

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

**Doctrina de la Procuraduría
General de la Nación**

FRANCISCO FARFÁN MOLINA

Director Nacional de Investigaciones Especiales
Procuraduría General de la Nación (2001- 2004)
Procurador Delegado ante la Sala Penal de la
Corte Suprema de Justicia.



Instituto
de Estudios
del Ministerio
Público

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Doctrina de la Procuraduría General de la Nación

© Instituto de Estudios
del Ministerio Público–IEMP, 2007.

Carrera 5 15-80 piso 16
Bogotá, D.C., Colombia
PBX: (1) 352 0066-336 0011
Exts.: 11603, 11605, 11621, 11622
<http://iemp.procuraduria.gov.co>

Coordinación editorial
José Patrocinio Castañeda

Diseño, impresión y encuadernación
Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia
Diciembre 2007

ISBN 978-958-8295-61-9

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

**DIRECTORA INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO**

ELSA BARÓN DE RAYO

*Para María Sofi, mi sobrina;
bienvenida seas*

EL AUTOR

FRANCISCO FARFÁN MOLINA (1965). Abogado de la Universidad de los Andes, especializado en derecho penal en la Universidad Externado de Colombia y en derechos fundamentales en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de derecho penal general y especial en la Universidad de los Andes (1990-2002), y profesor de la Universidad Externado de Colombia, en el Posgrado de Derecho Disciplinario. Director de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Defensor Público en Casación Penal; Asesor del Programa Presidencial Antisecuestro; Abogado Asistente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación; Procurador Auxiliar para asuntos disciplinarios (e.) y Procurador Delegado para la Moralidad Pública (e.). Autor de *Eutanasia, Derechos Humanos y Ley Penal; Policía Judicial Disciplinaria; Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria (compilador); El tráfico de órganos humanos Lavado de activos y extinción de dominio en el sector financiero; La interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario. La cadena de custodia en la investigación disciplinaria*; Actualmente, se desempeña como Procurador Primero Delegado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Contenido

CAPÍTULO PRIMERO.....	9
CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA.....	9
CAPÍTULO SEGUNDO	13
LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	13
CAPÍTULO TERCERO	19
LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.....	19
1. Noción, alcance y Delimitación conceptual de la prueba ilícita en el proceso disciplinario.	19
2. Las Pruebas obtenidas con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado..	21
2.1. La actividad probatoria restrictiva de derechos fundamentales.	21
2.2. Principio de Proporcionalidad y atribuciones para ordenar la interferencia de derechos fundamentales en la práctica de pruebas.....	24
2.3. La infracción a los derechos fundamentales del investigado en el proceso disciplinario.	29
2.3.1. Los Derechos a la integridad Física, Secreto de las Comunicaciones e intimidad. Jurisprudencia.....	30

2.3.2 Narcoanálisis, Polígrafo e Hipnosis.....	34
2.3.3. Derecho a la no autoincriminación, solidaridad íntima y Secreto Profesional.....	37
3. La Prueba incorporada al proceso sin el lleno de las formalidades sustanciales.	43
4. Hipótesis de prueba recaudada en el proceso disciplinario sin el cumplimiento de las formalidades legales sustanciales.	45
4.1. Inexistencia de la resolución que ordena la prueba.	45
4.2. El derecho de los sujetos procesales a intervenir en la práctica de las pruebas.	49
4.3. La vulneración del derecho fundamental a un proceso “sin dilaciones injustificadas” y el principio de celeridad.	53
4.4. Irregularidades que afectan el debido proceso probatorio en la práctica concreta de algunos medios de prueba (testimonio, prueba pericial, documentos y confesión).....	71
4.5. Las formalidades sustanciales en el reconocimiento en fila de personas y a través de fotografías.	80
CAPÍTULO CUARTO.....	85
CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.	85
CAPÍTULO QUINTO.....	93
EFFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO	93
1. Doctrina de la fuente independiente.....	94
2. El Descubrimiento Inevitable.....	106
3. El vínculo atenuado.	108
4. Hallazgos casuales y Pruebas Objetivas.....	111
BIBLIOGRAFÍA	121

Capítulo Primero

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA

El artículo 140 de la ley 734 de 2002(Código Disciplinario Único) indica que “la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente”.

Tal disposición legal se fundamenta en el artículo 29 inciso final de la Constitución Política de 1991, según el cual “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Cabe advertir, inicialmente, que la regulación de la prueba ilícita en el proceso disciplinario se apoya en una línea jurisprudencial que apunta a considerar sin valor ni eficacia alguna no solamente los elementos probatorios obtenidos, practicados o admitidos con vulneración de los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la potestad punitiva o disciplinaria del Estado, sino también aquellos aducidos al proceso con vulneración de normas infraconstitucionales, esto es, las de legalidad ordinaria que reglamentan las formalidades

del debido proceso probatorio, siempre y cuando la infracción afecte reglas de contenido sustancial, es decir, previstas en la ley procesal con la finalidad de otorgar garantías al investigado.

Bajo tal perspectiva, en el proceso disciplinario la prueba ilícita surge de dos fuentes distintas: por vulneración de los derechos fundamentales positivizados en la parte dogmática de la Carta Política y en el bloque de constitucional, o por infracción de las formalidades previstas en la legislación procesal para la práctica de las pruebas, a condición de que la formalidad que se soslaya sea de contenido sustancial, o en otros términos, que la misma cumpla una función de garantía. En este orden de ideas, la prueba ilícita en el proceso disciplinario deviene de la ilicitud constitucional en sentido estricto (violación de derechos fundamentales), o como consecuencia de un desconocimiento a las formalidades sustanciales.

