jacob Barrios Márquez⁴

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo principal esbozar una crítica al sistema de exclusión probatorio aplicable en Colombia a treinta años de vigencia de la constitución de 1991. Para desarrollar tal tesis se emplearon técnicas de investigación cualitativas como la revisión documental y entrevistas con expertos. Junto con la construcción argumentativa se utilizó el paradigma hermenéutico para conducir el análisis de esta investigación jurídica. Dicha metodología permitió construir un marco que expresa una crítica al actual sistema de exclusión de pruebas bajo el paradigma de la teoría del árbol de los frutos envenenados. Como resultado de investigación, se encontró que el actual sistema de exclusión posee serias falencias donde el límite preliminar se vislumbra con el conocimiento de la verdad de los hechos en el proceso penal. De tal forma, se concluyó que es necesario que en el futuro académico en Colombia se consolide el cambio de paradigma, donde obtiene una mejor postura el sistema de exclusión por ponderación propuesto por Luigi Ferrajoli, toda vez que este permitirá la inclusión de pruebas en virtud de sopesar el grado de afectación entre las garantías procesales y el descubrimiento de la verdad como fin último del proceso penal.

¹ Artículo derivado del proyecto de investigación dirigida titulado “LÍMITE DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO DURANTE EL PERIODO 1991-2020”, radicado ante el centro de investigaciones socio-jurídicas Luis Eduardo Nieto Arteta de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico.

² Abogado, docente de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Penal y criminología, y responsabilidad civil y seguros. Exfuncionario judicial y litigante. Director del semillero de investigación Giuseppe Chiovenda adscrito al grupo de investigación DEPCIPE avalado por la Universidad del Atlántico y categorizado por MinCiencias. Correo: agustintorres@mail.uniatlantico.edu.co

³ Programa de derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia). Perteneciente a los semilleros de investigación: Ius Penale, Nihil Novi Sub Sole y Giuseppe Chiovenda. Correo electrónico: cmaignel@mail.uniatlantico.edu.co

⁴ Programa de derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico (Colombia). Perteneciente a los semilleros de investigación: Justicia Constitucional, Ius Penale y Sapere Aude. Correo electrónico: ejacobbarrios@mail.uniatlantico.edu.co

Palabras Clave: Prueba ilícita, verdad procesal, verdad material, exclusión, ponderación.

Abstract

The present article must like primary target outline a critic to the system of probatory exclusion applicable in Colombia to thirty years of use of the 1991 constitution. In order to develop such thesis qualitative techniques of investigation like the documentary revision and interviews with experts were used. Along with the argumentative construction was used the hermeneutic paradigm to lead the analysis of this legal investigation. This methodology allowed to construct a frame that expresses a critic to the present system of exclusion of tests under the paradigm of the theory of the tree of the poisoned fruits. As resulting from investigation, was that present system of exclusion has serious flaws where the preliminary limit glimpses with the knowledge of the truth of the facts in the penal process. Of such form, one concluded that it is necessary that in the future academic in Colombia the shift of paradigm consolidates, where obtains one better position the system of exclusion by ponderation proposed by Luigi Ferrajoli, every time this it allows the inclusion of tests by virtue of hefting the degree of affectation between the procedural guarantees and the discovery of the truth like last aim of the penal process.

Keywords: Unlawful evidence, procedural truth, material truth, exclusion, weighing, weighting.

Introducción

Desde la concepción iluminista de un proceso penal humano a partir de los postulados de Beccaria⁵, se ha buscado que dentro del mismo se defienda la primacía de las garantías procesales. De la mano con este avance, la doctrina hizo mella en la labor de la prueba y su trascendencia con respecto al principio de necesidad para sustentar la base fáctica que da lugar a una imputación jurídica y su posterior castigo. Sin embargo, en la doctrina colombiana (derivada de la norteamericana) se planteó que este uso de la prueba tiene unos límites. Es por eso que, tomando esto como máxima, la constitución colombiana de 1991 y

⁵ Cesare Beccaria y Nódier Agudelo, *De los delitos y de las penas* (Bogotá: Ediciones nuevo foro, 2010).

el desarrollo legislativo que le dio lugar al proceso penal mediante la ley 906/04 se preocuparon por incluir la cláusula de exclusión probatoria como mecanismo para garantizar –en principio- el debido proceso.

Con la entrada en vigencia del Estado Social de Derecho en Colombia a partir del año 1991, se presentaron diversos cambios en cuanto a la concepción de las garantías procesales se refiere. Una de las grandes novedades fue la redacción dentro del artículo 29 de la constitución de una cláusula para excluir a las pruebas que se quieran incorporar en un trámite judicial, obtenidas de manera ilegal o ilícita, teniendo especial impacto en el proceso penal. Sin embargo, a lo largo del lapso descrito, aún con la vigencia de tres códigos de procedimiento penal, no se ha podido blindar a esta herramienta de un marco de aplicabilidad sujeta a técnicas de procedimiento claras, por lo cual han dejado esta labor en manos de la jurisprudencia, donde se evidencia una clara tendencia a darle viabilidad a su aplicación formalista.

En ese sentido, la cláusula de exclusión probatoria ha tenido un solo enfoque en torno a las vicisitudes de este instituto procesal penal, por ello se hace necesario saber cómo lo aplican los jueces en función de su significado. Es por ello que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha tenido en cuenta que, en el caso de prueba ilícita, esta tiene que ser indefectiblemente excluida de acervo probatorio. Con respecto a la prueba ilegal, se ha determinado que esta se presenta cuando no se cumplen los requisitos esenciales a la hora de su recolección, lo cual genera igualmente su exclusión. Y una de las cuestiones más llamativas al respecto es que actualmente no se le permite al juez anteponer su discrecionalidad o los intereses sociales de manera prevalente, erradicando así toda cabida a la inclusión de prueba por ponderación.

De esta forma, en el proceso penal colombiano, las altas cortes han optado por adoptar la teoría americana del árbol de los frutos envenenados. Este tipo de práctica procesal-probatoria representa que solo en tres casos taxativos se le va a dar viabilidad a la no exclusión de una prueba, debido a la atenuación de su grado de ilicitud y/o ilegalidad, más no son concebidas como una excepción a la regla. Así entonces, se da cabida a que los jueces en ejercicio de estas figuras procesales, excluyan pruebas por el respeto a la legalidad, aunque

esto represente que no se tendrá dentro del acervo una prueba que puede representar el fundamento que tenga el juzgador para fallar en derecho.

A partir de ello, es dable preguntarse si hay pruebas que -por su significado esencial en el proceso- deben ser incluidas a pesar de presentar vicios de ilicitud. En ese sentido, teniendo en cuenta la relevancia sobre la necesidad manifiesta de cambiar un paradigma de valoración de la prueba ilícita, se analizará si realmente hay un límite de exclusión distintivo al que se ha aplicado en la doctrina y la jurisprudencia colombiana. Así las cosas, partiendo de un análisis sobre las teorías de exclusión probatoria, extraídas de los marcos teóricos, históricos, legales y conceptuales acerca de esta figura se desarrollará una investigación cualitativa mediante el método inductivo a partir de técnicas de recolección de información como la documental, entrevistas y grupos de discusión, teniendo su fundamento en las referencias bibliográficas. Esto con el propósito de demostrar que la verdad debe ponderarse con las garantías procesales para excluir la prueba ilícita.

Esto, sin duda alguna, merece ser analizado bajo la luz de los postulados del objetivo del sistema penal oral acusatorio dado en el marco de un Estado Social de Derecho como lo es el colombiano. Este fin último del proceso penal con orientación garantista, sentada en una base constitucional y convencional, es la búsqueda de la cercanía más posible entre la verdad procesal y la verdad material. Y es precisamente por ello que, uno de los más grandes problemas que ha enfrentado el sistema probatorio de exclusión que pregonan el Art. 23 de la ley 906/04, es que, en virtud de dar por ganador en un examen de ponderación a la legalidad por encima de la verdad de los hechos, se ha generado que se dicten sentencias alejadas de la verdad material y más cercana a una verdad legal-procesal. Así las cosas, en el presente artículo se pretende determinar: ¿cuál es el límite de aplicación de la cláusula de exclusión probatoria del proceso penal colombiano en el periodo 1991-2020?

