

PRUEBA - Concepto y aplicación ante la existencia de pruebas ilícitas e ilegales: Teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones – vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable–

Número de radicado	:	31127
Fecha	:	20/05/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La cláusula de exclusión, —tópico planteado por el libelista—, desde su consagración constitucional en el último inciso del artículo 29 del texto superior ha marcado la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca del régimen de la prueba ilícita, ampliado hoy no sólo a la infracción del debido proceso probatorio de cada elemento de convicción sobre su obtención, práctica y aducción, sino a cuando ello ocurre con la violación las garantías procesales o derechos fundamentales, de ahí que se hable de pruebas ilegales e ilícitas.

Tal postulado encuentra su desarrollo legal en los artículos 23, 445, 232, 237 y 360 de la Ley 906 de 2004 elevado como principio rector y garantía procesal que impone considerar nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, aparejando su extracción del caudal probatorio así como de los elementos de convicción que sean consecuencia o su existencia dependa de ella.

Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la “*Teoría de los frutos del árbol envenenado*”, (*fruit of the poisonous tree doctrine*) paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (*independent source*), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (*purged taint*) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.

La Sala con anterioridad ha precisado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas,

como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 23, 232, 237, 360 y 445

Número de radicado	:	30711
Fecha	:	27/05/2009
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Señala el libelista que debe declararse ilegal el registro del vehículo automotor y como consecuencia excluirse la evidencia obtenida a partir de su realización, esto es, el hallazgo de residuos de disparo de arma de fuego, que vincula a AN con el episodio violento investigado, y de paso, a PS con el mismo.

Al respecto conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Política señala que “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004, que señalan:

*“Artículo 23. **Cláusula de exclusión.** Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por la 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.”

*“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.”

Este contexto normativo otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales, tal como lo admitió la Corte Constitucional.¹

*En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la **regla de exclusión** entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio^{i[xxii]}, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales,*

*extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “*fruits of the poisonous tree*”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado^{ii[xxiii]}, fuente independiente^{iii[xxiv]} y descubrimiento inevitable^{iv[xxv]}.*

Al respecto de la disposición acusada, considera la Corte que el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Para tales efectos, el juez deberá adelantar una valoración acerca de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre unos y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso concreto».

Número de radicado	:	32193
Fecha	:	21/10/2009
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El vicio *in iudicando* de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan "nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso", imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 *ejusdem* en lo correspondiente con las elementos materiales probatorios,

¹ En sentencia C-591 de 2005.

evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de "inexistencia jurídica" y por ende de exclusión cuando de pruebas "ilícitas" o "ilegales" y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

En sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala de Casación Penal indicó:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

Se entiende por prueba ilícita la 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 cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.

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 prueba².

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa:

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita³.

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia -como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

³ A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (art. 224 C. Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades 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).

(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).

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella:

en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley⁴.

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen "nulos de pleno derecho" y que, de consecuencia, dichos resultados de "inexistencia jurídica" de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de

⁴ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto...*, ob. cit., p. 47.

aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las "inexistencias jurídicas" no pueden dar lugar a "reflejos de existencias jurídicas".

En efecto: si de acuerdo con los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 1, 12, 15, 28 y 29
Ley 599 de 2000, arts. 137, 178, 182, 184, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 224, 286, 287, 289, 442 y 444
Ley 906 de 2004, arts. 23, 181, 232, 360 y 455

Número de radicado	:	45619
Número de providencia	:	SP12158-2016
Fecha	:	31/08/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que *“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”*.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación⁵, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

En uno u otro caso, las consecuencias jurídicas son diversas (CSJ SP, 2 mar. 2005, Rad. 18103, CSJ SP, 1° jul. 2009. Rad. 31073, CSJ SP, 1° jul. 2009. Rad. 26836 y CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691). Invariablemente la prueba ilícita debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso, sin que puedan exponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Ahora, así como una prueba ilícita o ilegal sustancial debe ser excluida, de igual manera, el medio probatorio que de ella se derive debe correr la misma suerte, esto es, ser objeto de la cláusula de exclusión, asunto que en la doctrina anglosajona es abordado en la conocida *teoría del fruto del árbol envenenado*, en virtud del efecto espejo, dominó o también llamado reflejo.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven.

La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy estrecha relación inescindible entre aquella y este, capaz de lesionar la misma garantía⁶.

