

LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y SU EXCLUSIÓN EN LA LEY 906 DE 2004*

Alfonso Daza González**
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: septiembre 13 de 2006.

Fecha de aceptación: noviembre 15 de 2006.

Resumen

Se expone en esta investigación el concepto de prueba obtenida con violación del debido proceso, el contexto en el que se desarrolla: Constitución Política y Derechos Humanos, y su desarrollo legal en la Ley 906 de 2004, luego de la reforma constitucional contenida en el Acto legislativo No. 03 de 2002.

Palabras clave

Constitución Política, Derechos Humanos, Debido proceso, Prueba obtenida con violación del debido proceso, prueba ilícita, prueba ilegal, procedimiento penal, reglas de exclusión.

SHALL BE EXCLUDED FROM ANY
CRIMINAL PROCEEDING BECAUSE OF
VIOLATION OF THE CONSTITUTION

Abstract

This search put forward proof definition get it with a properly proceedings violation, develop it context: Political Constitution and Human Rights, and their legal development in the 906 law of 2.004, after constitutional reform content in Law Act No. 03 of 2002.

Key words

Political Constitution, Human Rights, Properly proceedings, proof get it with a properly proceedings

* Este artículo presenta los resultados finales del proyecto de investigación terminado: "La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la Ley 906 de 2004", perteneciente a la Línea de investigación "Derecho Penal" desarrollada por el Grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada – Categoría A Colciencias (2006- 2009)

** Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogado Magíster en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre. Carrera 11 No. 101 – 80 Bogotá D.C. Teléfono 6 34 32 62 alfonso.daza@umng.edu.co

violation, unlawful proof, ilegal proof, criminal proceeding, exclusion rules.

«En una democracia humanista, que respete la voluntad del individuo y de la sociedad, las autoridades más representativas, que dictan los actos superiores, están encargadas de crear el derecho que exprese las aspiraciones más elevadas y los valores superiores del pueblo. La Constitución es no sólo la organización del Estado sino también el marco de desarrollo de la sociedad y, en último término, la condición más importante para que se realicen aquellas aspiraciones y valores supremos, la dignidad y la libertad dentro de la igualdad de los hombres (...)»¹

INTRODUCCIÓN

Esta investigación estudia la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales. Para el efecto se hace a partir de tres aspectos: Constitución Política, Acto legislativo No. 03 de 2002 y Ley 906 de 2004.

La importancia de este estudio radica en que son pocos los trabajos que se han realizado sobre el tema en Colombia, en particular con posterioridad a la Ley 906 de 2004.

Se trata de un estudio eminentemente teórico, porque se analiza el desarrollo mismo de la prueba ilícita y su exclusión en materia procesal penal.

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Con posterioridad a la segunda guerra mundial el Universo Jurídico cambió, de tal manera que las directrices del constitucionalismo se modificaron a la luz de los Derechos Humanos en la concepción de Estado, en los límites de su ingerencia en la actividad individual², y en la manera como se deben respetar y proteger las garantías judiciales.

¹ Palabras de Eduardo ORTIZ, tomadas de la obra "Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania", de los profesores Horst SCHÖNBOHM y Norbert LÖSING.

² Véase a Édgar SAAVEDRA ROJAS. Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1995. Pág. 13 a 15.

En estas normas de superior jerarquía se reiteran como valores imperativos y derechos fundamentales, la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de torturas, tratos o penas crueles inhumanas y degradantes, la libertad, el derecho a la intimidad, a la libertad, la legalidad, la favorabilidad, el derecho de defensa, la libertad provisional como regla general y no como excepción, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un debido proceso, la celeridad en las actuaciones, los plazos razonables, el derecho a un juicio público, el derecho a un juicio justo, a apelar las decisiones adversas y el beneficio de la duda probatoria, entre otros aspectos.

Por eso a partir del sistema de derechos humanos, del concepto de dignidad de la persona humana, y la Constitución Política que, nos ubica como un Estado Social de Derecho, se establecen principios y valores que, definen, delimitan, dan contenido y estructura a las garantías procesales.

Esa es la razón por la cual el derecho procesal no puede verse como una estructura rígida, sino como una estructura en permanente movimiento que cambia y fluye desde el Sistema de Derechos Humanos y la Constitución Política hacia la Dignidad Humana.

Tal afirmación encaja perfectamente con la manifestada por Robert Alexy cuando hace referencia al «efecto radiador» que ejerce la Constitución sobre el sistema legal³, postura que, a su vez, confirma la propuesta por Claus Roxin al indicar que el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado⁴.

En nuestro sistema el «efecto radiador» de la Constitución es mayor en la medida que ésta se encuentra en Bloque de Constitucionalidad⁵ con los Tratados In-

ternacionales que reconocen los Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968)⁶ y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Ley 16 de 1972)⁷, y por eso cuando de garantías procesales se trata se deben observar las que corresponden a un Estado Social de Derecho como es el Colombiano, en armonía con los principios reconocidos en el sistema de Derechos Humanos, dirigidos, como lo señalábamos hacia la dignidad humana.

Tomamos como base las palabras de Eduardo Ortiz cuando indica que la Constitución «es la condición más importante para que se realicen aquellas aspiraciones y valores supremos, la dignidad y la libertad dentro de la igualdad de los hombres», porque es precisamente a través de la Norma Superior y de sus leyes en donde el Estado materializa el reconocimiento de estos derechos tan anhelados por la humanidad.