1. Generalidades sobre la cláusula de exclusión de pruebas

El quehacer judicial se ha erigido como una de las prácticas con mayor dinamismo en la historia del derecho. De esta forma, las novedosas tendencias que siempre se presentan en el seno del derecho procesal y probatorio, han ido de la mano con las transformaciones que la sociedad y la academia han exigido. En ese sentido, la prueba ha cobrado relevancia en las

discusiones teóricas contemporáneas, toda vez que, a esta misma se le considera como eje central del proceso, tal y como lo justifica la vigencia de la ley 906/04. De este modo, la relevancia que supone el objeto de estudio bajo análisis, debe ser entendido a la par de llegar a profundizar en el fin máximo que persigue todo litigio penal, el esclarecimiento de la verdad de los hechos.

He allí la trascendencia que supone el análisis de los límites aplicativos que deben observarse a la luz de una verdad material cuando la ley imponga la exclusión de una prueba por considerarla ilegal o ilícita. Bajo esa óptica, todas aquellas personas que se enfrenten a conflictos penales en los que se discuta la exclusión de la prueba, estarán en posibilidad de defender la búsqueda racional y gnoseológica de la verdad. De esta forma, es factible poder abordar una discusión con tal trascendencia, pues representa lo que puede ser el futuro del litigio en materia penal en Colombia. Sobre todo, teniendo en cuenta que se puede concebir un modelo de decisión que se base –por medio de la investigación- en descubrir los hechos y no solamente construirlos y que así simulen una verdad procesal creíble. Y para ello es necesario entender cómo es la actualidad de dicha figura.

1.1. Distinción entre prueba ilegal e ilícita

Para llevar a cabo el abordaje de la presente investigación vale la pena distinguir entre la prueba ilegal e ilícita. Según la Ley 906 de 2004, del 31 de agosto, en su Art. 23 se establece que: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. Así mismo, el Art. 29 constitucional, señala que: “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”⁶.

En ese sentido, según Sentencia de casación de Rad. 18103 de 2005, del 2 de marzo, de la Corte Suprema de Justicia, se dispone que, en el caso de prueba ilícita, esta:

“debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su

⁶ Constitución Política de Colombia, 20 de julio de 1991. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* No. 116.

conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales”⁷.

Con respecto a la prueba ilegal, “esta se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida”⁸ (Subrayado propio).

Finalmente, Bedoya Sierra resalta que:

“La inadmisibilidad, en la etapa de juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbré Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable”⁹.

De tal forma que es menester entender que, en la presente investigación, solo se hará referencia al cambio de paradigma en torno a la exclusión por ponderación cuando se trate de prueba ilegal. Toda vez que la prueba ilegal se constituye con la inobservancia de las formalidades previstas para su configuración como tal. No es dable entender esta flexibilización de la exclusión probatoria propuesta cuando se trate de pruebas ilícitas, toda vez que estas traspasan el límite de la esfera interna de protección de derechos fundamentales.

1.2. Marco histórico

Dentro de la investigación propuesta, cabe resaltar que el devenir histórico de tal discusión planteada no se asemeja a una figura jurídica nueva. Proeza de lo dicho es que dentro de la revisión documental se puede construir un amplio marco de referentes donde versan las diversas acepciones de esta discusión desde diferentes perspectivas. Es por ello que, el motivo del presente apartado pretende enarbolarse como una revisión a todas estas

⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC 18.103 del 2 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo, 15-16.

⁸ Ibid.

⁹ Luis Bedoya, *La prueba en el proceso penal colombiano* (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008), 26.

discusiones abordadas en torno a lo que ha sido la exclusión de la prueba en el contexto colombiano desde el año 1991.

Sin embargo, el devenir histórico de dicha figura no se sitúa específicamente en el hecho descrito, pues este solo demarca su nacimiento formal en Colombia. La exclusión de la prueba tiene sus principales apariciones en la jurisprudencia italiana en 1973¹⁰. El tribunal Constitucional italiano acogió el término de *provee inconstituzionali*, primordialmente para proclamar la *inutilizzabilita* de la prueba ilícita. Este reconocimiento se dio debido a la inclusión dentro del acervo probatorio de las grabaciones telefónicas; aquí se dieron los inicios de las interceptaciones. En ese sentido, se sitúan las interceptaciones telefónicas como el hito que demarcó la discusión acerca de la inclusión de la prueba que prima facie debería ser excluida.

Es decir, el nacimiento de la regla de exclusión de la prueba, al ser una ficción legal construida jurisprudencialmente, hace que su aparición histórica se vea estrictamente ligada a un referente legal-jurisprudencial. Sin embargo, la historia antecedente a este suceso, se puede revisar en jurisprudencia norteamericana como lo es el caso *Bram vs. Estados Unidos*. Esta deja ver que desde mucho antes de la independencia de los Estados Unidos donde era práctica frecuente de los tribunales ingleses la inadmisión de confesiones involuntarias.

Sin embargo, como fue el caso de juristas como el Juez Benjamín Cardozo de la Corte de Apelaciones de Nueva York, coincide en que la regla de exclusión dejaba al azar la impunidad por errores de procedimiento de los agentes policiales. Línea seguida por juristas como Dallin H. Oaks¹¹, Malcolm Wilkey¹², Gary S. Goodpaster¹³ quienes defendían la derogación de esta figura. Todo este grupo de juristas han llegado a defender la sustitución de la exclusión por la restitución (se supone indemnización) por el abuso policial de buena fe, a la par de la sanción administrativa y/o penal.

¹⁰ Vittorio Grevi, “Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche”, *Giur. Cost* 2, n° 317 (1973).

¹¹ Dallin Oaks, “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, *University of Chicago Law Review* 37, n° 4 (1970), <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol37/iss4/3>.

¹² Malcolm Wilkey, *Enforcing the fourth amendment by alternatives to the exclusionary rule* (Washington, DC: National Legal Center for the Public Interest, 1982).

¹³ Gary Goodpaster, “An essay on ending the exclusionary rule”, *Hastings Law Journal* 33, n° 5 (1981), https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol33/iss5/2.

1.3. Marco teórico

Ab initio, se va a abordar esta revisión desde tres enfoques. De esta forma, se abordará lo dicho sobre el tema en materia de doctrina desde tres campos: i) doctrina nacional, ii) doctrina internacional aplicable al marco nacional y iii) material académico de instituciones oficiales que han desarrollado en la materia, tales como: Fiscalía General de la Nación y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Al hacer un abordaje sobre la doctrina nacional, es menester señalar que un documento básico para poder abordar esta discusión ha sido el texto de Huertas, Prieto y Jiménez¹⁴, donde se ha podido afianzar una revisión sobre el tema de la cláusula de la exclusión de pruebas en Colombia. Desde allí los autores buscan establecer todos los pormenores de esta figura, hablando transversalmente de manera constante con la jurisprudencia sentada por las altas cortes y que se pasará a referir luego.

La visión desde la doctrina constitucional es dada por Monsalve Correa donde la discusión, más allá de la crítica se va orientando hacia el punto que se quiere resalta, máxime cuando este señala que:

“Bajo cierta visión, en la regla de exclusión, antes que proteger derechos fundamentales, se erige una barrera para valorar la totalidad del material probatorio por parte del juez; por ello la exclusión permite sentencias en las cuales “la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios”¹⁵.

Así las cosas, de manera seguida con la doctrina nacional, valen resaltar el texto de Herrera Aldana¹⁶, donde se deja a la observancia los postulados alrededor del tema entendido con el componente de la verdad, donde se resaltado principalmente que la verdad que se debe buscar en u proceso, sobre todo en cuestiones de valorar la prueba, debe ser una verdad objetiva y

¹⁴ Omar Huertas, Jhoanna Prieto y Nayibe Jiménez, “La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano”, Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales 8, n° 9 (2015), <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/439>.

¹⁵ Sebastián Monsalve, “La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 40, n° 113 (2010): 372, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3767>.

¹⁶ Elizabeth Herrera y Javier Cortés, “Prueba ilícita y prueba ilegal criterios y diferenciación” (Tesis de maestría inédita, Universidad Libre, 2011). <http://hdl.handle.net/10901/6072>.

material. Postulado que se entiende a la par con lo que establece Sanabria cuando señala que “la prueba excluida es la verdad que huye”¹⁷.

El criticismo que envuelve este trabajo, se denota primordialmente en que –a pesar de que el tema es una figura jurídica, procesal y probatoria con aplicación en Colombia- la doctrina que más tiene abordaje es internacional. La razón de ser de esto, es debido a que las bases que se pretenden sentar al concluir con esta investigación, son de demostrar la problemática que envuelve el problema encontrado y ofrecer una solución. Dicha solución es la que se ha ofrecido en la doctrina internacional, principalmente en la extensa teoría del jurista ítalo-francés Luigi Ferrajoli.

