

CLAUSULA DE EXCLUSION – Oportunidad, la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad, sino en la preparatoria o, excepcionalmente, en el trámite del juicio

Número de radicado	:	36562
Fecha	:	13/06/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada **ilegal** con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de **ilícita**, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de esta Corporación¹, en uno de cuyos pronunciamientos precisó²:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita³ es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o 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.”⁴

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

¹ Entre otras, en autos de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1º de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621.

² Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

³ *Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).*

⁴ *Sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.*

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”⁵.

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial⁶. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue 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 transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera 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. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁷, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una

⁵ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

⁶ Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

*prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “**motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.” (Subrayas por fuera del texto original)*

Conviene aclarar que la discusión en torno de la **exclusión** de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.

La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía debe ser si existieron, o existen –según se trate de control previo o posterior– motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corporación cuando aclaró:

“Valga decir, al Juez de Control de Garantías le corresponde establecer, tal como lo enseña la jurisprudencia constitucional, si determinada medida de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales practicada por la

Fiscalía General de la Nación se adecua a la ley, y si es proporcionada, en cuanto contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad. ⁸

Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de **declararse legal** dicho procedimiento.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, **es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación**, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores. Así lo ha entendido la Sala al precisar⁹:

“Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías.”

Y claro, en esa reflexión debe considerarse que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de aquella labor declarada ilegal, podría ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la **declaratoria de ilicitud** de los mismos, la cual se origina en

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

⁹ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310

violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación. Así lo ha precisado esta Corporación¹⁰:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Respecto de la ilicitud de dichos procedimientos, la Sala se ha ocupado específicamente de la captura en tales condiciones, sin perjuicio de que cobije también otros actos de investigación, en los cuales se violenten de manera grave derechos fundamentales, en las mismas condiciones de aquélla.

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

- a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad;
- b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud, con las consecuencias antes mencionadas; y,
- c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad; evento en el cual, los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio, tal como lo ha sostenido la Sala¹¹:

“Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será

¹⁰ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

¹¹ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento."¹²

De suerte que, no es como lo plantea la representante del Ministerio Público una nueva discusión sobre los aspectos ya decantados en la audiencia preliminar, sino que, lo que se discute en la preparatoria, es la legalidad de la prueba, la cual, de no superarse, su consecuencia inexorable es la exclusión, y si la fuente de su contaminación es la ilicitud, no sólo se excluye, sino que, además se anula toda la actuación a partir de la realización de dichos actos».

¹² *Ibidem.*