

LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO*

POISONED FRUITS TREE THEORY IN THE COLOMBIAN PENAL PROCEDURE

Por: Ricardo Antonio Méndez Díaz**

43

43

RESUMEN: En materia de Derecho Probatorio Penal, lo que se busca es el reconocimiento de la verdad material o histórica (de los hechos humanos) y no simplemente la planteada por las partes, por eso, es por lo que previamente al interior de nuestra Constitución Política se contemplan los principios de igualdad ante la ley, debido proceso y dignidad humana; buscando así la protección de los principios generales de la prueba en su libre apreciación, legalidad y licitud, los cuales se fundan con posterioridad en los elementos necesarios que tendrá el juez para sustentar la condena o absolución.

PALABRAS CLAVE: Prueba lícita, Prueba ilegal, Prueba envenenada, Derechos fundamentales, Derecho de intimidad y Reglas de exclusión.

ABSTRACT: *In the Colombian penal prove procedure, recognition of the material truth or historical truth (human acts) is what it is looked for in our system, not to simply take the truth told by the parties. For this reason, it is developed inside our Political Constitution the principles of equality, due process and human dignity, which are the preservation and protection of prove in itself appreciation, legality and lawfulness. These are founded eventually in the necessary elements that the judge will be taking into account to explain the final sentence.*

KEY WORDS: *Lawful prove, Unlawful prove, Poisoned prove, Principle rights, Right to intimacy and Exclusion rules.*

Fecha de recepción: Junio 15 de 2010
Fecha de aprobación: Agosto 24 de 2010

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación sobre “La teoría de los frutos envenenados”, y fue realizado con recursos asignados al grupo de investigación en Derecho Público de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC.

** Abogado, Universidad Libre. Magíster en Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Universidad Católica de Colombia. Director del Área de Derecho Penal, Corporación Universitaria de la Costa, CUC. ricardoamd263@gmail.com/rmendez3@cuc.edu.co

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

44

La introducción de principios acusatorios en el sistema penal colombiano ha generado una discusión sobre la extensión de los Derechos Fundamentales frente al proceso penal. Es así que existen al interior de las Constituciones los límites para el ejercicio de la persecución penal por parte de los Estados, siendo visto el Derecho Probatorio, y en especial la prueba como una hoja de papel que se cruza entre los principios fundamentales y los intereses de la sociedad.

Cuando en teoría jurídica se hace referencia a la “*Constitucionalización del Derecho*”, se entiende que debe aplicarse directamente la Constitución (como marco¹) por encima de todo, esto indica que cuando se esté ante la afectación de dos principios (de un lado uno legal y del otro uno constitucional), se tendrá por respuesta la salvación indiscutible de los principios constitucionales debido a que es irrefutable señalar que ellos responden a criterios de protección general.

En la sociedad moderna al referirnos a los conceptos de prueba ilícita, se debe entender como aquella que es obtenida con violación de derechos y garantías fundamentales, con base en las fuentes de la prueba; a diferencia de lo que ocurre con la prueba ilegal (Artículo 360 C.P.P.), la cual es considerada como aquella que su obtención se realiza violando previsiones normativas probatorias a nivel de los actuales medios de conocimiento. Lo que se impone es interpretar el Artículo 29 de la Constitución Política que consagra la regla general de exclusión probatoria al disponer lo siguiente: “*Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. De manera armónica y en consonancia con el ordenamiento jurídico penal, podemos decir, que esta regla genera consecuencias distintas dependiendo de si se trata de una prueba ilícita o de una prueba ilegal.

Es por ello, que resulta pertinente advertir, desde ya, que es muy escaso el tratamiento teórico y práctico que en Colombia trata de darse para resolver el dilema procesal entre lo que el Estado Social de Derecho debe magnificar; si es por un lado la Justicia (*darle a cada cual lo que se merece de acuerdo a lo que ha hecho*), o si por el otro lo es, la Búsqueda de la Verdad (*como fundamento del ordenamiento adversarial*).