Principalmente, en contraposición con la teoría de los frutos envenenados propuesta por la Corte Suprema de Justicia Estadounidense –como más adelante se expondrá- Luigi Ferrajoli¹⁸ señalaba a los principios constitucionales como la base de un sistema de ponderación para excluir la prueba. De esta forma novedosa de valorar la prueba –aparte de ser semejante al sistema de derecho colombiano el contexto (pues Italia pertenece al civil law, mientras que EEUU pertenece al common law), se desprende la posibilidad de incluir en el proceso algunas que, aunque son obtenidas ilícitamente, representan en aras de la verdad, parte fundamental en el proceso penal.

En consonancia con los postulados de Ferrajoli y de manera seguida a los autores en materia de doctrina internacional que se han atrevido a defender la verdad por encima de la legalidad, se pueden encontrar: Bentham¹⁹ quien refiere la verdad como garantía de justicia. O el importante postulado de Climent Durán quien señaló que:

“Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”²⁰.

¹⁷ Ronald Sanabria, “Teología de la cláusula de exclusión en Colombia” *Revista Academia & Derecho* 5, n° 9 (2014): 84, <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/11/11>.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Ed, Trotta, 1995).

¹⁹ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio (Granada: Editorial Comares, 2001).

²⁰ Climent Durán, *La Prueba Penal* (Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999), 42.

Seguida línea que se complementa con las teorías de: Ferrer Beltrán²¹; Ferrer Beltrán, J., Marina, G., Daniel, G., y Michelle, T.²²; Gascón Abellán, M.²³; Laudan²⁴; Putnam²⁵; Talavera Elguera²⁶; Zamora-Acevedo²⁷; y el clásico de Michelle Taruffo²⁸ en: “Simplemente la verdad. El Juez y la reconstrucción de los hechos”.

De otro lado, la documentación oficial en Colombia, puede arrojar una luz de lo que ha sido el tratamiento de la cláusula de valoración probatoria en el sistema penal. De un lado Bedoya Sierra²⁹ en texto publicado por la Fiscalía general de la Nación señalaba la importancia de la prueba en el proceso y las técnicas jurídicas aplicadas para su exclusión. Línea seguida por texto académico publicado por la Fiscalía³⁰ donde explica la estructura del proceso penal y el tratamiento de la prueba ilícita en este.

1.4. Marco legal

El desarrollo del referente legal estará comprendido por el marco nacional, norteamericano y europeo, atendiendo a la doctrina y jurisprudencia que resaltan en materia de exclusión probatoria. En ese sentido, tanto en el ámbito de corte nacional, norteamericano como europeo se revisarán las sentencias que han representado un importante avance para la investigación que aquí se propone.

Ab initio, la figura bajo estudio nace teniendo en cuenta la aplicabilidad de la constitución de 1991. Es allí, en el Art. 29 donde extrapolando los preceptos del supra-principio del debido proceso se incluye una cláusula de exclusión en su labor más taxativa cuando se señala que:

²¹ Jordi Ferrer, *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case of State liability for wrongful pre-trial detention*, (inedito, 2018).

²² Jordi Ferrer et al., *Estudios sobre la prueba* (México: Universidad Nacional Autónoma de México., 2006).

²³ Marina Gascón, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010).

²⁴ Larry Laudan, *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

²⁵ Hilary Putnam, *Sentido, sinsentido y los sentidos*, trad. Norma Goethe (Barcelona: Editorial Paidós, 1994).

²⁶ Pablo Talavera, *La prueba en el nuevo proceso penal* (Lima: Academia de la Magistratura, 2009), <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/122>.

²⁷ Miguel Zamora, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal” *Revista Acta Académica* 54, n° Mayo (2014), <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/100>.

²⁸ Michelle Taruffo, *Simplemente la verdad. El Juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino (Madrid: Marcial Pons, 2010).

²⁹ Bedoya, *La prueba en el proceso*, 2008.

³⁰ Fiscalía General de la Nación, *Módulo de formación para fiscales en: “estructura del proceso penal”* (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007).

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”³¹. Seguido de ello, en la ley 906 de 2004, del 31 de agosto, por medio de la cual se contempla el estatuto procesal penal donde se hace un esbozo más puntual al respecto cuando versa que:

“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”³².

No obstante, es menester resaltar el aporte que ha traído la Corte Constitucional de Colombia respecto del derecho a la prueba como parte fundamental del proceso, puesto que, en la sentencia T-171/2006, del 7 de marzo, se sostuvo lo siguiente:

“Es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Por tanto, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima este derecho, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela (...) la estrategia procesal de las víctimas ya no se limita a un aspecto patrimonial, sino que se constituye en la búsqueda de la verdad y la justicia, siendo imperativo concluir que una de sus principales herramientas la constituye el derecho a la prueba”³³.

El mismo Tribunal en la sentencia SU-159/2002, del 6 de marzo, realizó una interpretación teleológica a propósito del artículo 29 constitucional, argumentando que, el desarrollo de tal mandato superior ha estado en manos del legislador penal so pena de establecer “dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita”³⁴. Con ello, la jurisprudencia constitucional logró establecer una gran diferencia entre ambas fuentes propias de la exclusión probatoria: la prueba inconstitucional referida “a la que ha

³¹ Constitución Política de Colombia, 20 de julio de 1991. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* No. 116.

³² Ley 906 de 2004, 31 de agosto de 2004, Código de Procedimiento Penal. *Diario oficial* 45.658.

³³ Corte Constitucional de Colombia. STC T-171 del 7 de marzo 2006. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. STC SU-159 del 6 de marzo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

sido obtenida violando derechos fundamentales”³⁵; la prueba ilícita relacionada “con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado”³⁶.

La Corte Constitucional hizo un especial énfasis en la tendencia que existe en la praxis judicial consistente en confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada. En ese sentido, el Tribunal aclaró este error jurídico:

“La Corte también rechaza la insinuación de que una prueba ilícita contamina ipso facto todo el acervo probatorio. La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas”³⁷.

Un aspecto a resaltar sobre la teoría de los frutos del árbol envenenado es la doctrina que se ha generado alrededor de ella, bajo el entendido que existen excepciones a la regla de excluir la prueba inconstitucional o ilegal y a aquellas que se desprenden de la misma. Pues bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha hecho mella en la importancia que ha tenido la doctrina anglosajona respecto de dicha teoría (fruit of the poisonous tree doctrine). En ese orden de ideas y al tenor de esta Corte, la construcción de tales excepciones se ha fundamentado en el rompimiento entre el nexo fáctico y jurídico de la prueba principal. Tal escisión va a reflejar la admisibilidad de la prueba inconstitucional o ilícita siempre que se trate de:

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

“(i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho”³⁸.

La aplicación de la regla de exclusión probatoria trae como consecuencia, por regla general, que la prueba ilícita no sea tenida en cuenta al momento de decidirse respecto del objeto del litigio sin necesidad de invalidar todo el proceso. Sin embargo, existe una consecuencia excepcional que deviene de aquellos casos en los que la prueba se ha obtenido a partir de una clara transgresión de la dignidad humana: declarar la nulidad del proceso. Ese sentido, la Corte Constitucional aclaró a propósito de la regla general mencionada que:

“(...) tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial”³⁹.

Siguiendo este marco lógico argumental, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se ha pronunciado con relación a las consecuencias derivadas de la exclusión de prueba, las cuales pueden variar dependiendo de las fuentes jurídicas que la constituyen, esto es, si se trata de pruebas inconstitucionales (o ilícitas) o ilegales. En este punto, debe aclararse que lo que la Corte Constitucional entiende por prueba inconstitucional la Corte Suprema de Justicia lo entiende por prueba ilícita; y lo que la Corte Constitucional entiende por prueba ilícita, la Corte Suprema de Justicia lo entiende por prueba ilegal.

Ahora bien, hay que precisar que no todo requisito legal (de procedimiento, de garantías procesales, de mera formalidad) genera indefectiblemente la exclusión de la prueba ilegal, pues, al tenor de la jurisprudencia casacionista de la Corte Suprema de Justicia:

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto interlocutorio de casación 31127 del 20 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. STC C-591 del 9 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

“(…) 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”⁴⁰.

En la providencia citada, la Corte precisó el fin que persigue el debido proceso, tomando como base las circunstancias fácticas que motivaron al Ad-quem ejercer una interpretación exegética de la norma constitucional, pues asumió al pie de la letra las normas legales del debido proceso. De manera que, el Ad-quem pasó por alto el hecho de que “la garantía constitucional del debido proceso va mucho más allá, y lo edifican básicamente una serie de mecanismos concatenados, herramientas, métodos y recursos destinados todos a la preservación de los derechos constitucionales de que son titulares los sujetos procesales”⁴¹. Así pues, la Corte Suprema de Justicia consolidó tajantemente lo que debe considerarse como fin del debido proceso.