La prueba irregular, en tal sentido, sería aquella que desconoce otras regulaciones de la prueba, que obviamente no son de contenido sustancial. Es de anotar, en este punto, que la regla de exclusión fijada por el constituyente en el artículo 29 inciso final de la Constitución, opera respecto a la prueba ilícita, y no frente a la prueba irregular, cuando en la producción de esta no se desconocen formalidades de carácter sustantivo.

“La práctica probatoria hace parte del régimen procesal, y como tal se encuentra sometida a estrictos límites normativos. Las irregularidades cometidas por el investigador o funcionario en la obtención, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba no revisten siempre la misma gravedad, y es por ello que la doctrina distingue entre prueba ilícita, de una parte, y prueba irregular, por otra. Por prueba ilícita se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o interfiere preceptos

constitucionales. Por prueba irregular se entiende aquella que vulnera otras normas jurídicas”¹.

La consecuencia frente a las pruebas ilícitas se encuentra prevista expresamente en la Constitución Política de 1991, que en el artículo 29 inciso final regula la regla de exclusión, según la cual es nula de pleno derecho la prueba obtenida con vulneración del debido proceso. “La consagración expresa de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el actual constitucionalismo colombiano deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables; así, en la axiología del régimen Constitucional vigente, el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales constituyen parámetros de validez de las pruebas”²

“Este hecho es muy significativo, pues la legitimidad de la prueba ya no solo aparece ligada al respeto del principio de legalidad en su producción, sino a la dignidad del ser humano, a los derechos fundamentales y a la exigencia de razonabilidad en su producción, giro que es muy importante en punto de la concepción de la prueba ilícita y de sus consecuencias procesales”³

El artículo 29 inciso final de la Carta Política es desde luego una disposición constitucional de textura abierta o un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido y alcance no aparece expreso en dicho texto, sino que lo ha definido paulatinamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ha sido la línea jurisprudencial de la referida Corporación, y algunos fallos puntuales de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la encargada de precisar y aclarar los núcleos problemáticos de la

-
- 1 Urbano Martínez, José Joaquín. “Prueba ilícita y regla de exclusión”. En Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los desafíos del Juez Penal Colombiano”. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios para el Ministerio Público. Mayo de 2006. Pág. 272.
 - 2 *Ibidem*, págs. 278-279.
 - 3 Urbano Martínez, José Joaquín. *Ob Cit.*, Pág. 280.

figura, relacionados con la noción o concepto constitucionalmente adecuado de prueba ilícita, las consecuencias que se derivan de la regla de exclusión, la necesidad de declarar judicialmente la inexistencia de las pruebas ilícitas, los efectos reflejos de la prueba ilícita sobre las pruebas derivadas, y las hipótesis de excepción en materia de efectos reflejos de la prueba ilícita derivada, entre otros aspectos.

El desarrollo jurisprudencial del precepto se ha propiciado además por la precariedad y deficiencias de las regulaciones legales del tema, tanto en materia procesal penal como disciplinaria, las que no permiten por sí mismas un entendimiento cabal del régimen de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano.

Capítulo Segundo

LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es en tal sentido que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha señalado que prueba ilícita o nula de pleno derecho, además de la que se practica con vulneración de los derechos fundamentales, es aquella producida sin observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, y entre ellas, de manera prioritaria, el principio de contradicción⁴.

De acuerdo con este criterio prueba ilícita también sería aquella practicada sin cumplimiento de las formalidades legales esenciales, con lo cual su contenido se determina a partir de la ley y de los ritualismos en ella consagrados. Como lo advierte el Profesor Urbano Martínez, “la Corte Constitucional cita como ejemplo de prueba ilícita aquella practicada sin observancia del derecho de contradicción, expresamente consagrado en el artículo 29 de la Carta. Luego en ese momento, el concepto que

4 Ver sentencias C-150 de 1993 y C-491 de 1995, de la Corte Constitucional colombiana.

se manejaba de prueba nula de pleno derecho no era claro, pues se ignoraba si remitía a la inobservancia de las formalidades legales esenciales, o si comprende solo aquellas pruebas practicadas con vulneración de derechos constitucionales, como el expresamente citado (contradicción probatoria)”⁵.

“Más adelante, y en el proceso de conceptualización de la prueba ilícita, la Corte Constitucional ha postulado una concepción extensiva de prueba nula de pleno derecho, con un ámbito de cobertura según el cual la regla de exclusión afecta las pruebas obtenidas con vulneración al principio de contradicción, la que se practica con desconocimiento de formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, con desconocimiento flagrante de las reglas del debido proceso, o la aducida al plenario con infracción de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad (Sentencia T-03 de 1997)”⁶.

Lo anterior significa que jurisprudencialmente a la prueba ilícita se le han asignado una multiplicidad de contenidos, razón por la cual la regla de exclusión se aplica de manera extensiva a la prueba inconstitucional o ilegal, es decir, a la que afecta derechos fundamentales o formalidades sustanciales para la práctica de las mismas⁷. En otros términos, “la lectura de la

5 Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág. 288.

6 Por ejemplo, en la sentencia T-008 de 1998, la Corte Constitucional declaró inexistente un testimonio rendido bajo reserva de identidad, pues no se había contado con la presencia del Ministerio Público para que constatará que la huella dactilar del testigo correspondiera efectivamente a este, y no se había levantado el acta en la que debía constar la identidad del declarante. Según la Corte, la omisión de tales formalidades sustanciales en la práctica de la prueba testimonial, orientadas a dar fe de la credibilidad del testimonio y asegurar la posibilidad de contradicción, hacía de ella una prueba nula de pleno derecho que no podía ser valorada por los jueces penales.