Así, debemos observar que, una constitución política legítima es una declaración de la voluntad popular-soberana- que recoge dos pilares fundamentales de toda sociedad políticamente organizada: a) una declaración de los derechos fundamentales que esa sociedad reconoce como legítimos y b) una declaración de la forma de organización política que desea⁸.

Al respecto de lo dispuesto por el inciso final del artículo 29 de la Constitución, en cuanto a que [E]s nula,

Cont. nota 5.

culado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto, han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, lo que equivale a decir, que, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueda a veces contener mecanismos de reforma diversos a las de las normas del articulado constitucional strictu sensu”.

⁶ Suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1996, aprobado mediante ley 74 de 1968.

⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Aprobada mediante Ley 16 de 1972.

⁸ Horst SCHÖNBOHM y Norbert LÖSING, Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania”, pág. 10.

³ ALEXY, Robert . Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, en Ratio Juris, Vol. 16 No. 2, Junio 2003 (131-40) citado por Eduardo Montealegre Lynett, en el prólogo a la obra de Manuel Jaén Vallejo “Derechos Fundamentales del proceso Penal”, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

⁴ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 200, pág. 10.

⁵ “El Bloque de Constitucionalidad –ha dicho la Corte Constitucional en sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1997, C-400 de 1998, T-588 de 1999 y C-1319 de 2001- está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el arti-

de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, ha considerado la Corte Constitucional que se trata de un remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso, cuyos requisitos y condiciones, bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas, se encuentran regulados en la ley⁹.

Ahora bien, vale la pena preguntarnos cuál es el debido proceso que se debe observar para que pueda predicarse que es nula o no una prueba, y en consecuencia proceda su exclusión?

Consideramos que en primer lugar se debe observar el concepto definido en el Art. 29 constitucional que establece:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Y en segundo lugar debemos observar los principios que rigen la Constitución Política¹⁰ con el conjunto

⁹ Ver sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ PREÁMBULO: El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyen-

de derechos que comprenden su primacía¹¹ y los que se integran en el bloque de constitucionalidad que forma con los Tratados Internacionales que reconocen los Derechos Humanos.

Tales aspectos constitucionales no son otros que el derecho a la dignidad humana¹², los fines del Estado y las obligaciones de las autoridades de la República¹³, la primacía de los derechos inalienables de la persona¹⁴, la responsabilidad de los servidores públi-

Cont. nota 11

te, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (...).

¹¹ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

¹² Artículo 1.- Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹³ Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

¹⁴ Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

cos¹⁵, el derecho a la vida¹⁶, la prohibición de: la desaparición forzada, las torturas, los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes¹⁷, la igualdad ante la ley¹⁸, el derecho a la intimidad¹⁹, el derecho a la liber-

tad²⁰, la prohibición de la autoincriminación²¹, la prohibición de destierro, confiscación y prisión perpetua²², la prevalencia del derecho sustancial²³ y el acceso a la justicia²⁴.

De ésta manera se construye entonces el debido proceso. Sin embargo, en nuestro sentir y apoyados en la descripción del Art. 23²⁵ de la Ley 906 de 2004, que hace referencia a la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, y en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁶, consideramos, que existen dos fuentes jurídicas de exclusión, una referente a la prueba constitucional y otra a la prueba ilegal.

En cuanto a la primera se debe hacer referencia a la

¹⁵ Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

¹⁶ Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

¹⁷ Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁸ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

¹⁹ Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

²⁰ Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Cont. nota 20

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

²¹ Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

²² Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

²³ Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

²⁴ Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

²⁵ Art. 23 de la Ley 906 de 2004. "Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal".

²⁶ Ver Sentencias C-159 de 2002 y C-822 de 2005, Corte Constitucional.

obtenida con violación de derechos fundamentales – ilícita-, y la segunda la que se adopta mediante actuaciones ilegales que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-159 de 2002, precisó que cuando la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos, esta prueba debe ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.

La misma sentencia citada, fue más allá al precisar que tratándose de prueba practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se debe excluir la prueba y declarar la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Y además como queda comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe remitirlo a un juez distinto.

La cláusula de exclusión entonces, cierra el campo de acción del Estado frente a los derechos de los ciudadanos, que en esencia no es otra cosa que, disuadir a los servidores públicos para que no violen ninguna de las protecciones constitucionales, garantizar la integridad judicial, ya que los jueces deben excluir la prueba ilícita, y con ello impedir que el Estado se beneficie de sus actos ilegales²⁷.

II. ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

El sistema procesal penal acusatorio es el primero del que se tiene noticia en la historia del mundo. Así, encontramos que la Roma republicana lo empleó. Posteriormente la Roma imperial lo reemplazó por el modelo inquisitivo, el cual encontró en la edad media con la iglesia católica uno de sus mayores aliados.

Este sistema inquisitivo se caracterizó por la

²⁷ Véase a Ernesto L. CHIESA APONTE, *Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*, volumen I, primera edición en castellano, octubre de 1991, págs. 284 y ss.

centralidad de una etapa de investigación secreta, realizada por un juez en quien se concentraban las funciones de investigar, acusar y juzgar al reo –podemos decir que aún en Colombia se conserva ésta figura en el proceso de única instancia que se surte ante la Corte Suprema de Justicia- y aún de defender, pues se entendía que el Inquisidor era tan perfecto que podía cumplir los roles de acusador y defensor al mismo tiempo²⁸, con lo cual la defensa queda casi totalmente excluida.

Es en la investigación, no en el juicio, donde se genera y allega la prueba y se toman las decisiones que en definitiva van a determinar la condena o absolución del acusado.