El Tribunal defendió el debido proceso como si fuese un fin en sí mismo, e ignoró que el fin del debido proceso no consiste en salvar las formas por el culto a las formas, sino en exigir su cumplimiento cuando de ellas depende la intangibilidad de los derechos Superiores⁴².

Luego de haberse abordado un análisis a propósito del marco legal nacional colombiano en sede de exclusión probatoria, deben mencionarse los fundamentos jurisprudenciales norteamericanos en la misma materia. El origen de la regla de exclusión (exclusionary rule) tiene asidero en la IV y V Enmiendas de la Constitución estadounidense, las cuales prohíben los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias. Pese a ello, la Corte Suprema Federal norteamericana logró instaurar las bases de la regla de exclusión, bajo el entendido que, la policía debe abstenerse de desarrollar investigaciones ilícitas⁴³.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC 18103 del 2 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Manuel Miranda, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones” Revista Catalana de Seguretat Pública, n° 22 (2010): 134, <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.

En la sentencia 428 US 433 de 1976, del 6 de julio, en el caso US vs. Janis, la Corte Suprema Federal planteó textualmente el propósito de la regla de exclusión, a saber:

“el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas (...) la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”⁴⁴.

El carácter disuasorio y no prohibitivo/vinculante de la regla de exclusión ha hecho que se le considere poco eficaz al momento de evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de pruebas y, es por esto que, no se descarta la aplicación de otras soluciones tales como sanciones penales o disciplinarias. De hecho, el mismo Tribunal Supremo Federal ha prescindido de la regla de exclusión en casos en los que las pruebas hayan sido obtenidas por particulares⁴⁵, por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense⁴⁶ o, haya existido buena fe en el obrar de los policías (good faith exception)⁴⁷.

En el ámbito europeo hay que resaltar una rica jurisprudencia en la materia, sobre todo cuando la mayoría de ordenamientos jurídico-penales se caracterizan por ser acusatorios. Estos sistemas han reconocido la cláusula o regla de exclusión probatoria como eje fundamental de sus estructuras, toda vez que, la prueba como principal elemento para lograr la verdad debe estar aunada al respeto por los derechos fundamentales. Es así como resulta casi que obligatorio citar aquel precepto sentenciado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en la sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) según el cual “no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”⁴⁸.

⁴⁴ Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 428 US 433 del 6 de julio de 1976. Caso Estados Unidos vs Janis.

⁴⁵ Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 256 US 465 del 1 de junio de 1921. Caso Burdeau vs. McDowell.

⁴⁶ Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 494 US 259 del 28 de febrero de 1990. Caso Estados Unidos vs Verdugo-Urquidez.

⁴⁷ Miranda, La prueba ilícita, 2010.

⁴⁸ Ibid., 133.

En igual sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional italiano a través de la sentencia STC 34/1973 (dada en el contexto de interceptaciones telefónicas), en la cual dictó la inutilizabilidad en el proceso de pruebas obtenidas mediante prácticas o comportamientos realizados en violación rayana de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados constitucionalmente⁴⁹.

Desde el punto de vista de la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional español, están las sentencias STC 114/1984⁵⁰ y STC 49/1999⁵¹, las cuales configuran un desarrollo continuo que matiza la aplicabilidad de la regla de exclusión probatoria. Dicho matiz, fue introducido a través de la sentencia STC 49/1999, atendiendo al carácter inviolable de los derechos fundamentales y, en consecuencia, de la regla de exclusión de pruebas, puesto que, “En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”⁵².

Siguiendo con Manuel Miranda⁵³, la expresión “en ocasiones” que afirma la sentencia *ibidem* lleva implícita una nueva forma de observar y aplicar la exclusión probatoria. Esta novedad implica que la prueba obtenida a causa de una transgresión de derechos fundamentales no siempre va a ser excluida. Es decir, deja de tener un carácter absoluto la regla de exclusión y su eficacia directa, con lo cual, se nota una clara inclinación del Tribunal Constitucional español hacia la doctrina disuasoria propia de la jurisprudencia estadounidense desarrollada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano.

Por último, es imprescindible citar la Sentencia N° 79/2012 del 9 de febrero de 2012 del Tribunal Supremo Español, en la cual se afirma lo siguiente:

“El objeto del proceso, un hecho penalmente relevante, se determina de forma progresiva a lo largo de la tramitación, para quedar definitivamente delimitado en los escritos de conclusiones definitivas de las partes. No supone irregularidad de ninguna clase que a lo

⁴⁹ Manuel Miranda, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, *Jueces para la democracia* n° 47 (2003): 53, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798>.

⁵⁰ Tribunal Constitucional Español. STC 114 del 21 de diciembre de 1984.

⁵¹ Tribunal Constitucional Español. STC 49 del 27 de abril de 1999.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Miranda, *La prueba ilícita*, 2010.

largo de la tramitación aparezcan distintas valoraciones jurídicas de los hechos, pues de la misma forma en que el hecho se concreta de forma progresiva, también es posible evolucionar en su calificación. En consecuencia, ninguna norma impone al instructor una vinculación a la calificación que de los hechos vaya haciendo el querellante ni a la argumentación en que pueda ser apoyada. (...) El principio acusatorio, que inicialmente exige que la acusación sea sostenida por alguien distinto del juzgador, se relaciona íntimamente con otros derechos, entre ellos el derecho a un juez imparcial (el tribunal no puede abandonar su posición de tercero) y el derecho de defensa, que incluye el derecho a conocer la acusación. Como es sabido, el tribunal, en el momento del enjuiciamiento, está vinculado a la acusación en el aspecto subjetivo, en tanto no puede pronunciar sentencia si no es respecto del acusado, y en el aspecto objetivo, ya que no puede referirse a hechos distintos de los contenidos en la acusación, salvo aquellos que tengan un carácter meramente accesorio y que el tribunal considere acreditados por la prueba practicada en el plenario, y al tiempo resulten convenientes para una mejor comprensión de los hechos probados”⁵⁴.

Desde esta visión, el Tribunal Supremo español expresa la importancia que, en el curso del proceso penal, tienen las pruebas, so pena de encontrar la verdad que reside en los hechos probados. Hechos estos que fundamentarán la decisión de un juez imparcial y, por ende, el pronunciamiento adecuado y preciso del objeto de la litis.

2. Crítica a la teoría angloamericana (Suprema Corte de Estados Unidos)

Las discusiones en materia probatoria respecto de la inclusión o exclusión de pruebas en el proceso penal derivadas a partir de la información extraída de pruebas ilícitas inicialmente han encontrado sustento en la famosa teoría de los frutos del árbol envenenado. La génesis de esta teoría se sitúa en el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States* en el cual la Suprema Corte de Estados Unidos expresó que “cuando la evidencia es obtenida por el estado por medio de búsqueda y arresto inconstitucionales, no solo esa evidencia resulta inadmisibles, sino que también lo será la evidencia posterior obtenida como consecuencia de

⁵⁴ Tribunal Supremo Español. STC 79 del 9 de febrero de 2012.

este acto ilegal”⁵⁵. La peculiaridad de este nombre se le debe al juez estadounidense Frankfurter quien la precisó en el año 1939 a través del fallo *Nardone vs. United States*⁵⁶, siendo su inmediato antecedente el caso *Silverthorne Lumber Co. Vs Estados Unidos* en el año 1920⁵⁷.

De tales postulados, en Colombia se adoptó dicha teoría optando por establecer tres excepciones al hecho de excluir la prueba secundaria que devino de una prueba ilícita en principio, siempre que exista un descubrimiento inevitable, una fuente independiente o un vínculo atenuado⁵⁸. Sin embargo, es del resorte de este apartado precisar algunas críticas a cada uno de los mencionados de modo tal que se logre ver la insuficiencia de los mismos frente al objetivo de encontrar la verdad.

2.1. Descubrimiento inevitable.

La doctrina del descubrimiento inevitable hace referencia a que indistintamente del origen ilícito de la prueba, se habría llegado a la misma comprobación fáctica, toda vez que aun empleando los medios lícitos para obtener tal prueba, la investigación conduciría a la consecución del mismo acervo probatorio. En otras palabras, “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”⁵⁹. De este modo, se hace exigible demostrar a través de una investigación penal que era inevitable arribar al material de prueba cuestionado⁶⁰.