7 Ver Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág. 305. El destacado doctrinante aboga también por una delimitación legal del contenido de la prueba ilícita, en aras de preservar el principio de seguridad jurídica.

expresión debido proceso en el contexto del artículo 29 inciso final de la Carta Política debe hacerse en el entendido de que no solo se proscribe la violación de ese derecho fundamental en la obtención de las pruebas, sino entendiendo que se proscribe la violación de cualquier garantía fundamental en la averiguación de la verdad”⁸.

Bajo tal perspectiva, en la noción de prueba ilícita “no solo quedan comprendidas las pruebas practicadas con violación de los derechos fundamentales de contenido procesal, sino también las pruebas obtenidas con desconocimiento de las formalidades legales esenciales para la práctica de los distintos elementos de convicción, pues tales formalidades garantizan la legítima aducción de la prueba y facilitan el ejercicio del derecho de contradicción”⁹.

8 Urbano Martínez, José Joaquín. Ob Cit, pág. 310.

9 En igual sentido el artículo 360 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) dispone que “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. Esta disposición, donde se consagra la regla de exclusión para la prueba ilegal, se suma al artículo 23 de la misma normatividad adjetiva, donde se indica: “ Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación”. De este modo puede afirmarse que la prueba ilícita puede ser inconstitucional o ilegal. Prueba inconstitucional es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es nula de pleno derecho y debe excluirse de la actuación. Y la prueba ilegal es la practicada con violación del régimen legal de la prueba, incluida aquella practicada con violación de los requisitos formales. Respecto a esta prueba también opera la regla de exclusión”. Se debe comprender, desde luego, que no es la violación de cualquier norma legal la que genera una prueba ilícita, sino las violaciones de aquellas normas que consagran formalidades esenciales para la práctica de la prueba. Por ello, como lo ha establecido la jurisprudencia, aquellas irregularidades en la práctica probatoria que no afecten esas formalidades esenciales no tienen que reputarse como generadores de pruebas ilícitas”. Ver en Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág. 334.

A contrario sensu, si la irregularidad en que se incurrió en el proceso de producción de la prueba no es sustancial, porque no implica vulneración de derechos fundamentales ni desconocimiento de las formalidades esenciales que cumplen una función de garantía, no se genera un medio probatorio afectado por la regla de exclusión, y el yerro debe someterse a los mecanismos de corrección previstos en el ordenamiento jurídico. Un entendimiento distinto conduciría a un sacrificio irrazonable del principio de eficacia de la administración de justicia y constituiría una negación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”¹⁰.

Esta postura hermenéutica se complementa con la sentencia C-372 de 1997, donde la Corte Constitucional señala, en armonía con la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, la vulneración del debido proceso en la práctica de la prueba afecta a esta y no a la actuación judicial en la que se practica. Es decir, marca una diferencia entre debido proceso y debido proceso probatorio. Por otra parte, advierte que si bien la norma constitucional plantea la nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita, es necesario que la ineficacia de la misma sea judicialmente declarada, según la doctrina, por la necesidad de generar seguridad jurídica”¹¹.

En el mismo sentido la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la regla de exclusión se aplica respecto a las pruebas ilícitas y a las que se aducen al expediente con vulneración de las normas de legalidad ordinaria que disciplinan la práctica de las mismas, siempre y cuando la formalidad que se desconoce en el caso concreto tenga carácter esencial. Sobre el tema ha indicado la Sala Penal:

10 *Ibidem*, pág 310- 311.

11 Ver en Urbano Martínez, José Joaquín. *Ob. cit.*, pág. 291.

“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 crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

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 prueba”¹².

12 Sentencia de septiembre 7 de 2006. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Rad. No. 21529; en el mismo sentido, entre otras, sentencia del 5 de octubre de 2006; Rad. No 23284.

Capítulo Tercero

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

1. **Noción, alcance y delimitación conceptual de la prueba ilícita en el proceso disciplinario**

La prueba constituye la médula del proceso y un aspecto esencial para la aproximación a la verdad, como una de las finalidades básicas del procedimiento disciplinario. De ahí surge la necesidad de que sea válida y efectiva, generada conforme a la ley, a las garantías del debido proceso y a los derechos fundamentales de los intervinientes.

En materia disciplinaria para que la prueba sea considerada como de cargo o descargo sobre la responsabilidad del investigado, debe ceñirse a lo consagrado en el artículo 81, inciso 2 de la ley 190 de 1995, el cual señala:

“Nadie podrá ser condenado por juez o autoridad competente sin que exista en su contra prueba legal, regular y oportuna de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravencional y de la consecuente responsabilidad”.

Lo anterior no es nada distinto a la consagración legal de los principios constitucionales recogidos en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, y en concreto lo relativo al debido proceso probatorio, que prevé como un postulado esencial la necesidad de fundar las decisiones judiciales y/ o administrativas en pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación.

En el mismo sentido el artículo 128 de la ley 734 de 2002 dispone: “necesidad y carga de la prueba: toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado”.

La consecuencia y efecto procesal de las pruebas incorporadas o admitidas en el proceso disciplinario con vulneración de los derechos fundamentales o del debido proceso probatorio, aparece regulada en el artículo 140 del Código Disciplinario Único, en los siguientes términos: “inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades legales sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente”.

Esta disposición legal se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes referida, la cual ha señalado que prueba ilícita es aquella obtenida con vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del investigado, con desconocimiento de las formalidades legales sustanciales previstas para la práctica de la prueba, con vulneración al principio de contradicción, o al derecho a la intimidad.