En este esquema el interés represivo del Estado prima sobre los derechos de los individuos, correspondiéndose así con una época en la que los derechos esenciales de la persona no han adquirido un status de preeminencia por sobre éste²⁹.

En América, los Estados Unidos heredaron de Inglaterra el sistema acusatorio anglosajón, y los países de colonia español el sistema inquisitivo. Por esa razón, en Latinoamérica encontrábamos, hasta hace poco -y eso es producto de las reformas de los últimos años- sistemas judiciales caracterizados por unos poderes amplios del Estado investigador, una excesiva concentración de funciones en cabeza de un solo funcionario –veamos nuestro actual sistema en el que el Fiscal además de investigar y acusar, impone medidas de aseguramiento, resuelve la situación de los bienes, ordena allanamientos, practica capturas, intercepta comunicaciones, ordena y niega la práctica de pruebas de la defensa, entre otras- encargado de la instrucción escrita y secreta, un imputado utilizado como objeto de investigación de donde se justifica la existencia de la indagatoria, y un defensor inerme ante el poder del instructor³⁰.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. P. 559.

²⁹ ver *Curso de Reformas a la Justicia en América Latina y Derechos Fundamentales*, profesor Juan Enrique VARGAS, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University Washington College of Law, Mayo 28 a Junio 14 de 2002, p. 55.

³⁰ MAIER, Julio. *Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica en Reformas Procesales en América Latina*. La Oralidad en Los Procesos. Santiago de Chile: Corporación de promoción

Las revoluciones liberales del S. XVIII³¹ señalaron un conjunto de derechos del hombre, los cuales poco a poco se fueron extendiendo por el continente europeo y americano. En éste último caso, debemos señalar que una vez nuestros países lograron su independencia, incorporaron estos derechos en sus cartas políticas. Sin embargo, las garantías procesales que, son las que dan vida al sistema acusatorio, luego de ser positivizadas en los Instrumentos Internacionales que reconocen los Derechos Humanos³², después de la segunda guerra mundial, comenzaron a ser reconocidas e integradas en nuestros Códigos Procesales Penales.

Así, podemos decir que en las últimas dos décadas la casi totalidad de los países latinoamericanos se han abocado a la tarea de reformar sus sistemas de justicia penal.

Estas reformas han pretendido superar diversos problemas que, tradicionalmente se han identificado con la vigencia de sistemas bastante arcaicos, basados en el modelo inquisitivo, heredado de la época de la colonia española, introduciendo instituciones más modernas que, en general aparecen caracterizadas bajo el rótulo de sistema acusatorio³³.

De ésta reforma latinoamericana podemos decir, en términos generales que, conlleva a un nuevo modelo de instrucción, el cual implica la transformación de

la investigación en una etapa preparatoria del juicio, entregada a los Fiscales, quienes deben conducir la labor de la policía y ejercer la acción penal pública cuando proceda, todo bajo la supervisión de un tribunal imparcial (juez de control o de garantía) distinto del llamado a resolver la causa.

La separación de las funciones judiciales de las investigativas es sin dudas una de las principales ventajas de los nuevos sistemas, pues ello permite por una parte un mejor respeto de las garantías que asisten al imputado, ya que por ellas pasa a velar un juez que no está comprometido con el éxito o el fracaso de la investigación. De otro lado, se puede ganar en efectividad, dotando de mayor dinamismo a esta etapa clave para el esclarecimiento de los hechos, en razón a que un fiscal estará en mejores condiciones técnicas para acumular y procesar la información de la investigación, y para interactuar con la policía y demás órganos encargados de auxiliario en la misión.

Por su parte el juicio que, además de pasar a ser el principal escenario del debate probatorio, está regido por reglas específicas, ya que por un lado encontramos las de admisión y exclusión de la prueba, y por el otro las del juicio oral, cuyo rigor y especialidad exige la precisión para su práctica.

En Colombia se habló por primera vez de sistema acusatorio con ocasión del Acto Legislativo No. 1 de 1979, propuesto e impulsado por el Dr. Alfonso López Michelsen, pero éste no logró operar, debido a la declaratoria de inexistencia de la reforma constitucional.

Posteriormente, el Gobierno Nacional presentó a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente (1991), una propuesta de reforma constitucional que se orientaba por los siguientes lineamientos:

1).- Permitía dos esquemas procesales: un modelo para el juzgamiento de delitos en general conforme lo estableciera la ley, y un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento del delito de terrorismo (Sistema acusatorio).

2. - No se le otorgaba plena autonomía a la Fiscalía General de la Nación para limitar el derecho de libertad, pues estas determinaciones sólo las podía proferir el juez. El fiscal únicamente estaba facultado para promover ante las autoridades judiciales las medidas de aseguramiento necesarias.

Cont. nota 30

Universitaria, 1993: "De todos modos, no debe olvidarse que los modelos inquisitivos latinoamericanos experimentaron una atemperación con ocasión de las "revoluciones" de independencia. Sin embargo, siguieron teniendo una línea claramente inquisitiva".

³¹ Revolución Norteamericana de Independencia: Declaración de independencia (1776), y Revolución Francesa: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Ley 16 de 1972).

³³ RIEGO, Cristián. Informe Comparativo proyecto "Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina". Revista Sistemas Judiciales. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Buenos Aires, Argentina. Año 2002. No. 3. p. 12.

3. - El origen del fiscal era eminentemente administrativo –sin facultades para administrar justicia- de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República³⁴.