No obstante, dada la naturaleza del descubrimiento inevitable centrada en dos caminos que transitan las pruebas derivadas, por un lado, desde una fuente ilícita y, por el otro, desde una

⁵⁵ Suprema Corte de los Estados Unidos. STC 251 US 385 del 26 de enero de 1920. Caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. contra Estados Unidos*.

⁵⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos. STC 308 US 338 del 11 de diciembre de 1939. Caso *Nardone contra Estados Unidos*.

⁵⁷ Óscar Guerrero, *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, Reimpresión de la 2a Ed. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011), 431.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto interlocutorio de casación 31127 del 20 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵⁹ Óscar Tamayo, “El principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal” (Tesis de posgrado inédita, Universidad de Medellín, 2013), 65, <http://hdl.handle.net/11407/113>.

⁶⁰ Francisco Farfán, *Intercepción de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008), 229.

fuente lícita, la construcción hermenéutica a propósito de la verdad está permeada por la especulación y por la carencia de una investigación científica exhaustiva. Convendría con este punto preguntarse ¿qué sucede si la Fiscalía no logra demostrar que legalmente se hubiera llegado a la obtención de la misma prueba que se obtuvo por medios ilícitos? ¿Se excluiría definitivamente tal prueba aun cuando sus implicaciones materiales permitan arribar a la verdad?

Así las cosas, no se entiende por qué la doctrina hace de esta discusión exhaustiva en torno a la obtención de la prueba por no evitar su descubrimiento. De una u otra forma, no guarda relación esto con el sentido del proceso penal, toda vez que el defensor se enfocará en argumentar la imposibilidad de dar con tal prueba por un medio “legal”, mientras que el fiscal intentará señalar que en condiciones normales igual se hubiere obtenido. De esta forma se pierde completamente el hilo argumentativo en torno a la valoración probatoria que debe ser lo que esta expresa en su sustancia y no gestionar prejuizgamientos formales acerca de su obtención que en muchas ocasiones terminan por el no tratamiento de la prueba que descubre la verdad.

2.2.Fuente independiente

Muy a pesar de ser entendida en el marco de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, la fuente independiente se enarbola a partir de la ausencia de un nexo causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba presuntamente derivada de aquella. Lo anterior significa que la independencia de dicha prueba residirá en un origen lícito, siempre que provenga “de un árbol sano y libre de vicios”⁶¹. Esta doctrina exige hacer una distinción entre una prueba diferente pero que deriva de una prueba ilícita y una prueba independiente sin conexión causal con la primaria e ilícita⁶².

La crítica a esta teoría está dirigida a la presencia de dos fuentes u orígenes con relación a un mismo hecho toda vez que se predica la génesis lícita y/o ilícita de la prueba obtenida. La Fiscalía debe demostrar la inexistencia del nexo causal y la Defensa debe probar la existencia del mismo. En ese sentido, se deja en el tintero una confusión conceptual respecto de la

⁶¹ Óscar Sierra, “La prueba ilícita, alcance legal y constitucional en la legislación colombiana” (Tesis de maestría inédita, Universidad Santo Tomás, 2016), 85, <https://hdl.handle.net/11634/2150>.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

doctrina de la fuente independiente, puesto que, si no se está ante una prueba derivada sino ante una prueba distinta y lícita, luego entonces no se puede estructurar en el marco de las excepciones de la teoría de los frutos del árbol envenenado⁶³. Es decir, la fuente independiente en su sentir más ínfimo no contiene en su estructura una vocación de excepción, sino que per sé se deriva de la lógica misma que corre lo principal y lo accesorio en el derecho.

2.3.Vínculo atenuado

La teoría del vínculo atenuado es una de las más problemáticas en cuando a su aplicación práctica se refiere, considerando que el carácter tenue del vínculo o nexo causal adolece de ciertas impresiones al momento de realizar la valoración fáctica de la prueba. Pese a ello, la doctrina se ha esforzado por establecer algunos elementos que permitan precisar la noción de atenuado. Entre estos criterios se encuentran: 1. El tiempo transcurrido entre la ilegalidad primaria y la obtención de las pruebas derivadas; 2. Los acontecimientos que hayan podido surgir en el curso causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada; 3. La Gravedad de la ilicitud, de modo que, a mayor afectación de los derechos fundamentales y garantías procesales, menor será la posibilidad de incluir la prueba derivada; 4. La naturaleza de la prueba derivada, siempre que exista un grado de voluntariedad, tales como testimonios o confesiones, habrá lugar a la valoración de la misma⁶⁴.

En ese orden de ideas, para que sea notorio el vínculo atenuado entre la prueba ilícita inicial y la prueba derivada debe diluirse el nexo de causalidad respecto de los distintos elementos antes mencionados de manera integral, so pena de otorgarle objetividad a la valoración del juez. Sin embargo y como quiera que la doctrina y la jurisprudencia han intentado determinar la aplicabilidad de esta teoría, la realidad en los despachos judiciales evidencia que por virtud del vínculo atenuado no es posible valorar si la prueba será trascendental o no, pues sólo se

⁶³ Laura Peraza, *et al*, *Análisis de la regla de exclusión en Colombia y comparación con los ordenamientos jurídicos de Alemania, Argentina, España y Estados Unidos*. (Bogotá: Universidad de los Andes, 2006), 115, acceso el 09 de abril de 2021, <http://hdl.handle.net/1992/25767>.

⁶⁴ Farfán, *Interceptación de comunicaciones telefónicas*, 228- 229.

ciñe a la aplicación de reglas técnicas procesales o simplemente librando al azar el nexo de causalidad mediante criterios subjetivos, dejando de lado la búsqueda de la verdad.

2.4. Análisis de caso: Álvaro Uribe Vélez.

A la luz de las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado y las críticas hechas a las mismas, es oportuno presentar preliminarmente un análisis a propósito del caso Álvaro Uribe Vélez, teniendo en cuenta el impacto que ha generado en la comunidad académica las interceptaciones ordenadas por la Corte Suprema de Justicia y las decisiones negativas de las nulidades y solicitudes de exclusión probatoria, que constan en el expediente de radicado No. 52.240. La Corte justifica el hallazgo de información susceptible de punibilidad a través de dichas interceptaciones argumentando que se trata de un descubrimiento inevitable, es decir, de aquel que deviene de una prueba ilícita pero que no debe ser excluido toda vez que, incluso de manera lícita se hubiera llegado a la misma información.

Sin embargo, dadas las circunstancias fácticas del caso tales interceptaciones condujeron a que quienes las realizaban hallaran en ellas mérito punitivo, lo cual más allá de excluir o no esta prueba, contribuía a la reconstrucción de una verdad material existente, *ergo*, imputable. En ese sentido, la Corte sustenta en su decisión de proseguir el proceso en el descubrimiento inevitable. Esto, sin duda alguna, generó que -en oportunidades procesales siguientes como aún se habla en la audiencia de preclusión- se diera el debate en torno a pugnas procesales técnicas y no en torno a la sustancia que descubría dicha prueba más adelante en el proceso.

2. Modelo ponderativo: La clave para la verdad.

Dentro de la investigación *sub lite*, teniendo en cuenta las falencias planteadas dentro del paradigma de exclusión probatoria que manejan los estrados actualmente en Colombia, se hace necesario plantear un paradigma novedoso que permita evitar dichas falencias. Pues bien, la inclusión de una prueba debe darse con la legitimación que le otorga el descubrimiento de la verdad. De tal forma que no sería admisible incluir una prueba cuando esta sea ilegal y no represente la probanza de un hecho jurídico relevante dentro del proceso.

De esta forma, el límite de aplicación de la cláusula de exclusión probatoria debe ser el descubrimiento de la verdad de los hechos en el proceso. Así entonces, el procedimiento adecuado para acceder a este modelo de exclusión de pruebas debe darse en el marco de un ejercicio de ponderación donde se sopesa la flexibilización del debido proceso, so pretexto de alcanzar el fin gnoseológico del proceso. Esto permitirá que las investigaciones no sean truncadas en el marco del legalismo y se le dé primacía a un modelo de justicia cada vez más cercano a lo que la imputación y pena representan.

2.1. Modelo de exclusión por ponderación de Luigi Ferrajoli.

El modelo para excluir de pruebas por ponderación es llevado a cabo académicamente en sus inicios por el jurista Luigi Ferrajoli. Dentro de este marco se buscó que en virtud del principio de proporcionalidad se dote del ínfimo carácter de justicia a las actuaciones procesales descritas. En ese sentido, se realiza una ponderación de los derechos en conflicto para resolver el caso a favor del derecho que más grado de beneficio tenga frente al bajo nivel de afectación del contrario en la pugna. De esta forma, Álvarez Becerra señala que:

“Lo anterior implica que si de la recolección u obtención de la prueba se procura amparar un derecho de mayor jerarquía se propugna por analizar la posibilidad de adecuar la prueba en términos de licitud, situación que frente a otro derecho de menor jerarquía no sucedería, lo que las haría lícitas”⁶⁵.