Esta consagración expresa, entiende por prueba ilícita aquella que se obtiene con vulneración de los Derechos Fundamentales de las personas (reconocidos en su condición de seres humanos y sociales), entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación y aquellas en donde cuya producción, práctica o



1. Sentencia C-590 de 2005 Corte Constitucional.

aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes; sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida. En este sentido, sin importar el motivo, la prueba ilícita deberá ser excluida y no puede formar parte de los elementos de convicción que utilice el operador jurídico (*juéz*) para adoptar cualquier decisión en el asunto sometido a su conocimiento, a su vez este tampoco podrá anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

En Derecho Penal debe considerarse como objeto del Proceso Penal colombiano al hombre, (comprendido en todas las partes) visto estáticamente con sus derechos y garantías; sin embargo, en esencia hay que hablar es del hombre imputado, acusado, procesado, condenado o inculpado, atendiendo a que de las partes en el proceso, él es el más importante.

Razón por la cual, se reconoce que el Derecho Penal es una Carta de Garantía de los derechos del delincuente (*del que está sometido en el proceso o del que puede por cualquier motivo llegar a él*)².

De lo anterior, se entenderá que la finalidad (como principio del proceso), será la de darle dinámica al objeto del Proceso Penal, en otras palabras esto es lo que se considera como el objeto en movimiento.

La Doctrina y la Jurisprudencia consideran a la prueba prohibida como no necesaria de declararla, aunque sí es conveniente, sobre todo pensando en los demás sujetos procesales. En la doctrina nacional se han acogido los conceptos probatorios señalados por *los procesalistas* al considerar, que a una prueba inexistente, basta simplemente con no tenerla en cuenta, debido básicamente a que con ella se quebrantan los fundamentos constitucionales del nuevo modelo procesal penal (Ley 906 de 2004). Generalmente la inexistencia tiene que ver con una prueba que se puede considerar de forma aislada, por violación del principio de requisitos y nulidades, bastará simplemente con declarar la inexistencia de ella.

La prueba ilícita, está dañada o podrida, por afectación de los derechos fundamentales y todo lo que emane directa o indirectamente de ella. Cosa que no suele suceder con la prueba irritual o ilegal, que es sola, pero si de ella se desprenden otras, habría que analizar el caso de manera particular en sus condiciones de modo, tiempo y lugar. Este análisis, cualquiera que fuese la prueba, legal o ilegal, permite una lectura constitucional al procedimiento, logrando firmeza a los principios de oralidad, legalidad, publicidad, concentración, inmediatez y inmediación de prueba; lo anterior, ejercita una de las teorías más importantes del nuevo ordenamiento penal como lo es la de exclusión de evidencias derivadas de la teoría de los frutos envenenados (Artículo 455 C.P.P.).

2. PÉREZ PINZÓN, Álvaro. *Principios generales del proceso penal*. pp. 25 y ss.

En la medida en que avanza el proceso, se puede llegar en juicio a la práctica de una prueba que no cumple con los requisitos formales, que afecta en un momento determinado al procesado, e imaginemos que su defensor en adelante guarda silencio como estrategia de defensa y no se ocupa del tema probado; por consiguiente, se presenta la convalidación, la conformidad o el acuerdo pero con la irregularidad (*por ello se hace conveniente, declararla fundamentando las razones por las cuales se declara inexistente*). Estos efectos en las teorías de las prohibiciones probatorias permiten considerar al interior de nuestro sistema las doctrinas jurídicas foráneas sobre: La fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado y las excepciones a la exclusión.

¿Por qué el Principio de Exclusión Probatoria es utilizado permanentemente por los operadores jurídicos? se entenderá que ello responde a las siguientes consideraciones:

- Se agrega con el fin de proteger la incolumidad del sistema penal.
- Se agrega también para defender la reputación del sistema penal y del Estado.
- Se agrega para recuperar y lograr la confianza y respeto de la justicia material con la verdad procesal.