En realidad la vulneración del principio de contradicción puede reconducirse o catalogarse como una infracción de las garantías que integran el debido proceso, el cual reconoce el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, y la violación al derecho a la intimidad, a su turno, es una hipótesis de vulneración al derecho

fundamental reconocido y garantizado en el artículo 15 de la Carta Política, con lo cual la prueba obtenida con vulneración de los artículos 15 y 29 de la Constitución constituyen en la práctica modalidades de pruebas ilícitas aducidas con base en infracción a derechos fundamentales. En suma, las fuentes de la prueba ilícita en derecho disciplinario son básicamente la vulneración a los derechos fundamentales y la vulneración de formalidades legales sustanciales, lo que genera una especie de prueba irregular cobijada por la regla de exclusión.

2 Las Pruebas obtenidas con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado

2.1. La actividad probatoria restrictiva de derechos fundamentales

En desarrollo de los procesos penales y disciplinarios, y con el objeto de lograr el cometido de averiguación de la verdad como una de las metas del procedimiento, en ocasiones se hace necesario ordenar diligencias y pruebas cuya práctica comporta la restricción de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad física, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones, etc.

“El principio de verdad material se constituye en uno de los principios fundamentales sobre el que se estructura el proceso penal o disciplinario, pues en un Estado de derecho no es posible descubrir la verdad a cualquier precio, sino de acuerdo con las reglas que la ley prescribe para tal efecto, de tal forma que lo que el Juez descubre no es la verdad real, sino la obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad procesal”¹³.

Agrega González Amado que “la verdad procesal es una consecuencia lógica del procedimiento penal o disciplinario,

13 González Amado, Iván. “La Prueba Ilícita”. Trabajo sin publicar. pág. 6.

porque en él se trata de reconstruir, a través de los medios de prueba, un hecho acontecido en el mundo natural antes de que el Juez tenga contacto con él”.

Las vías formalizadas son aquellas que la ley establece como válidas para el conocimiento de los hechos que se investigan, de manera que han de responder a los condicionamientos constitucionales y, por ende, a los principios del Estado democrático, según los cuales los derechos fundamentales de los individuos merecen una especial protección e impiden que se sacrifiquen so pretexto de proteger el interés general”.

En un Estado democrático la dignidad humana prevalece sobre la razones de Estado, y por ello, la verdad no puede ser investigada vulnerando los derechos fundamentales de las personas. De este principio se deduce que es ilícita la prueba que se obtiene violando tales derechos fundamentales.

“De acuerdo con estos presupuestos, y como regla general, las reglas probatorias deben vedar al Juez la posibilidad de practicar pruebas que atenten contra los derechos fundamentales, aunque el Estado, en algunos eventos concretos permita la interferencia de algunos derechos, bajo ciertas condiciones y exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, para facilitar la recolección de evidencias dentro del proceso”¹⁴.

De hecho, anota el mencionado autor, “el único derecho fundamental cuya fórmula constitucional lo erige en derecho absoluto es la vida, según el texto del artículo 11: ‘El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte’. Según este mandato cualquier prueba que pueda lesionar el bien jurídico de la vida es una prueba ilícita, porque entraría en el marco de la prohibición absoluta constitucional”.

14 Ibidem, pág 7.

“A renglón seguido la Constitución Política establece, como mecanismo adicional de protección a este derecho inviolable, la proscripción de desaparición forzada, la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, formas de comportamiento humano que ponen en peligro el bien jurídico esencial de la vida y, por ello, no pueden admitirse tampoco como medios para averiguar la verdad de lo ocurrido, esto es, como pruebas. Bajo este entendimiento, la vida, la integridad personal y la salud mental no pueden ser afectados por la actividad probatoria”¹⁵.

“El bien jurídico de la libertad, por el contrario, no tiene la misma fórmula constitucional ni se ha reconocido como un derecho absoluto, y en tal sentido tiene esferas en las que es admisible la interferencia del Estado para su regulación a través de la imposición de límites jurídicos que la armonicen con el ejercicio de otras libertades y con la preservación de intereses constitucionalmente relevantes”.

De esta forma, “la actividad probatoria puede invadir algunas esferas de la libertad individual, sin que por ello la prueba resulte afectada de ilicitud. Es así como, por ejemplo, al testigo se le puede compeler a que rinda declaración sobre los hechos que conoce, sin que pueda imponer su fuero interno a la obligación de colaborar con las autoridades en la investigación de las conductas punibles”.

Con respecto a otras libertades, la Constitución Política establece los requisitos y condiciones especiales que hacen jurídicamente viable su afectación en desarrollo de la práctica de pruebas: en el artículo 15, numeral 3 de la Carta, tras reconocer el derecho al secreto de las comunicaciones, establece la reserva judicial para la interceptación de comunicaciones, y la reserva legal para la determinación de los casos y las formalidades en que

15 González Amado. Iván. Ob. cit., pág 10.

ella sea posible. En el artículo 24, la libertad de circulación tiene límites en las previsiones de la ley; el artículo 26 establece la libertad de escoger profesión u oficio, pero al mismo tiempo permite la regulación legal de los títulos de idoneidad e impide el libre ejercicio de los oficios que impliquen un riesgo social, y el artículo 28 consagra la libertad de locomoción, para también permitir su limitación a reserva de una decisión judicial que debe estar sujeta a las condiciones establecidas en la ley, etc.

De esta amplia regulación de la libertad se desprende que algunas esferas de los derechos fundamentales del individuo pueden ser interferidas, y es claro que la propia Constitución o la ley establecen las condiciones para llevar a cabo tales injerencias con fines probatorios.

2.2. Principio de proporcionalidad y atribuciones para ordenar la interferencia de derechos fundamentales en la práctica de pruebas

En la actualidad todo el conjunto de requisitos y garantías para ordenar diligencias reservadas lesivas de derechos fundamentales puede resumirse en la estricta observancia del principio de proporcionalidad, el cual suministra criterios para explicar cuándo y por qué resulta legítima y razonable la restricción de las libertades, por ejemplo, para fines de la actividad probatoria.