En ese orden de ideas, señala Midón que:

“La teoría hoy dominante de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por violación a garantías constitucionales, vienen, no obstante, atenuada por otra tendencia que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad notable y excepcional. Se trata del denominado “*verbaltnismassigkeitsprinzip*” o “criterio de proporcionalidad” en cuyo caso los Tribunales de Alemania, siempre con carácter excepcional y en casos

⁶⁵ Eliécer Álvarez, “La cláusula de exclusión probatoria, análisis jurídico-práctico de su aplicabilidad en el proceso penal colombiano (estudio de caso)” Repositorio Institucional de la Universidad Católica de Colombia (2015), 20, <http://hdl.handle.net/10983/2539>.

extremadamente graves, admiten la prueba ilícita buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos”⁶⁶.

Actualmente países como Alemania utilizan criterios como la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio o la fortaleza de sospecha como elementos que le den cabida a la aplicación de inclusión por ponderación. Dentro de esta dinámica de bienes jurídicos, se busca como fin último garantizar el derecho al acceso a una verdad real so pena de impedir la impunidad y dotar de efectividad al *ius puniendi*. Todo esto se da en el marco del límite entre la ilicitud y la ilegalidad.

Guariglia⁶⁷ entiende esto último como valoración dependiente e independiente. Dejando claro que en los términos de la prohibición de valoración independiente es aplicable el método de la ponderación por medio del juicio de proporcionalidad, mientras que en la dependiente no. Todo esto obedece a que en el caso de la valoración dependiente se trata de pruebas ilícitas donde se presentan extralimitaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones de persecución penal.

Para darle aplicación a este método ponderativo, el juez debe tener una potestad de instrucción en el entendido que “debe determinar si el supuesto fáctico se tipifica en una de las reglas legales para determinar si el vínculo causal se rompió y por lo tanto no se trata de una prueba derivada”⁶⁸. De esta forma, se debe procurar por establecer una conexión de antijuridicidad ateniendo a los fines que la doctrina constitucional española ha referido sobre la necesidad de “justificar excepciones a la regla de exclusión de las pruebas ilícitas; así una prueba se deberá excluir del proceso solo cuando exista una relación de causalidad y una conexión de antijuridicidad entre la lesión y las pruebas”⁶⁹. De igual forma:

“Para determinar cuándo no hay conexión de antijuridicidad deben concurrir dos factores: que la prueba derivada hubiera podido obtenerse normalmente por medios independientes a la lesión –perspectiva interna- y que no sea muy necesaria una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud –perspectiva

⁶⁶ Marcelo Midón, “Pruebas ilícitas” (Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídica Cuyo, 2002), 115.

⁶⁷ Fabricio Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal* (Buenos Aires: Del Puerto, 2005).

⁶⁸ Monsalve, La prueba ilícita, 365.

⁶⁹ *Ibid.*, 373.

externa-; para este último factor es necesario, ineludiblemente, recurrir a un juicio de ponderación entre ciertos intereses públicos y los derechos fundamentales de las personas”⁷⁰.

De esta forma, reconocer el modelo europeo de exclusión probatoria es un paso más hacia el reconocimiento de la exclusión basada en criterios constitucionales y no en criterios éticos procesales. El Tribunal Constitucional alemán elaboró la teoría de los tres círculos de afectación de la dignidad humana y demás derechos en pugna en una potencial exclusión de la prueba. Estos círculos son explicados por Miranda de la siguiente forma:

“Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del ius puniendi, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad”⁷¹.

De esta forma, la discusión hermenéutica entre la exclusión o no de una prueba, debe darse en torno a caracteres constitucionales, donde el juez más óptimo para realizar dicha intervención en el proceso debe ser un juez de control de garantías. En ese sentido, en la oportunidad procesal que corresponda donde el juez de conocimiento se encuentre ante una prueba recogida ilegalmente, se debe remitir el caso concreto a un juez de control de garantías para que este sea el que decida si el de conocimiento debe avocar el trámite de la valoración de dicha prueba *sub lite*. Aunque también se puede dar el caso del que versa el Art. 154 del código de procedimiento penal, donde se permite la solicitud de exclusión en las audiencias

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Miranda, La prueba ilícita, 136.

preliminares ante juez de control de garantías, aquí este mismo juez aplicaría el ejercicio de ponderación.

Y es que esta consideración en torno al carácter constitucional de esta figura emerge de la misma doctrina sentada por la Corte Constitucional en sentencia SU-159 del 2002 cuando se refieren a este instituto procesal como un “remedio constitucional”. Y en atención a este modelo probatorio, debe entenderse toda esta amalgama de orientaciones a la par del pensamiento de Ferrajoli. El ítalo-francés señala que existe una íntima relación entre el respeto de las garantías fundamentales, la legitimidad de la praxis judicial y el cognoscitivismo (conocimiento los hechos).

Dicho esto, cobra sentido que el modelo ponderativo conciba “... un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”⁷². En ese sentido, se reconoce la premisa de Taruffo en torno al fin del proceso y el procedimiento adecuado para acceder a la verdad material sin caer en los falsos raciocinios de los sistemas inquisitivos. Es por ello que Núñez y Correa reconocen que “la aspiración última de un modelo probatorio apegado a la idea cognoscitivista, conforme sostiene Gascón Abellán, en último término es el ideal de conocer o reconstruir los hechos efectivamente acaecidos”⁷³.

En ese sentido, el sistema procesal penal debe procurar por la recolección del mayor flujo de información posible para obtener así una mayor precisión en el fallo. Es entonces donde cobra sentido la regla técnica de inclusión probatoria como regla general para el conocimiento de la verdad de los hechos. Es decir, “todo dato o información que sirva para la resolución del caso debe llegar a juicio”⁷⁴. Y en ese sentido es dable entender que la ponderación permite esto más allá de las dudas razonables que surjan en controversia a la veracidad de lo que afirme el medio de prueba.

⁷² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 20.

⁷³ Raúl Núñez y Claudio Correa, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el Proceso Penal chileno. Algunos problemas”, *Revista Ius et Praxis* 23 n° 1 (2017), 208, <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/817>.

⁷⁴ *Ibid.*

2.2. Estado actual en la academia no pacífica

La utilidad que este cambio de paradigma puede representar para el sistema procesal penal colombiano se viene discutiendo en la doctrina de manera reciente. Pues bien, desde el año 2002 Gutiérrez & Aguilar han venido señalando que:

“El método que el juez debe seguir para resolver el problema jurídico de la prueba ilícita es, primero, determinar cuál es el contenido del derecho fundamental supuestamente vulnerado y su núcleo básico o "esencia", sin el cual dejaría de ser lo que es, límite infranqueable garantizado por el artículo 19 No 26 de la Constitución; en segundo lugar, verificar cual fue la actividad policial, para finalmente ponderar los intereses en conflicto del caso concreto mediante la aplicación de un criterio de razonabilidad que atienda a la necesidad y características específicas de la actuación policial frente a la naturaleza e intensidad de la restricción o perturbación del ejercicio del contenido no esencial del derecho fundamental”⁷⁵.

Mientras que la visión desde la doctrina constitucional es dada por el autor Sebastián Monsalve donde la discusión, más allá de la crítica se va orientando hacia el punto que se quiere resaltar, máxime cuando este señala que el sistema de exclusión actual no protege derechos fundamentales, sino que “se erige una barrera para valorar la totalidad del material probatorio por parte del juez; por ello la exclusión permite sentencias en las cuales “la veracidad queda incompleta y lleva rasgos ficticios”⁷⁶. Línea seguida por Miranda Entrampes⁷⁷ cuando el autor hace una revisión doctrinal y jurisprudencial acerca de los diversos modelos que se refieren a la exclusión de la prueba en el proceso penal. Desde el modelo anglosajón, hasta el modelo Europeo-continental. Esto, dejando entrever postulados como:

“Por su parte, la teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán puede considerarse como un exponente de este segundo modelo. Según nos enseña el profesor Roxin (2000), cuando se lesionen prohibiciones de producción de

⁷⁵ Carlos Gutiérrez y Alejandro Aguilar, “La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales”, La Revista de Derecho: Derecho - Sociedad- Cultura nº3, enero – diciembre (2002), 82.