La Asamblea Nacional Constituyente consagró una estructura procesal radicalmente diferente a la presentada por el Gobierno Nacional, y si bien al crear la Fiscalía General de la Nación sentó las bases para señalar la existencia de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria³⁵, al atribuirle funciones jurisdiccionales al ente acusador, lejos de ello, en nuestro sentir, le dio vida a un sistema procesal con tendencia inquisitiva, en razón a que las atribuciones acusatoria y decisoria, que por esencia deben estar en poder de órganos distintos, le fueron asignadas, en buena parte, a la Fiscalía General de la Nación³⁶. Con ello la creación de la Fiscalía no condujo a un cambio del sistema de procesamiento, sino que modificó el nombre a los funcionarios que hasta el momento eran jueces de instrucción criminal, por el de fiscales delegados³⁷.

Ya en el año 2002 el Fiscal General de la Nación presentó a consideración del Gobierno Nacional un proyecto de Acto legislativo, el cual, luego de los trámites respectivos, se convirtió en el Acto Legislativo No. 03 de 2002 “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”, de diciembre 19 de 2002³⁸, sobre el

que empezamos diciendo que de los nueve (9) artículos propuestos para ser reformados (174, 178, 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251) sólo dos de ellos, los Artículos 250 y 251 lograron su cometido, con la inclusión posterior del artículo 116.

Los primeros cinco artículos 174, 178, 182, 184, 186, relacionados con las funciones del Senado, Cámara de Representantes, Congresistas en general, pérdida de investidura, y los delitos que estos conozcan, respectivamente, no hacían ningún aporte al esquema acusatorio pretendido.

En cambio los artículos 234 y 235, referentes a la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y a sus atribuciones, su reforma sí hacía un gran aporte al sistema acusatorio, como quiera que con el primero se proponía la creación de un control de garantías constitucional respecto de las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales adoptadas por ésta Corporación³⁹ y con

³⁴ Ver Jaime BERNAL – Eduardo MONTEALEGRE. El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995, p 25 y 26.

³⁵ Ibídem “...en materia procesal penal, Colombia adoptó un sistema con tendencia acusatoria en reemplazo del sistema inquisitivo anterior, porque se delimitaron claramente las funciones de acusación y juzgamiento. El monopolio de la primera está asignado a la Fiscalía General de la Nación, y la segunda a los jueces de la República”. P. 31

³⁶ Art. 250. - Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

Cont. nota 36

2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

³⁷ Véase Jaime E. GRANADOS P. y Mildred HARTMAN A. El diseño del Nuevo Proceso Constitucional. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto legislativo 03 de 2002 y Documentos de trámite Tomo II. Corporación Excelencia en la Justicia. 2003. P. 69

³⁸ Artículo 5 Vigencia. (...) La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008.

³⁹ Artículo 7. El artículo 234 de la Constitución Política quedará así:

Art. 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Ésta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

La ley determinará el número de magistrados que conforman la Sala Penal, lo mismo que la forma como se dividirá para garantizar el control de garantía constitucional respecto de las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales que se tomen dentro del proceso penal. (Subrayado propuesto).

el segundo se reconocía la segunda instancia, en los procesos que se tramitan en única instancia, de ésta manera la Sala Penal haría las veces de primera instancia⁴⁰, pero tampoco terminaron su tránsito en el Congreso, y por ello no fueron incluidas en el Acto legislativo No. 03 de 2002.

Sobre estos tres artículos hacemos las siguientes consideraciones:

1).- Artículo 1 modificó el Artículo 116

1.1).- Permanencia de la Fiscalía en la Rama Judicial. Este artículo mantiene a la Fiscalía General de la Nación en la Rama Judicial⁴¹, y no como se propuso en la Cámara de representantes en el Informe de Ponencia para Primer Debate en Segunda Vuelta, que propugnaba porque ésta entidad no perteneciera a la rama judicial, sino que fuera un órgano autónomo, con lo cual sus actos no serían judiciales, sino investigativos⁴².

1.2).- Jurados de Conciencia⁴³, que aunque no está incluida en la Ley 906 de 2004, debemos destacar su trascendencia, y exigir su reglamentación.

⁴⁰ Artículo 8. El artículo 235 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

3.- Juzgar mediante la Sala Penal en primera instancia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, al ... (texto propuesto).

⁴¹ Artículo 1. El Artículo 116 de la Constitución Política quedara así:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. (...)"

⁴² Véase Gaceta del Congreso 401-2002. Informe de Ponencia para Primer Debate en Segunda Vuelta al Proyecto de Acto legislativo 237 de 2002 Cámara, 12 de 2002 Senado. Informe presentado al Presidente de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 12 de septiembre de 2002.

⁴³ *Ibidem*: "(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales (...)"

2).- Artículo 2 modificó el Artículo 250

2.1).- Principio de oportunidad. Este principio que, constituye la excepción a la regla general del principio de legalidad, en virtud del cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento, lo podrá ejercer la Fiscalía General de la Nación, para suspender, interrumpir, y renunciar a la persecución penal, en los casos que establezca la ley, dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones del control de garantías.

No obstante ésta redacción, debemos observar que tal principio fue propuesto en el proyecto de Acto Legislativo⁴⁴ sometido a las causales definidas en la ley, sin control de legalidad por parte del juez que ejerce las funciones de control de garantías, y menos sin hacer referencia a la política Criminal, que dicho sea de paso, lo primero que se debe hacer es definir.