Conviene advertir que los dos presupuestos comunes para todo acto que limite en forma intensa algún derecho fundamental¹⁶

16 Para Bernal Pulido, debe considerarse como afectación de un derecho fundamental todo acto jurídico o fáctico de un poder público o de un particular que afecte el derecho de una manera negativa o desventajosa. La afectación puede proceder de la ley y de los actos jurídicos o fácticos del poder judicial y del ejecutivo. En otros términos, se entiende por afectación de un derecho fundamental, cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del derecho o que impide o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones

son la legalidad y jurisdiccionalidad de la medida. El primero de ellos se explica porque toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista en la ley. Según el segundo criterio, los Jueces son los únicos competentes para adoptar medidas que impliquen afectaciones intensas o medias de los derechos fundamentales en el marco del proceso. Excepcionalmente, actuando a prevención, por estrictas razones de urgencia y bajo el cumplimiento de especiales garantías, puede la Policía judicial restringir determinados derechos, como es el caso de la libertad, a través de la detención administrativa, o la inviolabilidad de domicilio, en las hipótesis de delito flagrante.

“Para el cumplimiento del principio de proporcionalidad, no basta sin embargo que la medida esté prevista en la ley y que se adopte por el Juez, pues se torna indispensable, además, que la misma tenga algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone, y contribuya en algún grado al logro de la finalidad propuesta, que no es otra que la averiguación de la verdad en el caso concreto. (Subprincipio de idoneidad). Se requiere adicionalmente que sea necesaria, esto es, que el Juez no disponga de un medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo que la libertad o de los demás derechos que resulten afectados (Subprincipio de necesidad) y que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave o falta disciplinaria gravísima. (Subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)”¹⁷.

A efectos de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad, el Juez debe efectuar, en consecuencia,

pertenecientes al mismo. Este concepto de afectación no incluye referencias a la subjetividad, como la intención de afectar el derecho, o criterios como la inmediatez, coactividad, operatividad y carácter jurídico del acto; es por tanto una noción construida en sentido objetivo y amplio.

17 Gimeno Sendra, Vicente y otros. “Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición. 1997. Edit Colex., Pág. 382.

una especial motivación de la resolución que ordena limitar el derecho fundamental, en la que ha de plasmar el juicio de ponderación entre los derechos e intereses en pugna, a la luz de los subprincipios antes anotados. Ello, para que el imputado pueda conocer las razones que sustentaron el sacrificio de su derecho fundamental, y ejercitar, por esta vía, su derecho de defensa a través de los recursos orientados a desestimar la medida, cuando la considere irrazonable o desproporcionada.

Dicha línea de argumentación muestra al Juez, en principio, como el único funcionario investido de competencias constitucionales y legales para ordenar la práctica de medios probatorios que comporten la restricción o interferencia en derechos fundamentales del individuo.

Como se expresó anteriormente, la Policía Judicial ostenta atribuciones para intervenir en esta órbita en casos excepcionales (captura administrativa, allanamiento y registro en caso de flagrancia, registro vehicular en circunstancias de urgencia, pruebas de alcoholemia en el mismo contexto, etc), pero en términos generales se encarga más bien de ejecutar o materializar la orden del Juez, a través de la práctica de diligencias restrictivas de derechos, tales como las interceptaciones telefónicas, registro domiciliario, intervenciones corporales, operaciones encubiertas, etc., como manifestación y cumplimiento del deber de apoyo a los Fiscales y Jueces en los aspectos investigativos, operativos, técnico-científicos, en el marco de los procesos, y bajo su dependencia funcional.

Por lo anterior, es necesario distinguir entre los actos de carácter jurisdiccional, del resorte exclusivo del Juez (por ejemplo, la facultad para dictar providencias, que es indelegable, y en principio, la decisión sobre práctica de pruebas y diligencias limitativas de derechos fundamentales), y los que puede ejecutar la Policía Judicial por sí misma, que solo por vía de

excepción implican sacrificio de derechos fundamentales sin orden judicial previa.

La Policía Judicial desarrolla esencialmente su rol investigativo de cara a situaciones de urgencia, frente a las cuales actúa sin sujeción ni dependencia del Juez, adelantando indagaciones y pesquisas por iniciativa propia, con el fin de asegurar los elementos de prueba. Entre tales actos pueden incluirse válidamente la captura administrativa, el allanamiento y registro de domicilio en casos de flagrancia, inspección del lugar del hecho con objeto de descubrir, identificar y recoger elementos materiales de prueba, y algunos supuestos específicos de registros corporales o de vehículos, donde el aseguramiento de la prueba se encuentra condicionado por circunstancias de apremio.

Al mismo tiempo, la Policía Judicial antes de judicializar las actuaciones, lleva a cabo labores de inteligencia en cuyo desarrollo aduce, en principio, elementos que sirven como criterios orientadores de la investigación, y no medios de prueba.

En cualquier otro caso, la Policía Judicial solo podrá actuar por comisión del Fiscal o del Juez, para la práctica de pruebas o diligencias técnicas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, incluyendo aquellas restrictivas de derechos fundamentales.

La Constitución Política de 1991 solo establece reserva judicial para 4 diligencias de investigación específicas: 1. Las que impliquen ser molestado en su persona o familia (artículo 28). 2. El registro domiciliario (artículo 28). 3. La interceptación o registro de correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15, numeral 3), y 4. El artículo 28 dispone igualmente reserva judicial para efectos de ordenar prisión, arresto y detención.

En todos estos casos la orden judicial debe ser emitida con las formalidades legales, y solo procederán tales diligencias, por motivos previamente definidos en la ley.