No existe legislación internacional que desconozca la regla de exclusión de la prueba ilícita, por ende es “*nula de pleno derecho*” y eso lo reconocen todas las Jurisdicciones y Jurisprudencias de las Cortes del mundo.

¿Qué sucede con las pruebas derivadas o secundarias que emanan de la teoría del fruto prohibido? Como es apenas lógico es el punto de partida del principio de proporcionalidad, los Frutos del Árbol Podrido o Envenenado también son considerados en primera instancia como prohibidos o envenenados, y no serán prohibidos los que no estén envenenados.

Existen cuatro doctrinas con respecto a la prueba catalogada como ilícita, y en lo que debemos hacer énfasis para iniciar un análisis, pudiendo con ello establecer conclusiones, sobre si es factible utilizarla como medio de conocimiento al interior del sistema acusatorio.

Ellas son: 1) La doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), 2) La doctrina del entorno jurídico, 3) La doctrina del principio de proporcionalidad y 4) La doctrina de los frutos buenos del árbol envenenado.

1. Aquí al restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida se afecta a aquellas otras que si bien son en sí mismas legales, no obstante están basadas en datos adquiridos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.

2. Dice el tratadista JAIRO PARRA QUIJANO: En Alemania, el Tribunal Supremo Federal para Asuntos Civiles y Causas Penales (B.G.H.), ha desarrollado la “teoría del entorno jurídico”, sobre la cual escribe Juan Luis Gómez Colomer, en cuya virtud la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente, acerca de la práctica de las mismas, depende de si “la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación solo ha sido para él algo secundario o sin importancia”³.
3. Continúa el mencionado profesor PARRA QUIJANO: “Para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas”⁴.
4. El doctor GUSTAVO MORALES MARÍN, define la doctrina así: en algunas ocasiones, la realización de la prueba ilícita puede dar origen al hallazgo de las denominadas pruebas objetivas, como en el caso de un allanamiento arbitrario cumplido con el propósito de hallar un vehículo hurtado y en el cual es sorpresivamente encontrado un cargamento de estupefacientes.

Es evidente entender que en la nueva legislación procesal penal en Colombia, se adopta la primera doctrina, esta es, la de los frutos del árbol envenenado, al estatuir en su normatividad, lo siguiente:

“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 solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

De acuerdo con la relación del artículo anterior del estatuto procesal penal, la cláusula de exclusión solo es aplicable de prueba derivada de una obtenida con violación de las garantías fundamentales.

Recuérdese además que existen otras corrientes que permiten darle valor a las pruebas ilícitas, a las cuales también haremos mención:

3. PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. pp. 20-25.

4. *Ibid.*, pp. 26-32.

a) La escuela jurídica, sostiene que la prueba debe ser valorada, independientemente de su obtención, por medios ilícitos

La primera escuela se fundamenta en la búsqueda de la verdad, la cual le servirá al juez como base para encontrarla, sin importar el medio en que se haya podido conseguir, independientemente del castigo o la sanción que, penal, disciplinaria o civilmente, se le pueda imponer a aquella persona que empleó los medios ilícitos para obtenerla. De esta manera se busca obtener dos resultados: el primer resultado es la consecución de la verdad por medio de la prueba ilícita, pues sirve de fundamento al juez para el inicio del proceso y en segundo lugar asegura por medio de dicha sanción, que aquellos que obtuvieron la prueba de forma irritual, no vuelvan a actuar de dicha forma.

Es una de tantas críticas a esta posición, pues establece que el proceso judicial estaría perdiendo toda Legitimidad, Ética y Moral, puesto que el Estado se estaría situando al nivel de los criminales, al delinquir buscando a toda costa la verdad dentro de investigaciones penales y de otra naturaleza.

b) La escuela jurídica que establece y acepta que la prueba ilícita debe ser excluida

La segunda escuela establece que solo podrán ser legítimos, en los sistemas políticos democráticos, en la medida en que los elementos se logren mediante algunos métodos o procedimientos ilícitos. Basada en garantizar los Derechos Fundamentales de las personas, entre ellos el Debido Proceso, ya que no podría ser aceptada la prueba, como válida y eficaz, si contradice la estructura jurídico-política en que la organización social ha sido basada.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, contempla algunos efectos procesales que generan nulidad, toda vez, que la prueba al momento de ser allegada al juicio lo haga con vicios de presupuestos constitucionales y legales. Tal como lo establece el Artículo 455 de la Ley 906 de 2004:

“INEFICACIA DE LOS ACTOS PROCESALES.