Sumado a lo anterior: definición de una política criminal, motivos definidos en la ley, y control del juez de garantías, tenemos que la aplicación del mencionado instituto se exceptúa en los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Publica en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

2.2.- Control de Garantías. Determinado como función en cabeza de un juez, y no como un cargo⁴⁵, distinto del de conocimiento, es el llamado a ejercer el control previo al principio de oportunidad, a las órdenes de captura⁴⁶, a la afectación de derechos fundamentales: inspección corporal, registro personal, obtención de muestras que involucren al imputado y órdenes frente a las víctimas de delitos sexuales⁴⁷. Igualmente va a realizar el control posterior al

⁴⁴ Véase Diario Oficial No. 44.872 del 19 de julio de 2002.

⁴⁵ Véase Gaceta del Congreso 553-2002. Informe de Ponencia para Segundo Debate en la Segunda Vuelta al Proyecto de Acto legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002.

⁴⁶ Véase sentencia de la Corte Constitucional C-730 de 2005.

⁴⁷ Véase sentencia de la Corte Constitucional C-822 de 2005.

diligenciamiento de las órdenes adoptadas por el fiscal: registro, allanamiento, interceptación de comunicaciones, interceptación de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por Internet, búsqueda selectiva en bases de datos, exámenes de ADN que involucran al imputado y empleo de agentes encubiertos, entre otros. Y finalmente en audiencias de trámite realizará la legalización de la captura, de los elementos, ante él se realizará la formulación de la imputación, resolverá la situación jurídica, dispondrá las medidas sobre los bienes, determinará la libertad provisional, la practica de pruebas anticipadas, y adoptará las medidas necesarias para conservar la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas⁴⁸.

2.3.- Juez de Conocimiento. Ante él la Fiscalía General de la Nación debe adelantar las siguientes actividades:

2.3.1.- Presentar escrito de acusación, con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

En relación con el juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, debemos señalar que las diligencias practicadas en la etapa sumarial pasan a ser simplemente actos preparatorios del juicio, y como tales, constituir medios de investigación y no de prueba⁴⁹. Así el juicio se convertirá en el principal escenario del debate probatorio⁵⁰, dónde se va a judicializar la prueba y dar plena aplicación a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, intermediación, defensa, igualdad y celeridad⁵¹.

⁴⁸ Acto Legislativo No. 03 de 2002. Artículo 2. El Artículo 250 de la Constitución Política.

⁴⁹ Véase FERNÁNDEZ LEÓN Whanda. Fiscalía Juez y Parte. Ediciones Librería del Profesional. 1996. Prólogo.

⁵⁰ Artículo 318 de la Ley 906 de 2004 Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

⁵¹ Véase Ernesto CHIESA APONTE, Derecho Procesal Penal de puerto Rico y Estados Unidos, Bogotá, 1993, Tomo III, pág. 466.

2.3.2.- La preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

2.3.3.- Las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

2.3.4.- En el evento de presentar escrito de acusación, deberá suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

2.4.- Fiscalía General de la Nación. Frente a las funciones que la Fiscalía General de la Nación debe adelantar como ente investigador y acusador, consideramos que las señaladas se ajustan a lo mínimo y en consecuencia debe propender porque se cumplan. Estas son:

2.4.1.- Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtener la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder con ello.

2.4.2.- Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley figura los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restauradora.

2.4.3.- Dirigir y coordinar las funciones de política Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

2.5.- Víctimas. A ellas el Acto legislativo les dedica el numeral 1º, 6º y 7º del Artículo 250 de la Carta Política. El primero frente a las solicitudes que la Fiscalía puede hacer al funcionario que ejerce la función Juez de Control de Garantías, para asegurar la protección de la víctima. El segundo también frente a las solicitudes que puede presentar la Fiscalía al juez de Conocimiento frente a las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. El ter-

cero frente a la función de la Fiscalía de velar por su protección, y frente a los términos en que podrán intervenir en el proceso penal y como ejercerán los mecanismos de justicia restaurativa.

Sobre las víctimas, si bien podemos decir, porque además así se les ha reconocido, que tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación⁵², en un sistema acusatorio existen tres funciones claramente diferenciadas: acusación, defensa y juzgamiento, sin que por ello su presencia sea necesaria en el proceso penal, pues tratándose del derecho a la reparación se puede ejercer ante la jurisdicción civil, y frente a los otros derechos: verdad y justicia, estos los debe garantizar el Estado a través de la Fiscalía y de la Judicatura.

2.6.- Ministerio Público. Definitivamente es un aspecto importante de estudiar, primero porque aparece en el parágrafo del artículo 250 de la Carta Política el cual está reservado a las funciones de la Fiscalía General de la Nación⁵³, y no a las del Ministerio Público⁵⁴. Y segundo porque no era necesario hacer un estudio de ésta institución, en razón a que su intervención en los procesos judiciales ya se encontraba reconocida en la Carta Política⁵⁵.

3.- Artículo 3º modificó el artículo 251⁵⁶.

En relación con las funciones consagradas en el Artículo 3º del Acto Legislativo, referentes al Artículo 251 de la Constitución Política, consideramos que las de investigar a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución, las de nombrar y remover a los

servidores públicos de la dependencia, las de participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto, así como las de suministrar al gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público, asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, no tienen ningún inconveniente, porque ellas surgen de sus funciones.

Pero que, bajo el prurito de los principios de unidad de gestión y de jerarquía⁵⁷, para determinar el criterio y la posición que la entidad deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados, consideramos que es otro aspecto importante para estudiar, porque aunque se hayan suprimido en su mayoría las funciones judiciales de la Fiscalía es un hecho cierto que la entidad aún forma parte de la Rama judicial, y tiene facultades para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, y como tal los Fiscales delegados deben someterse al imperio de la ley en los términos establecidos en el artículo 230⁵⁸ de la Carta Política, y no al de superior jerárquico.