Adicionalmente, como antes se indicó, la ley procesal penal no solo se ocupa de regular las formalidades y motivos de dicha orden judicial, sino que extiende tales exigencias a otros actos de investigación que atenten contra el derecho a la intimidad, como las operaciones encubiertas, los registros e intervenciones corporales, y el acceso a información de carácter reservado o íntimo, incorporados en las bases de datos públicas o privadas.

Con todo, e independientemente de las previsiones constitucionales o legales sobre la materia, es válida la norma según la cual, en principio, todo medio de prueba que afecte en forma intensa un derecho fundamental del investigado debe ser ordenado por el Juez como garante de los derechos en el Estado Constitucional, a través de decisión motivada, conforme lo prevén y disponen las reglas que integran el principio de proporcionalidad antes mencionado¹⁸.

La reserva judicial para afectar los derechos fundamentales a través de la actividad probatoria “busca además evitar abusos de las autoridades policiales y garantizar a los ciudadanos una mayor y mejor protección de sus derechos, en tanto que el funcionario judicial posee una más alta capacitación para establecer las condiciones de la actuación en las que es posible invadir algunas esferas del derecho constitucional tutelado”¹⁹.

18 En la misma línea el artículo 9 de la ley estatutaria de la administración de justicia dispone que “es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

19 González Amado, Iván. Ob. cit, pág. 12.

En el proceso disciplinario las pruebas y actuaciones que restrinjan derechos fundamentales deberían estar también supeditadas a una orden de Fiscal o juez (funcionarios que ostentan facultades jurisdiccionales), a no ser porque la Constitución Política de 1991 permite que la ley otorgue facultades jurisdiccionales a algunas autoridades administrativas para el desarrollo de materias precisas (artículo 116, numeral 3), y tanto la ley 200 de 1995 como la ley 734 de 2002 se las ha conferido al Procurador General de la Nación para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le otorga.

En tal sentido, el Procurador General de la Nación, de manera exclusiva ostenta competencia para ordenar diligencias restrictivas de derechos fundamentales en el marco del proceso disciplinario, con apoyo en las facultades jurisdiccionales que la ley le confiere como jefe del Ministerio Público.

2.3. La infracción a los derechos fundamentales del investigado en el proceso disciplinario.

En el marco de las investigaciones disciplinarias existen igualmente prohibiciones de temas probatorios (hechos que no pueden ser objeto de prueba, o medios que no pueden ser utilizados para recaudar pruebas). Por ejemplo, forzar la declaración acusatoria de la madre del imputado, al igual que los métodos o técnicas de investigación que no son admisibles para la recolección o producción de la prueba, como la utilización de torturas, amenazas o promesas, so pena de que la prueba recaudada sea calificada como nula y se deba excluir del proceso disciplinario. En tal sentido, la libertad de decidir durante la declaración no puede ser coartada por ningún acto de coacción física o moral, amenazas, promesas ilegítimas, o engaño, entre otras situaciones.

2.3.1. Los derechos a la integridad física, secreto de las comunicaciones e intimidad. Jurisprudencia.

Así, la ley 734 de 2002, en armonía con la Constitución Política de 1991, que reconoce y protege los derechos fundamentales a la vida, integridad personal, intimidad, secreto de las comunicaciones, etc., cuyo sustento axiológico es el reconocimiento de la dignidad humana como principio fundante del Estado, rechaza las declaraciones obtenidas bajo tortura, coacción o amenaza, y las pruebas así obtenidas se consideran inexistentes, nulas de pleno derecho o cobijadas por la regla de exclusión.

De igual manera se someten a la misma consecuencia jurídica las pruebas incorporadas al expediente disciplinario con vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, como el allanamiento de domicilio o la interceptación de comunicaciones telefónicas no ordenadas por un Juez o por el Procurador General de la Nación en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, o que no se encuentren debidamente sustentadas en el juicio fáctico y jurídico que el principio de proporcionalidad exige para la validez de tales injerencias.

Un caso paradigmático al respecto se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la nulidad de pleno derecho de las interceptaciones telefónicas realizadas ilícitamente.

Mediante fallo del 22 de junio de 2006, la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García, confirma la sentencia del Tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró la nulidad del fallo disciplinario que dictó la Procuraduría General de la Nación contra SAG, en su condición de Ministro de Comunicaciones, por la adjudicación irregular de emisoras de frecuencia FM, ya

que tales actos, según el Ministerio Público, infringieron los principios de transparencia e imparcialidad, como quiera que con ello se procuró favorecer a los amigos y aliados políticos del gobierno de turno.

A título de restablecimiento del derecho, el fallo condena a la Procuraduría a cancelar el registro de la sanción y ordenó devolverle al actor lo pagado por concepto de multa, si dichos dineros hubieren sido pagados.

El argumento central de la sentencia apunta a que los fallos disciplinarios se sustentaron fundamentalmente, para efectos de la imputación fáctica, en una prueba ilícita, es decir, en una interceptación realizada sin orden de autoridad judicial competente, con base en la cual se obtiene una conversación entre ministros, donde se refieren a la necesidad de adjudicar la licitación a los amigos del gobierno, que publicó la revista *Semana*, pero cuyo origen y autenticidad se desconoce. El Consejo de Estado estima que dicha grabación magnetofónica, por ser nula de pleno derecho, en cuanto vulneradora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no podía ser apreciada como sustento probatorio del fallo disciplinario, y ni siquiera se le podía utilizar como criterio orientador de la investigación.