Aunque se alude a pruebas ilegales o ilícitas y en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 únicamente tienen la condición de *pruebas* las que han

⁵ Cfr. CC SU 159/02.

⁶ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

sido producidas y sometidas a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como las incorporadas anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, no hay duda que la ilegalidad o ilicitud también es predicable de los elementos materiales probatorios que, como en este caso, sirvieron de fundamento para que la juez de control de garantías expidiera la orden de captura en contra de MÁBV.

Si de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”* y la norma citada dispone que los *motivos fundados “deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física”*, se concluye que también los soportes demostrativos de los *motivos fundados* deben ser esencialmente legales y lícitos, pues de lo contrario deben ser objeto de la cláusula de exclusión.

Es cierto que la decisión por medio de la cual la Corte declaró ilegales los hallazgos derivados de los archivos electrónicos de alias [...] data del 18 de mayo de 2011 y que la audiencia reservada de solicitud de captura de BV, fundada en elementos probatorios producto de los mismos, ocurrió el 14 de abril de 2009. No obstante, es claro que el carácter ilegal de estos no deviene de que así fuera declarado por esta Sala, sino de su evidente recaudo irregular al producirse fuera del territorio colombiano por parte de autoridades que no contaban con facultades de policía judicial, las cuales se apartaron de la Constitución Política y, en especial, de los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos por Colombia, así como de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, quebrantando el debido proceso y el principio de legalidad.

Entonces, como el recaudo de los elementos informáticos de alias [...] en Sucumbíos, Ecuador, fue ilegal por contrariar las reglas dispuestas por el legislador para ello, los medios probatorios que de aquellos se deriven deben correr la misma suerte conforme a la *teoría del fruto del árbol envenenado*, de manera que los informes de policía judicial con base en los cuales la Fiscalía solicitó la captura de MÁB también son ilegales.

Ahora, tratándose de pruebas derivadas de una ilegal, como ocurre en este asunto, debe demostrarse que el denominado efecto espejo o dominó se proyecta en aquellas, siempre que se acredite una muy estrecha relación

inescindible entre una y otras, capaz de lesionar la misma garantía⁷, salvo los criterios señalados en el derecho anglosajón⁸ para tener como admisible la prueba derivada de una primaria excluida por ilegal, los cuales fueron acogidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y por la jurisprudencia, pese a que la doctrina ha señalado que su definición, comprensión y alcance no son absolutamente nítidos. Son ellos: La fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable⁹.

La Corte no advierte, ni la Fiscalía acreditó, que alguna de tales situaciones exceptivas concurrieran en este caso, pues los informes de policía judicial no cuentan con fuente independiente autónoma diversa de los elementos informáticos hallados e incautados ilegalmente en el campamento de alias [...], es decir, su fuente está viciada y por ello, tienen el mismo “*foco de ilicitud*” y vulneran las mismas garantías de legalidad y debido proceso.

Tampoco media entre la prueba primaria ilegal (computadores y dispositivos electrónicos de almacenamiento de alias [...]) y las derivadas (informes de policía) un *vínculo atenuado*, pues su relación es estrecha, intensa e importante, sin que la ilegalidad de tales informes se haya atenuado, con mayor razón si no obran otros medios probatorios para soportar la sentencia de condena por el delito de rebelión.

No se trata de un *descubrimiento inevitable*. Lo demostrado en la actuación fue que sin los referidos elementos informáticos ilegalmente incautados en Ecuador, no se habría arribado con otras pruebas a establecer la eventual pertenencia de MÁB a las [...], es decir, la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 23 y 455

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 02 mar. 2005, rad. 18103; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214; CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838; CSJ AP, 24 ag. 2009, rad. 31900; CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 31500; CSJ

⁷ Cfr. CSJ SP, 5 ago. 2014. Rad. 43691.

⁸ Cfr. Caso Silverthorne vs. USA. 1920.

⁹ Cfr. CC SU-159 de 2002.

AP, 15 sep. 2010, rad. 33993; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34312; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34733; CSJ AP, 21 sep. 2010, rad. 33901; CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 36121; CSJ SP, 24 ag. 2011, rad. 35532; CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 37432; CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37298; CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562; CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 37130; CSJ AP640-2014, CSJ SP10303-2014, CSJ SP10546-2015, CSJ SP9792-2015, CSJ AP098-2016, y CSJ AP1022-2016.