4.- En cuánto a la Defensa Pública el Acto Legislativo No. 03 de 2002 creó el sistema Nacional de Defensoría Pública⁵⁹ el cual se espera su fortaleci-

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002.

⁵³ Ver Artículo 2 del Acto legislativo No. 03 de 2002. Parágrafo.

⁵⁴ La Constitución Política de 1991 contempla en sus artículos 275 a 280 las Funciones de la Procuraduría General de la Nación, y del Procurador General de la Nación.

⁵⁵ Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

7.- Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".

⁵⁶ Véase Artículo 251 de la Constitución Política.

⁵⁷ Artículo 3º El artículo 251 de la Carta Política quedará así:

"Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

3.- (...). Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley". Este numeral fue declarado EXEQUIBLE en la Sentencia C-1092/03. Referencia: expediente D-4489. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro TAFUR GALVIS. diecinueve (19) de noviembre de dos mil tres (2003).

⁵⁸ Art. 230. Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. (...).

⁵⁹ Inciso 3º del artículo 4 transitorio: "(...) El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública".

miento para estar o por lo menos procurar permanecer en igualdad de armas frente a la Fiscalía General de la Nación.

5.- Se determinó que la aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva, debiendo quedar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del año 2008.

6.- Como consecuencia de lo establecido en el Acto legislativo No. 03 de 2002⁶⁰, se expidieron, entre otras, la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” y la Ley 890 de 2004 “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.

III. LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN EN LA LEY 906 DE 2004

Con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”, de diciembre 19 de 2002, y con su reglamentación contenida en el Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, se sentaron las bases para hablar en Colombia de un sistema procesal penal acusatorio.

En estas disposiciones se definieron los roles de las partes y de los intervinientes en el proceso penal: policía nacional, policía judicial, perito, fiscal, juez de control de garantías, ministerio público, víctima, imputado, defensa y juez de conocimiento.

⁶⁰ Artículo 4. Transitorio. Confórmase una comisión integrada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador general de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelantar el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes (...)

También se estructuró un sistema procesal en el que el juicio es el principal escenario del debate probatorio.

Al pasar de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio dejamos atrás el principio de la investigación como principal escenario del debate probatorio y el principio de permanencia de la prueba, que era su consecuencia, por el del juicio como principal escenario del debate probatorio.

Esta situación nos obliga a adoptar reglas claras y específicas frente al manejo de la escena del delito y la cadena de custodia, los informes que la policía nacional debe presentar a la policía judicial, y los que estos a su vez presentan al fiscal, para luego realizar el procedimiento de legalización ante el juez con funciones de control de garantías -primer examen de legalidad- y finalmente para lograr que en juicio, ante el juez de conocimiento, se admita lo solicitado y no se excluya por ilegal –segundo examen de legalidad–.

Al pasar a ser el juicio el principal escenario del debate probatorio, los actos anteriores a él son actos de investigación o de preparación, y no actos de prueba.

Por eso para que puedan ser considerados como prueba en el juicio, deben ser descubiertos por la Fiscalía en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de la acusación, y por la defensa en la audiencia de formulación de acusación y en la audiencia preparatoria, y luego admitidos en la audiencia preparatoria una vez demuestren además de pertinencia, conducencia y utilidad, legalidad, de lo contrario se inadmiten o excluyen.

En el sistema procesal anterior al Acto Legislativo No. 03 de 2002 y en consecuencia a la Ley 906 de 2004, todos los medios de prueba: inspección, testimonio, documento, dictamen, una vez eran allegados a la actuación adquirían el carácter de prueba, sin que estuvieran sujetas a una reglas claras y precisas de admisibilidad, exclusión o rechazo.

Como el principal escenario del debate probatorio era la investigación y a su vez regía el principio de permanencia de la prueba, con ésta prueba obrante en la actuación se podían adoptar decisiones judiciales en cualquiera de las etapas procesales, y solo quedaba en manos del funcionario judicial de turno: fiscal o juez, determinar su pertinencia y conducencia.

Frente a su legalidad, si está era objetada por alguno de los sujetos procesales: Fiscalía Ministerio Público y Defensa, o de oficio por el propio juez procedía su nulidad, sin que se hiciera referencia a su exclusión.

En cuanto a la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, la Ley 906 de 2004, determinó su exclusión en los casos generales y en los particulares como el caso de los registros y allanamientos, los eventos en las que puede ser utilizada en materia de registros y allanamientos: fines de impugnación, y los eventos en los que puede ser utilizada de manera general: vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley y los momentos procesales para invocarla: audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías o en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, cuando la defensa se abstuvo de intervenir en ella, o sólo en la preparatoria.

En un primer momento encontramos entonces que existe una situación general en la que se aplica la cláusula de exclusión⁶¹ y otra particular como la que se aplica en los registros y allanamientos⁶², y así obtenemos las primeras conclusiones:

a).- Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho.

b).- Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales debe excluirse de la actuación procesal.

⁶¹ Artículo 23. Cláusula de exclusión. 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 sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

⁶² Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación (...).

c).- Las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia, deben excluirse de la actuación procesal.