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.

Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-59 de 9 de junio de 2005, Magistrada Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández”.

De ello se colige, que forma parte de la ineficacia de los actos procesales la declaratoria de prueba ilícita que se haga en el juicio de manera motivada; igual decisión de-

berá adoptarse para las pruebas que resulten impertinentes, inútiles y repetitivas.

Una manera para ilustrar y así comprender tal posición legislativa será entender lo que se ha declarado en el tema de registros y allanamientos:

“Artículo 232 C.P.P. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN MATERIA DE REGISTROS Y ALLANAMIENTOS. <Apartes tachados fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-210 de 21 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra>. 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.

Basta tener en cuenta que a esta conclusión se arriba de conformidad con la prueba ilícita y de las que emanan de ella directa o indirectamente.

EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ILICITUD E ILEGALIDAD PROBATORIA EN LOS SISTEMAS PENALES

Haciendo una evaluación sobre la ubicación constitucional o no de la Fiscalía y como se direccionan sus labores de Policía Judicial en el Derecho comparado, se debe advertir desde ya, que hay un problema de vinculación de esta al órgano ejecutivo o al jurisdiccional, de lo que puede sobrevenir por obvias razones, posibles influencias en la tutela de la justicia penal.

Mirando el caso para los Estados Unidos, la etapa anterior al juicio es prácticamente innominada, se le conoce como *Petrial*, entendiendo que un verdadero proceso comienza con la acusación y la investigación, la cual se asume como un problema meramente policial, el poder de acusar y la discrecionalidad son exclusivos del fiscal. Y en las mismas condiciones que en Alemania, la Fiscalía no está ubicada constitucionalmente, por lo tanto, hereda las instituciones francesas a partir de 1848.

Para España ocurre cosa distinta, allá sí existe una ubicación constitucional del Ministerio Fiscal, esto implica que exista una subordinación constitucional del fiscal al gobierno como órgano de interrelación entre los tres poderes (*Artículo 124 Constitución española*).

En el sistema de Italia, se aprueba el principio de imparcialidad del ejercicio de las funciones del Ministerio Público (Fiscalía), pero teniendo el carácter de obligatorio

del ejercicio de la acción penal (*Artículo 112 Constitución italiana*).

La imparcialidad proviene de la separación o independencia, reconociendo tal antecedente permitirá la formación de un proceso con posibilidad de controvertir pruebas, resistir la investigación y la acusación y debatir en la etapa de juzgamiento.

En Colombia, se presenta la ubicación constitucional de la Fiscalía (*Artículos 249 y 250 C.N. modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002*), lo que quiere decir que el Estado está en sus fines orientado hacia la búsqueda de la justicia material, donde el proceso penal no puede ser la excepción al interior de un Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido ha de comprenderse, que cuando el ciudadano sufre la intromisión del Derecho Penal en su universo de derechos fundamentales en la búsqueda probatoria de la verdad, no se puede pensar que ello deviene de un simple problema de la administración de justicia.