Al respecto, indicó el Consejo de Estado:

“La acusación la planteó el Procurador así: “PRIMERO: Formular cargos disciplinarios en contra del doctor SAULO ARBOLEDA GÓMEZ, de condiciones civiles y personales conocidas, por haber desconocido lo establecido en los artículos 209 de la Constitución Política, 29 de la ley 80 de 1993 y 2 del Decreto 855 de 1994, y por haber incumplido los deberes previstos en los numerales 1º, 2º, 13, 22 y 23 del artículo 40 de la ley 200 de 1995, al seleccionar como contratista para la concesión de licencias para emisoras de frecuencia modulada, al señor

MARIO ALFONSO ESCOBAR IZQUIERDO, según hechos ocurridos dentro de las circunstancias de lugar, tiempo y modo referidas en esta providencia, cuando se desempeñaba como Ministro de Comunicaciones". (f. 86 c #9).

En los hechos materia de investigación, y en lo pertinente al cargo, dijo el Procurador, que "la revista Semana, en su edición 798 de agosto de 1997, publicó el artículo denominado "Conversación entre Ministros" y dio a conocer parte del contenido del diálogo sostenido entre los Ministros SAULO ARBOLEDA GÓMEZ y RODRIGO IGNACIO VILLAMIZAR en el que se refieren a las razones que se deben aducir al señor Presidente de la República para que una de las propuestas seleccionadas sea la de MARIO ALFONSO ESCOBAR, en lugar de la presentada por OIGA, MIRE, VEA LTDA. Esta conversación corresponde a la efectuada el día 21 de julio de 1997, a las 9:25 de la mañana a través del sistema conferencia".

En la misma providencia el Procurador relacionó las pruebas recaudadas, entre las cuales está la visita en la revista Semana y un "dictamen pericial sobre el casete que contiene la totalidad de la conversación sostenida entre los ministros y se estableció que la misma no fue editada o manipulada por corresponder aun (sic) diálogo espontáneo y continuo entre los interlocutores (folios 135 a 138 del cuaderno original número 1)".

La grabación fue calificada por el Procurador como genuina, entre otras razones porque fue aceptada por el doctor Rodrigo Villamizar en su comunicado de prensa y su contenido como cierto según determinadas pruebas que igualmente relacionó (f. 69 c #9).

Dicha providencia, en síntesis, se refirió ampliamente a la conversación telefónica en cuestión, como puede verificarse a folios 69, 70 y 75 de la providencia que formuló el cargo.

Y en relación con su legalidad sostuvo el Procurador que en casos como el presente, donde se cuestiona la licitud de la

forma como se grabó la conversación telefónica entre dos personas, se deben aplicar las reglas de la fuente independiente y autónoma y la del descubrimiento inevitable, “previstas” (sic) para las pruebas que deriven de un elemento de convicción que puede afectar derechos fundamentales, y a continuación transcribió lo pertinente del “fallo del 23 de junio de 1997, proceso seguido contra JOSÉ DANIEL PEREA ARCE y MIGUEL SANTIAGO LUNA ESTELA”. (fs. 60-62 c # 9).

Al punto, la Sala advierte en primer lugar que no se presta a la menor duda que la aludida conversación telefónica calificada por el Procurador como genuina y su contenido como cierto, de conformidad con unas reglas “previstas” en no se sabe qué estatuto, no es de recibo, en aplicación de las reglas previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine), según las cuales

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, para la Sala es evidente que el Procurador partió del supuesto de que la grabación de la conversación telefónica fue ilegal, amén de que en el expediente no obra la autorización judicial que la habría legitimado.

Por consiguiente, a la luz del claro mandato constitucional transcrito, dicha grabación es nula de pleno derecho, lo cual significa que ni puede ser genuina, ni cierto su contenido, porque si pudieren verificarse esas cualidades por el operador jurídico, no se estaría en frente de una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino de una nulidad relativa o parcial, que permitiría algún efecto jurídico.

La nulidad absoluta o de pleno derecho con que la Constitución Política sanciona a la prueba obtenida con violación del debido proceso, sin más condiciones, vale decir, independientemente de que ella sea auténtica o su contenido cierto, impide tratar

de averiguar, como lo hizo el Procurador, por su autenticidad o certeza, y cuando tal averiguación se llevó a cabo, lo que hizo dicho funcionario no fue más que infringir directamente dicho mandato constitucional, tratando de legitimar su conducta con las argucias de que se habló anteriormente, así se las hubieran aplicado a un gran número de procesados disciplinariamente. Tampoco permite la Constitución Política en la norma transcrita, la convalidación de la prueba obtenida en esas condiciones, como para poder invocar que uno de los afectados la aceptó en su comunicado de prensa, fuera de que en todo caso no fue el actor.

Por consiguiente, al haber tenido el Procurador como soporte para formular el cargo disciplinario al demandante, una prueba nula de pleno de derecho, quebrantó de manera ostensible y grosera el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, arriba transcrito".

2.3.2. Narcoanálisis, polígrafo e hipnosis

Así mismo, se genera idéntica consecuencia procesal en la actuación disciplinaria cuando se aplica cualquier medio de investigación o método probatorio que de algún modo limite, anule o disminuya la libertad o capacidad de autodeterminación de la persona que emite una declaración, aun contando con su autorización o consentimiento. De ahí se puede concluir que en el marco del actual proceso penal o disciplinario, tanto la hipnosis como el narcoanálisis o suero de la verdad, e incluso el detector de mentiras o polígrafo, son métodos de investigación prohibidos ²⁰.

20 Ver en Miranda Estrampes, Manuel. "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch Casa Editorial. 1999. Barcelona. Pág 37. Al respecto señala Julio Maier: la voluntariedad de la declaración del imputado no puede ser menoscabada por medio alguno que la excluya (administración de sicófarmacos, sueros de la verdad o hipnosis). También otros métodos, que no suprimen la voluntariedad del acto sino que afectan la libertad de decidir aquello que se informa, están incluidos

En tal sentido se considera ilícita la prueba obtenida mediante la utilización de métodos capaces de influir en la libre autodeterminación o de alterar la capacidad de recordar o valorar el hecho, así se practiquen con el consentimiento del imputado, pues implican una injerencia grave en espacios de libertad no disponibles²¹.