⁷⁶ Monsalve, La prueba ilícita, 372.

⁷⁷ Miranda, La prueba ilícita, 2010.

la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él”⁷⁸.

Por su parte autores como Ronald Sanabria resalta de manera tajante que: “la prueba excluida es la verdad que huye”⁷⁹. Para ello, afirma que la cláusula de exclusión probatoria tiene una múltiple funcionalidad, entre las que destacan: “i) función disuasiva, ii) función protectora de la integridad del sistema judicial, iii) función de garantía a la legalidad, iii) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba, iv) función reparadora de la arbitrariedad cometida”⁸⁰. Seguidamente, el autor sentencia que esa múltiple funcionalidad debe ser estudiada “especialmente, por los estudios que se adelanten acerca de los criterios su admisibilidad excepcional. Saber cuándo se admite la excepción dependerá directamente de qué fin se persiga”⁸¹.

Así mismo Huertas, Prieto y Jiménez resaltaron el sistema de exclusión en Europa Continental desarrollado por Ferrajoli al señalar que: “En Alemania, se creó la tesis de la ponderación, según la cual se debe verificar el caso en concreto.”⁸². Además, los autores resaltan la importancia de ponderar para asegurar que la violación de los bienes jurídicos que tutela la norma penal, no quede impune, pues de esta forma se sacrifica la verdad.

Finalmente, todo esto dicho cobra especial importancia cuando de manera más reciente Correa Robles señala que:

“El sistema de exclusión probatoria y sus distintas excepciones se ha desarrollado (...) a partir de una ponderación de intereses: la correcta averiguación de la verdad (representada por el interés (...) en orden a contar con toda la evidencia disponible), se contrapone al respeto por las garantías consagradas en (...) la Constitución

⁷⁸ Miranda, La prueba ilícita, 135.

⁷⁹ Sanabria, Teología de la cláusula de exclusión, 84.

⁸⁰ Ibid., 105.

⁸¹ Ibid.

⁸² Huertas, Prieto y Jiménez, La prueba ilegal e ilícita, 234.

(representado por el interés de la sociedad en desincentivar conductas reprochables”⁸³.

A la par de lo que, en últimas, sentencia Arcos Tigsé al señalar que:

“La necesidad sustancial del poder estatal, dentro de un procedimiento judicial es el descubrimiento de la verdad a través del principio de libertad probatoria; sin embargo, de aquello, éste encuentra su límite en el principio de legalidad y más aún en las garantías constitucionales y convenios internacionales que protegen los derechos fundamentales del hombre, estas conjeturas deben encontrarse en pleno equilibrio a fin de que no existan abusos por alguna de las partes”⁸⁴.

2.3.Utilidad del nuevo modelo en el caso Álvaro Uribe Vélez.

Dentro del análisis del caso AUV, se puede evidenciar lo engorroso que termina siendo la discusión técnica en torno a la aplicación de la exclusión probatoria bajo el modelo angloamericano. Es por ello que a día de hoy se evidencia en los estrados cómo los defensores y fiscales pugnan en una batalla sin reales espadas, sino con escenarios que propician triquiñuelas que en ocasiones termina en un encubrimiento de la verdad y no -como debe ser- en su descubrimiento. A partir de dicho juicio es donde se puede aseverar que el modelo de ponderación es completamente necesario en Colombia.

En el caso AUV se ha desgastado la justicia de tal forma que la máxima de “tiempo que pasa, verdad que se aleja” cada día es más normal pensarla con respecto al expresidente. Un modelo de exclusión por ponderación permitiría que el juez, en uso de preceptos constitucionalizados dentro del proceso penal, propiciara un escenario de justicia y equidad que haga el proceso efectivo, eficaz y con presencia de una celeridad que respete las garantías procesales. Pues la constitucionalización del derecho procesal no es un secreto, sobre todo en materia penal.

Sin embargo, el avance más significativo es que el proceso giraría en torno a qué tan importante es la falta de procedimiento o la falla que desgasta garantías frente a la

⁸³ Carlos Correa, “Relación causal y exclusión de prueba”, *Política Criminal* 14, n° 28 (2019): 191, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200186>.

⁸⁴ Kevin Arcos, “La relevancia jurídica de la exclusión de la prueba en materia penal” (Tesis de Maestría inédita, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020), 63, <http://hdl.handle.net/10644/7465>.

importancia que representa la verdad de los hechos. La discusión hermenéutica viraría hacia el lugar que siempre debe estar y es en torno a qué sucedió y cómo se debe dar la imputación. La ponderación, sin duda alguna, permitiría que el derecho penal observara un horizonte más claro y no llenara un trámite judicial de vacío u oscuros en torno al conocimiento.

2.4. Utilidad del modelo de exclusión de ponderación en las diferentes jurisdicciones

Sin duda alguna, un modelo de exclusión por ponderación generaría más impacto en el proceso penal debido a su vocación sancionatoria. Sin embargo, no obsta esto para que este modelo tenga aplicación en las diferentes jurisdicciones. Uno de los grandes problemas que enarbola el garantismo procesal -por ejemplo, en derecho privado- es la falta de efectividad que presenta el mismo en torno a la correspondencia de los fallos con la realidad y/o la verdad. Y sin duda, una de las razones más determinantes para que esto suceda es el vicio que se presenta en torno a la valoración probatoria.

Determinar la exclusión de la prueba en torno a su utilidad dentro del fin que persigue un proceso, termina por rozar en lo que el derecho en general busca, que es solución de los conflictos. Es por ello que promover la jurisdicción, sin tener en cuenta si es penal, civil, administrativo, laboral, tiene algo en común siempre y es que el accionante busca que la situación jurídica se constituya según el lineamiento sustantivo en derecho o materia determine. Y esto solo es posible si los hechos que se comprueban dentro de un proceso son estrictamente verídicos.

Eliminar las barreras que existen para que el juzgador tenga acceso al acervo probatorio en su totalidad es la tarea más ambiciosa del derecho procesal contemporáneo. A partir de allí, la ponderación se debería constituir como un modelo que tenga una aplicación amplia y dinámica desde las esferas penales, pero también en torno a la esfera que en general constituye toda norma jurídica. Un proceso judicial en procura de validar hechos sin restricción, siempre fallará en términos de justicia, equidad y paz.

3. Metodología

El presente artículo de investigación se enarbola como una investigación de tipo cualitativa según el abordaje del problema, toda vez que, se va a hacer un análisis sobre los límites de aplicación de esta figura procesal-penal en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello se va a propender por la identificación de las generalidades sustanciales que ha tenido esta institución procesal a lo largo del periodo de tiempo abordado en el país y así poder proponer una alternativa dentro del modelo ponderativo. En ese sentido, según el nivel de profundidad es de tipo propositiva. Así las cosas, todo este análisis hace que la investigación sea jurídica según el área del conocimiento abordada.

Para obtener el resultado propuesto, se optará por el empleo del método inductivo, pues se partirá de la descripción de un objeto conocido como lo es el funcionamiento de la cláusula de exclusión probatoria concebida bajo la vigencia del sistema penal oral acusatorio en Colombia. Así, se inducirán los límites de aplicación de esta figura para resaltar sus debilidades y tomarlos como objeto de análisis base para proponer. Sumidos a este punto, se utilizará el método hermenéutico para conducir el análisis que esboce la propuesta que se quiere construir. Pues, “la importancia de tener cierta fidelidad en la interpretación es la posibilidad no sólo de entender, sino de modificar aquello que se entiende, y de poder arribar a conocimientos más profundos o más amplios de un primer conocimiento obtenido”⁸⁵.

De esta forma, se hace específicamente necesaria la selección de las técnicas de recolección de información para esbozar todo el material suficiente para la construcción, desarrollo y conclusión de la investigación propuesta. De este modo, se partirá de una recopilación, revisión y análisis documental, dentro de la cual figuran textos académicos como tesis doctorales, artículos científicos, libros, y textos jurídicos como sentencias nacionales y extranjeras.

⁸⁵ Francisco Ballina, “Problemática epistemológica y sociológica de la administración. Una propuesta crítica”, FCAUNAM: Contaduría y administración, n° 181, abril-junio (1996): 4.

4. Conclusión

La prueba ha sido y es, la columna vertebral de todo proceso donde se promueve la jurisdicción. El ser humano ha buscado la heterocomposición como un modelo adecuado para resolver conflictos y ajustar en paz y equidad las situaciones del mundo. Sin embargo, ese tercero hetero-compositivo no deja de ser un extraño a la relación jurídica y material existente entre accionante y accionado, por ello es que la prueba como confirmación de las afirmaciones ha cobrado tanta trascendencia en la modernidad y ahora en la contemporaneidad.