Por otra parte, los contenidos constitucionales de la Carta y el Tribunal Federal norteamericano utilizan durante la investigación la práctica de la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado (*Fruit of the Poisonous Tree Doctrine*), la cual es una metáfora legal utilizada en los Estados Unidos para describir toda evidencia que haya sido recopilada con ayuda de información obtenida ilegalmente. La lógica de la teoría radica en el uso de dicha terminología con el fin de establecer que la fuente de la evidencia, es decir, el árbol, se encuentra contaminado y cualquier cosa que se obtenga de este mismo lo estará también. Dicha evidencia no es admisible en la Corte. Esta doctrina es una extensión de la Regla de la Exclusión cuyo tema previene la evidencia obtenida con violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución, la cual no puede ser admitida en un juicio criminal. Esta teoría es utilizada con el fin de que la Policía americana evite utilizar dicha evidencia como medio para lograr un fin. Sin embargo, la doctrina tiene tres grandes excepciones y son las siguientes: primero, que dicha prueba haya sido descubierta como parte de un resultado completamente independiente, producto de otra fuente; segundo, que este a su vez hubiera sido descubierto inevitablemente de la fuente y tercero, que la relación de causalidad entre la acción y la evidencia contaminada esté demasiado atenuada.

En el Sistema Adversarial de Justicia Criminal, se habla de la noción de “*juego limpio*” la cual permea todo el ordenamiento jurídico estatal y refleja nociones fundamentales en el proceso. En el Debido Proceso se habla de que cierto tipo de conducta estatal puede ser una violación a la quinta (5ª) y decimocuarta (14ª) Enmienda de la Constitución Federal y por ello, se evalúan la legitimidad y la constitucionalidad de las actuaciones estatales a la luz del debido proceso.

De manera general, se advierte que el desarrollo probatorio en lo penal debe tener como norte la pretensión de que se haga justicia en cada caso si aceptáramos prácticas dentro del “juego limpio” y para eso se hace necesario maximizar reglas

en búsqueda de la verdad. Lo que quiere decir es: una justicia entendida como imparcialidad, la cual apela más al proceso que al resultado (John Rawls).

En los Estados Unidos, con frecuencia se debate sobre las reglas de exclusión y este fenómeno, con la denominada Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado, que se deriva del Evangelio de San Mateo.

Mateo 7:17-20: “Así, todo árbol bueno da fruto bueno, pero el árbol malo da fruto malo. El árbol bueno no puede dar fruto malo, ni el árbol malo dar fruto bueno. Todo árbol que no da buen fruto, se corta y se echa al fuego. De modo que ustedes los reconocerán por sus acciones.”

Su particular nombre se le debe al juez norteamericano *Frankfurter* quien acuñó la expresión en el año 1939 (los antecedentes de la doctrina se encuentran en la decisión *Silverthorne Lumbre Co. vs. Estados Unidos*, del año de 1920)⁵.

La Cuarta Enmienda de la Constitución del Estado norteamericano hace parte de la Carta de Derechos y establece el desarrollo de las reglas de exclusión así:

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

La Regla de la Exclusión es un principio legal en los Estados Unidos amparado constitucionalmente, y a su vez, establece que la evidencia que haya sido recolectada y analizada, violando los Derechos Constitucionales, es inadmisibles en la Corte Federal. En algunas circunstancias, por lo menos la Regla de la Exclusión puede ser considerada siguiendo el lenguaje constitucional, así como lo establece la Quinta

5. U.S. Constitution: FOURTH AMENDMENT.

Enmienda, para garantizar el Debido Proceso. Esta regla a su vez ha sido designada para encontrar solución a todas aquellas actuaciones judiciales de las cuales se obtiene evidencia ilegal, y de la cual se estarían violando la Cuarta y Quinta Enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos; lo cual, como se dijo anteriormente, estaría conduciendo a pesquisas y aprehensiones arbitrarias o forzadas.

La exclusión puede sonar a una burla de la justicia, ya que se puede poner en libertad a un individuo peligroso que escapó de la imposición de la pena por razones ajenas a su responsabilidad. Hoy la violación a la Cuarta Enmienda no acarrea automáticamente la exclusión de la prueba, sino que la prueba se excluirá si los beneficios de excluir la prueba son o pesan más que los costos, los cuales se miden a base del poder disuasivo que puede tener la Exclusión (1973 Tribunal Supremo *Caso Calandra*).