A efectos de la diligencia de allanamiento y registro tenemos entonces que estos se deben practicar con la observancia de las prohibiciones constitucionales y de las previsiones contenidas en la norma procesal, dentro de las que se encuentran las de realizarse con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado⁶³, deben existir motivos razonablemente fundados⁶⁴, motivos fundados con soporte probatorio,⁶⁵ la orden deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar⁶⁶, observancia de procedimientos⁶⁷, plazos de diligenciamiento de la orden⁶⁸, observancia de reglas señaladas en la ley⁶⁹, reglas específicas en los casos de un allanamiento especial⁷⁰, reglas en los casos de flagrancia⁷¹, y levantamiento del acta respectiva⁷².

Caso en el cual de no cumplirse con estos requisitos, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación.

Un segundo aspecto que debemos observar es sí las pruebas obtenidas en tales condiciones se pueden o no utilizar, y encontramos que sí. Una por impugnación⁷³ en materia de registros y allanamientos, y otra

⁶³ Art. 219 del nuevo C.P.P.

⁶⁴ Art. 220 del nuevo C.P.P.

⁶⁵ Art. 221 del nuevo C.P.P.

⁶⁶ Art. 222 del nuevo C.P.P.

⁶⁷ Art. 223 del nuevo C.P.P.

⁶⁸ Art. 224 del nuevo C.P.P.

⁶⁹ Art. 225 del nuevo C.P.P.

⁷⁰ Art. 226 del nuevo C.P.P.

⁷¹ Art. 229 del nuevo C.P.P.

⁷² Art. 227 del nuevo C.P.P.

⁷³ Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos (...). Y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

Artículo declarado exequible, por el cargo analizado, salvo el aparte tachado que se declara INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

general utilizando cuatro criterios: vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley⁷⁴, sin embargo advertimos que son tres, porque la ley no estableció otros, y al final nos quedamos sin nada, salvo lo que se obtenga del derecho comparado, por no estar los otros tres definidos en la ley procesal penal.

Estos aspectos nos generan inconvenientes, en razón a que en principio la prueba obtenida con violación del debido proceso y las que de ella se deriven, se deben excluir de la actuación, sin embargo, al poder ser utilizadas con fines de impugnación, y en los eventos mencionados en el Art. 455 del CPP, encontramos que el principio general de exclusión contenido en la Carta Política tiene excepciones.

Sobre el primer aspecto relacionado con su utilización para fines de impugnación, vale la pena resaltar las posiciones que sobre su aplicación se han presentado en Estados Unidos y Puerto Rico, países estos, especialmente el primero, con una gran tradición en el sistema acusatorio, para advertir que la cuestión no es tan fácil, y que bien valió la pena haber dado una mayor discusión en Colombia para su aprobación, pues por un lado constituye una excepción y por el otro no se hace precisión a la impugnación de quién ¿acusado o testigos?.

En ese sentido al revisar la obra de Luís E. Chiesa Aponte "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos" Bogotá, 1993, Tomo III, Pág. 295, se plantea como un subtítulo el siguiente: "6.3 Excepción a la Regla de exclusión: impugnación de credibilidad del acusado".

Obsérvese que ya en éste subtítulo se está hablando de una excepción a la regla de exclusión, luego sí la descripción del inciso final del Art. 29 constitucional, es clara y no admite excepciones, podríamos entonces -salvo que el Código de Procedimiento Penal éste reglamentado la cláusula de exclusión, como lo indicó en las sentencias C-591 y C-1154 de 2005- decir que estamos en presencia de una inconstitucionalidad.

⁷⁴ Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Ahora bien frente a la impugnación de las declaraciones del acusado en Estados Unidos tenemos el caso *Walder v. United States*, en el que la Corte Suprema Federal resolvió que la Regla de exclusión no es impedimento para que el ministerio fiscal utilice la evidencia obtenida en violación de la Enmienda Cuarta para impugnar las declaraciones del acusado en su examen directo⁷⁵.

De otro lado en el caso *James v. Illinois* la Corte Suprema indicó que no es admisible evidencia obtenida en violación de la Enmienda Cuarta para impugnar a testigos de defensa que no sean el acusado mismo; eso es imperativo constitucional federal⁷⁶.

Por su parte en Puerto Rico no se sabe cuál es el "estatus" de esta doctrina, porque el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de atender el problema⁷⁷.

Obsérvese como en la parte final del Art. 232 de la Ley 906 de 2004, sin precisar a qué tipo de impugnación se refiere, dice: "... por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependa del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación".

En cuanto a los criterios que se deben observar, como son el vínculo atenuado, fuente independiente, des-

⁷⁵ *WALTER V. United States* 347 US 62 (1954) citado por Ernesto CHIESA APONTE, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Bogotá, 1993, Tomo III, Pág. 295: "En *Walter* se imputó al acusado la venta de drogas en unas cuatro ocasiones. El acusado optó por declarar y dijo en el examen directo que nunca había comprado, poseído o vendido narcóticos; en conainterrogatorio se reafirmó en ello. El tribunal de instancia permitió al fiscal conainterrogar al acusado sobre cierta heroína que fue ilegalmente obtenida del hogar del acusado -y que había sido suprimida como evidencia en un procedimiento anterior contra el acusado-; el acusado negó el incidente y el tribunal permitió entonces al fiscal traer dos testigos que acreditaron la anterior incautación de heroína en posesión del acusado. El tribunal impartió al jurado la instrucción cautelar correspondiente, en términos de que se admitía tal evidencia, sólo con los fines de impugnar la credibilidad del acusado".

⁷⁶ Ob cit., pág. 303.