Y comoquiera que dentro de un proceso es evidente la controversia, la prueba también corre la misma suerte que los argumentos, por eso deben ser validadas y estudiadas a profundidad. Es por ello que la decisión de excluir una prueba contiene en su esencia la abstención de conocer una parte de la verdad que está presente en la percepción de uno de los interlocutores dentro del proceso. Por tal razón, no se hace extraño que durante años los juristas se hayan preguntado acerca de cómo y bajo qué circunstancias se debe excluir una prueba.

El modelo de exclusión de pruebas actualmente vigente en Colombia presenta serios problemas. La dinámica procesal se encuentra estancada entre discusiones bizantinas en torno al procedimiento adecuado, pero se aleja cada día más de la verdad y de lo que se busca dentro de un proceso. Es por ello que, alejarse cada vez más de un modelo que se deriva de una teoría que persigue estos objetivos como lo es la del árbol ponzoñoso representaría un avance trascendental para las líneas del derecho probatorio en el país.

De otro lado, el modelo de exclusión por ponderación se encuentra a la vanguardia y -a diferencia de su contrario- no representa una exclusión de los demás modelos, pues debido a su flexibilidad se acomoda mejor entre más elementos de análisis tenga. A partir de allí, de ponderar garantías procesales y procedimiento contra la verdad de los hechos y la utilidad de la prueba, es donde se encuentra el sentido de la prueba dentro de un proceso. Darle aplicación a este modelo, a diferencia del angloamericano, permitiría que los jueces centren su trabajo y todo el aparato judicial en idioma gnoseológico y no tecnicista.

Todo lo aquí descrito quiere decir que definitivamente la doctrina y los jueces deben desentrañar el sentido de la verdad de los hechos dentro del proceso en general. De un examen

fáctico, deriva una imputación jurídica eficaz y, sobre todo, justa. A partir de allí, el derecho que todos se han imaginado al estudiarlo es llamado a prosperar al mejor estilo de los postulados iusnaturalistas, pues sólo así la ley y los fallos se ajustarán a la realidad, pues el que realmente creará un orden de las cosas sin acudir a posverdades y trucos que terminan en el desgaste del Estado Social de Derecho.

5. Bibliografía

Álvarez, Eliécer. “La cláusula de exclusión probatoria, análisis jurídico-práctico de su aplicabilidad en el proceso penal colombiano (estudio de caso)”. Repositorio Institucional de la Universidad Católica de Colombia (2015), 20, <http://hdl.handle.net/10983/2539>.

Arcos, Kevin. “La relevancia jurídica de la exclusión de la prueba en materia penal”. Tesis de Maestría inédita. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020. <http://hdl.handle.net/10644/7465>.

Ballina, Francisco. “Problemática epistemológica y sociológica de la administración. Una propuesta crítica”. FCAUNAM: Contaduría y administración, n° 181, abril-junio (1996).

Beccaria, Cesare, Nodier Agudelo. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Ediciones nuevo foro, 2010.

Bedoya, Luis. *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008.

Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio. Granada: Editorial Comares, 2001.

Constitución Política de Colombia, 20 de julio de 1991. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

Correa, Carlos. “Relación causal y exclusión de prueba”. *Revista Política Criminal* 14, n° 28 (2019): 186-219. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200186>.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-591 del 9 de junio de 2005. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. STC SU-159 del 6 de marzo de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-171 del 7 de marzo 2006. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Auto interlocutorio de casación 31127 del 20 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. STC 18103 del 2 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 256 US 465 del 1 de junio de 1921. Caso *Burdeau vs. McDowell*.

Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 428 US 433 del 6 de julio de 1976. Caso *Estados Unidos vs Janis*.

Corte Suprema Federal de Estados Unidos. STC 494 US 259 del 28 de febrero de 1990. Caso *Estados Unidos vs Verdugo-Urquidez*.

Durán, Climent. *La Prueba Penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.

Farfán, Francisco. *Intercepción de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed, Trotta, 1995.

Ferrer, Jordi, Marina Gascón, Daniel González y Michelle Taruffo. *Estudios sobre la prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Ferrer, Jordi. *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case of State liability for wrongful pretrial detention*. Inédito, 2018.

Fiscalía General de la Nación. *Módulo de formación para fiscales en: “estructura del proceso penal”*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

Gascón, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

Goodpaster, Gary. “An essay on ending the exclusionary rule”. *Hastings Law Journal* 33, nº 5 (1981): 1064-1108. https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol33/iss5/2.

Grevi, Vittorio. “Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche”. *Giur. Cost* 2, n° 317 (1973), 343-344.

Guariglia, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

Guerrero, Óscar. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*, Reimpresión de la 2a Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2011.

Gutiérrez, Carlos y Alejandro Aguilar. “La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales”. *La Revista de Derecho: Derecho - Sociedad - Cultura* n°3, enero – diciembre (2002): 61-83.

Herrera, Elizabeth, Javier Cortés. “Prueba ilícita y prueba ilegal criterios y diferenciación”. Tesis de maestría inédita. Universidad Libre, 2011. <http://hdl.handle.net/10901/6072>.

Huertas, Omar, Jhoanna Prieto y Nayibe Jiménez. “La prueba ilegal e ilícita, su tratamiento de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano”. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales* 8, n° 9 (2015): 229-238. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/439>.

Laudan, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Ley 906 de 2004, 31 de agosto de 2004, Código de Procedimiento Penal. Diario oficial 45.658.

Midón, Marcelo. “Pruebas ilícitas”. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídica Cuyo, 2002.

Miranda, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n° 22 (2010): 131-151. <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>.

Miranda, Manuel. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. *Jueces para la democracia* n° 47 (2003): 53-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668798>.

Monsalve, Sebastián. “La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 40, n° 113 (2010): 351-379. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3767>.

Núñez, Raúl y Claudio Correa. “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el Proceso Penal chileno. Algunos problemas”. *Revista Ius et Praxis* 23 n° 1 (2017): 195-246. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/817>.

Oaks, Dallin. “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, *University of Chicago Law Review* 37, n° 4 (1970): 665 – 757. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol37/iss4/3>.

Peraza, Laura; Catalina Prieto, Diana Reyes y Claudia Vélez. *Análisis de la regla de exclusión en Colombia y comparación con los ordenamientos jurídicos de Alemania, Argentina, España y Estados Unidos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2006. Acceso el 09 de abril de 2021. <http://hdl.handle.net/1992/25767>

Putnam, Hilary. *Sentido, sinsentido y los sentidos*, trad. Norma Goethe. Barcelona: Editorial Paidós, 1994.

Sanabria, Ronald. “Teología de la cláusula de exclusión en Colombia”. *Revista Academia & Derecho* 5, n° 9 (2014): 83 – 110. <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/11/11>.

Sierra, Óscar. “La prueba ilícita, alcance legal y constitucional en la legislación colombiana”. Tesis de maestría inédita. Universidad Santo Tomás, 2016. <https://hdl.handle.net/11634/2150>.

Suprema Corte de los Estados Unidos. STC 251 US 385 del 26 de enero de 1920. Caso *Silverthorne Lumber Co., Inc. contra Estados Unidos*.

Suprema Corte de los Estados Unidos. STC 308 US 338 del 11 de diciembre de 1939. Caso *Nardone contra Estados Unidos*.

Talavera, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura, 2009. Acceso el 13 de marzo de 2021. <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/122>.

Tamayo, Óscar. “El principio de proporcionalidad y restricción a derechos fundamentales en el proceso penal”. Tesis de posgrado inédita. Universidad de Medellín, 2013. <http://hdl.handle.net/11407/113>.

Taruffo, Michelle. *Simplemente la verdad. El Juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Tribunal Constitucional Español. STC 114 del 21 de diciembre de 1984.

Tribunal Constitucional Español. STC 49 del 27 de abril de 1999.

Tribunal Constitucional Italiano. STC 34 del 6 de abril de 1973.

Tribunal Supremo Español. STC 79 del 9 de febrero de 2012.

Tribunal Supremo Federal Alemán. STC de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365).

Wilkey, Malcolm. *Enforcing the fourth amendment by alternatives to the exclusionary rule*. Washington, DC: National Legal Center for the Public Interest, 1982.

Zamora, Miguel. “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”. *Revista Acta Académica* 54, n° Mayo (2014): 147 – 186. <http://revista.uaca.ac.cr/index.php/actas/article/view/100>.