La supuesta excepción de buena fe a los registros irrazonables, mencionada por el Tribunal Supremo en el *Caso de León*, habla de que si un agente tiene una orden (supuestamente emitida por un juez) para registrar y resulta que el policía desconoce que es ilegal la orden, técnicamente viola la Cuarta Enmienda cuando registra con la orden porque ella resulta ilegal; pero el Estado manifiesta que el agente actuó de buena fe. En dicha decisión se argumentó que hay violación a la Cuarta Enmienda pero no podrá haber Exclusión, porque excluir la prueba no podrá disuadir al policía, ya que la Exclusión no puede tener efectos disuasivos.

Excluirla tiene un costo para la búsqueda de la verdad, y por ende tiene un costo para la consecución de la justicia, la nueva regla favorece maximizar la búsqueda de la verdad, pero sacrifica el juego limpio, porque es obvio que el proceso es arbitrario, la exclusión o no de la evidencia no depende de la conducta del Estado o del imputado; sino depende de cosas ajenas a la voluntad.

Las reglas y sus excepciones son construidas por la Corte Suprema de Justicia a partir de algunos métodos de interpretación que comprenden formas de ponderación, como el balanceo o el análisis costo-beneficio, pero luego de que estas reglas han sido establecidas incluyendo sus excepciones, los jueces deben aplicarlas rigurosamente sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto, y se pueda evitar que un crimen grave quede en el velo de la ignorancia o bajo el amparo de la impunidad, sacrificándose así la verdad real.

Volviendo al caso alemán, el Tribunal Federal en Alemania, se ha referido también sobre el particular de esta manera:

“En Alemania no existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita sino una potestad del juez para determinar en cada caso concreto cuando una prueba obtenida con violación del Derecho, ha de ser desestimada, utilizando un método de ponderación de

múltiples factores jurídicamente relevantes⁶.

A su vez, Alemania basa su posición al igual que lo hace Italia, en el Principio de Proporcionalidad, en que el juez pueda sopesar en cada caso determinado si la prueba, consecuencia de otra lograda ilícitamente, debe ser estimada o no, utilizando un procedimiento de ponderación de múltiples factores relevantes y pertinentes.

La Constitución germana⁷ señala las medidas de la investigación penal que adopta el legislador para que resulten admisibles las prácticas judiciales en el Estado de Derecho, estas son:

No afectar la Dignidad Humana, reconociéndola como intangible (*Artículo 1º*).

1. Principio de Estado de Derecho (*Artículo 20 inciso 3º*).
2. La protección judicial de los Derechos Fundamentales (*Artículo 19 inciso 2º*).

CONCLUSIONES

En Colombia, puede hacerse un recorrido sobre la evolución de la Prueba Ilícita y sus avances en el tiempo; la Constitución de 1886 y el Código Procesal Civil de 1970, contienen los primeros pasos en el avance para ser esta reconocida como tal. En la Carta de 1986, el Título III, consagraba los Derechos Civiles y las Garantías Sociales del Ciudadano, entre los cuales se consagraban: el debido proceso, los derechos

6. La ineficacia probatoria de la prueba ilícita en el proceso penal ecuatoriano. Trabajo publicado en el Libro de Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología Bogotá-Colombia, octubre 24 al 26 de 2006, Editorial Leyer, pp. 215-221. Referido documento que además fue expuesto como conferencia en el Auditorio Virginia Gutiérrez de la Universidad Nacional de Colombia el 26 de octubre de 2006. Las excepciones a la regla de exclusión probatoria no solo han sido una preocupación estadounidense, sino que guardan también su apogeo en Europa continental, en países como Alemania en donde la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se ve aminorada por la presencia del criterio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), razonamiento que es aplicado por los tribunales de Alemania Federal siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, equilibrando la contraposición de valores fundamentales que se encuentren en tensión, la eficiencia y el éxito de la administración de justicia por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro. La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores.

Prueba Ilícita entonces, es la que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, en otras palabras, los casos en que para la obtención de prueba se vulnera uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución, dígame derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad de correspondencia, derecho a no autoincriminarse, derecho a la intimidad personal, derecho a la asistencia legal obligatoria, derecho a no ser incomunicado, entre otras, que son garantías básicas del debido proceso prescritas en los Arts. 23 y 24 de la Constitución Política de la República y en los Tratados, Convenios o Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, y que también son texto constitucional.

7. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal I, p. 1) enmendada por la Ley 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal I, p. 3.219).

de la persona a la integridad, vida, honra, libertad, intimidad e inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos, correos, entre otros. El Código Procesal Civil de 1970, estableció el rechazo de determinadas pruebas carentes de ciertas condiciones intrínsecas, entre ellas las legalmente prohibidas, quedando comprendidas dentro de estas las Pruebas Ilícitas.

Se ha reconocido a través de la historia que la intromisión más severa que puede sufrir un ciudadano en la esfera de sus derechos fundamentales proviene del Proceso Penal, por eso sería impensable que este sea solo un problema de administración de justicia (*Política Criminal*); la prueba en este campo tendrá que ser valorada conforme a los principios de exclusión que permite su actuación en el sistema acusatorio, evitando ilicitudes, esto es garantizando el respeto a los derechos fundamentales.

Es así, que para el Sistema Penal colombiano la Fiscalía debería estar radicada en el poder ejecutivo y, como guardián de la legalidad, le correspondería la tarea de cumplir las leyes en su sentido de justicia material (*Acusación*) orientándose en la búsqueda de la verdad lo más dinámico posible; por ello su rol debe ser independiente requiriendo de unos controles que son realizados por el Juez con funciones de Control de Garantías.

Para ello, la jurisprudencia de las Cortes, en materia de pruebas ilícitas e ilegales, deberán seguir marcando derroteros de interpretación de las figuras en el campo probatorio, sumado a los desarrollos doctrinales que sobre el particular nos brinda el Derecho Comparado, los cuales permitirán construir criterios probatorios planos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai; BELLING, Ernest; GUERRERO, Óscar Julián (2009). *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá D. C.: Editorial Temis.
- AMBOS, Kai; MONTEALEGRE, Eduardo (2005). *Constitución y sistema acusatorio*. Bogotá D. C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL CUÉLLAR, J.; MONTEALEGRE LYNETT, E. (2004). *El proceso penal*. Bogotá D. C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BORJA NIÑO, Antonio (2003). *La prueba en el Derecho colombiano*. Bucaramanga: Editorial UNAB.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo (2008). *Derecho probatorio y pruebas penales*. Bogotá D. C.: Editorial Legis.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Perfecto*.
- IBÁÑEZ, Alfonso; RUIZ, Juan Carlos; BAYON MOHINO, Juan; TERRADILLOS BASOCO, Rocío; CANTERO, Bandres (trads.) (1995). Madrid: Editorial Trotta.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Los hechos en el Derecho*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos (2009). *La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*. Bogotá D. C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- GONZÁLEZ DAZA, Alfonso. *La prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y su exclusión en la Ley 906 de 2004*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Jurisprudencia - Corte Constitucional. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-159 de 2002 (Sentencia Unificada-Línea Jurisprudencial).
- Jurisprudencia - Corte Constitucional. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, C-822 de 2002.
- Jurisprudencia - Corte Constitucional. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, ST- 160 de 1993 (Sentencia de Tutela - línea Jurisprudencial).
- MORALES GODO, Juan (2002). *Derecho a la intimidad*. Perú: Palestra Editores.
- MORALES TÁMARA, Manuel (2009). *La investigación encubierta con fines judiciales con técnica especial de investigación*. Bogotá D. C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- MUÑOZ NEIRA, Orlando (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá D. C.: Editorial Legis.
- PARRA QUIJANO, Jairo (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D. C.: Ediciones Librería del Profesional.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro (2005). *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá D. C.: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- RUIZ VARA, Irina; CASTILLO ÁLVAREZ, Aurelio. *La prueba prohibida en el proceso penal*. 3er. Encuentro Internacional-Justicia y Derecho, Cuba, 2006.
- VARGAS VARGAS, P.; LONDOÑO HERRERA, T. (2005). *Las pruebas en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá D. C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.