⁷⁷ Ob. cit., pág. 299.

cubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley, debemos señalar que la Corte Constitucional, luego que solicitáramos su inexecutable, por considerar que las excepciones establecidas en el Art. 455 de la Ley 906 de 2004 eran inconstitucionales al fijar excepciones a la regla general contenida en el Artículo 29 de la Carta Política, se pronunció en Sentencia la C-1154 de 2005⁷⁸, determinó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-591-05, al declarar exequible el Art. 455 de la Ley 906 de 2004, en razón a que la ley procesal penal reglamentó la norma constitucional.

Sobre estos vínculos la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, señaló lo siguiente:

“ (...) de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible⁷⁹ atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso⁸⁰; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito⁸¹;

De la lectura de ésta sentencia se advierte que para entender mejor estos eventos, se debe recurrir a la jurisprudencia extranjera, en razón a que el legislador, debiendo haberlo hecho, no lo hizo, y en consecuencia no los definió.

Finalmente, en relación con la oportunidad procesal para acudir a la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, tenemos que se puede hacer en audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías⁸² o en la audiencia preparatoria⁸³ ante el juez de conocimiento, cuando la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia preliminar.

CONCLUSIONES

Se tiene entonces que para estudiar el concepto del debido proceso y en él la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se debe estudiar la Constitución Política de 1991, partiendo del modelo de Estado adoptado: Social de Derecho, para llegar a los Derechos Humanos, tanto los reconocidos en la propia Carta Política, como los que se encuentran en los Instrumentos Internacionales, y por ello hablamos de la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal.

Y en ese sentido se debe analizar el Acto Legislativo No. 03 de 2002 «Por el cual se reforma la Constitución Nacional», de diciembre 19 de 2002”, en la medida que define un sistema procesal de tendencia acusatoria, el cual tiene reglas propias frente a la prueba ilícita.

Terminamos entonces en la Ley 504 de 1999, que fija procedimientos frente a la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales.

En ese sentido, necesariamente, se debe destacar la reglamentación que hace la ley frente a la exclusión de la prueba ilícita de manera general y particular en los casos de registros y allanamientos, con la claridad que sólo se puede utilizar para fines de impugnación,

⁷⁸ Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939).

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920).

⁸¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, asunto *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984).

⁸² Artículo 238. Inimpugnabilidad de la decisión. La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.

⁸³ Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código.

o cuando proceda alguno de los criterios mencionados como son los de vinculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y los demás que señale la ley, los momentos procesales para invocarla: audiencia preliminar ante el juez con funciones de control de garantías o en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento.

Sin embargo, reclamamos una mayor precisión legal frente al vinculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable.

Por esa razón, debemos señalar que la segunda guerra mundial, como todas las guerras, dejan victimas y causan demasiados daños, sin embargo, gracias a ella - y precisamente para no volver a caer en lo mismo - fue que los países asumieron el tema de los derechos humanos, como un compromiso internacional, y ellos se han encargado de propiciar estos cambios constitucionales y legales en función de las garantías judiciales.

Y es precisamente ese reconocimiento y protección el que llega al tema de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, en razón, a que con la cláusula de exclusión, se ponen límites a la actuación del Estado en la investigación penal.

Esto nos permite demostrar que el Estado colombiano como Estado Social de Derecho que es, protege y respeta las garantías judiciales, sin que tenga más derechos que los de las personas investigadas.

Por eso insistimos en señalar que el desconocimiento de los derechos humanos dentro de la actuación procesal conlleva necesariamente a que se declare la ilegalidad de la actuación y en consecuencia a que se excluya la prueba obtenida con ese procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL CUÉLLAR Jaime, MONTEALEGRE Lynett Eduardo. El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 5ª Edición. 2005.

CHIESA APONTE, Luis E. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Bogotá: 1993.

GRANADOS PEÑA, Jaime Y HARTMAN, Mildred. El Diseño del Nuevo Proceso Constitucional. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto legislativo 03 de 2002 y Documentos de trámite Tomo II. Corporación Excelencia en la Justicia. 2003.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Fiscalía juez y parte. Ediciones Librería del Profesional. 1996.

MAIER, Julio. Democracia y administración de justicia penal en iberoamérica en reformas procesales en América Latina. -La Oralidad en Los Procesos. Santiago de Chile: Corporación de promoción Universitaria, 1993.

RIEGO, Cristián. Informe Comparativo proyecto 'Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina'. Revista Sistemas Judiciales. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Argentina. Año 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002

SAAVEDRA ROJAS, Édgar. Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1995.

VALLEJO, Manuel Jaén, Derechos fundamentales del proceso penal, Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

VARGAS, Juan Enrique. Curso de reformas a la justicia en América Latina y derechos fundamentales. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University Washington College of Law, Mayo 28 a Junio 14 de 2002.

Declaraciones:

Declaración de independencia (1776)

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Documentos Legislativos:

Diario Oficial No. 44.872 del 19 de julio de 2002.

Gaceta del Congreso 553-2002. Informe de Ponencia para Segundo Debate en la Segunda Vuelta al Proyecto de Acto legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002.

Instrumentos Internacionales	C-1319 de 2001.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968).	SU-159 de 2002.
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Ley 16 de 1972).	C-822 de 2005.
	C-730 de 2005.
	C-1154 de 2005
Sentencias Corte Constitucional	Constitución Política de 1886.
C-225 de 1995.	Constitución Política de 1991.
C-578 de 1997.	Acto Legislativo No. 03 de 2002.
C-400 de 1998.	Ley 906 de 2004.
T-588 de 1999.	