Dentro de tal espectro se incluyen las pruebas obtenidas mediante el narcoanálisis, el hipnotismo y a través del polígrafo o detector de mentiras. Varios de estos medios pueden acarrear serias lesiones orgánicas o psíquicas, y aun cuando no las produzcan, su ilicitud es manifiesta, pues atentan contra la dignidad de la persona humana y vulneran los principios de lealtad y probidad de la pruebas, así como la intimidad y libertad humana.

El narcoanálisis, como lo indican los doctores Alarcón y Cadena, "consiste en someter al paciente, por medio de una sustancia química, por ejemplo amital, pentotal, prívenal, evitan, entre otras, a una ligera narcosis, que hace efecto en el sistema nervioso y le produce una relajación de la conciencia, sin suprimir las funciones expresivas de sus ideas. Pero, con dicho quebranto a su autonomía, el sujeto pierde el control sobre lo que narra, y así cualquier elemento de represión en la exteriorización del estado de ánimo, que por su euforia llega a la supresión de inhibiciones que derivan en la falta de control consciente de las declaraciones y a expansiones

en las prohibiciones probatorias, como los detectores de mentiras o polígrafos que registran reacciones inconscientes o reflejos condicionados". Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto, Buenos Aires. 1999., segunda edición. Pág. 666.

- 21 La jurisprudencia estadounidense le otorga validez a la prueba obtenida bajo detector de mentiras o polígrafo, siempre y cuando ella se practique con el consentimiento escrito del órgano de prueba.

verbales que en algunos casos contradicen la verdad real de lo acontecido”²².

Conviene advertir que el narcoanálisis y el empleo de otras drogas o métodos químicos utilizados irregularmente “pueden causar alucinaciones y estados altamente sugestivos, con los cuales el interrogador puede llevar al interrogado a decir lo que quiere o le insinúa, produciéndose así falsas declaraciones y errores judiciales subsiguientes, pues puede ocurrir que el sujeto narre los hechos como producto de las imágenes que el interrogatorio le produce, toda vez que su conciencia se encuentra limitada y violentada por la sustancia que se le ha suministrado”²³.

El polígrafo, por su parte, es un aparato diseñado para realizar mediciones en aquellas áreas biológicas sobre las cuales se dice que el hombre carece de dominio, como la función circulatoria y respiratoria. Este progreso técnico permite registrar e imprimir esas oscilaciones y reacciones respiratorias y circulatorias, así como las variaciones de la presión arterial, el pulso y la secreción transpiratoria, construyendo con ellas una gráfica que puede ser interpretada por el experto, quien de acuerdo con las variaciones eléctricas que se presentan en el cuerpo del imputado, testigo o perito, y los parámetros de la sicometría, determinará si el respectivo relato se ajusta a la verdad”²⁴.

“En el marco jurídico colombiano se considera ilícita la prueba obtenida mediante utilización del polígrafo, por ser contraria a la dignidad de la persona humana, al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, y al debido proceso probatorio, según el cual solo se estima válida la prueba obtenida de manera legal, y porque además, es una prueba no confiable,

22 Alarcón Granobles, Hector y Cadena Lozano, Raúl. “Garantías Constitucionales y Prueba Ilícita”. Ediciones Nueva Jurídica. 2004. Pág. 92.

23 *Ibiden*, Pág. 92.

24 *Ibidem*, pág 93.

ya que son muchas las causas que motivan las mutaciones psicofisiológicas, como el temor al interrogatorio.

Por otro lado, el llamado “detector de mentiras” restringe de manera irrazonable la libertad del interrogado, pues la respuesta a los interrogantes debe estar enmarcada en monosílabos. Por la forma en que está diseñado el aparato, registra solo respuestas negativas o afirmativas, coartando la libertad de expresión y el derecho a la defensa constitucionalmente reconocidos, lo que impide una versión judicial libre y espontánea”²⁵.

2.3.3. Derecho a la no autoincriminación, solidaridad íntima y secreto profesional

De igual manera, la vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo o contra sus parientes cercanos, por la no advertencia de tales garantías, supone una infracción al artículo 33 de la Carta Política donde se reconoce la garantía de no autoincriminación, lo que conduciría también a la ilicitud probatoria.

El soporte a este punto de vista aparece en el artículo 33 de la Constitución Política de 1991, en el cual se reconoce, con el carácter de derecho fundamental, que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La otra fuente constitucional de esta garantía aparece en el artículo 74 de la Carta Política, según el cual “el secreto profesional es inviolable”.

Tanto la ley 600 de 2000 como la 906 de 2004, Códigos de Procedimiento Penal que se han aplicado de manera simultánea en virtud de la implementación gradual del

25 Alfonso Rodríguez, Orlando. “Prueba ilícita penal”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. Págs. 139-141.

sistema acusatorio, desarrollan en varias de sus disposiciones la mencionada garantía.

El artículo 267 de la ley 600 de 2000 dispone: “Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio, y el 268 de la misma normatividad, por su parte, establece: Excepciones por oficio o profesión. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio: 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2. Los abogados. 3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto.

Así mismo, el artículo 385 de la ley 904 de 2004 indica: “Excepciones constitucionales. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho. Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de: a) Abogado con su cliente; b) Médico con paciente; c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente; d) Trabajador social con el entrevistado; e) Clérigo con el feligrés; f) Contador público con el cliente; g) Periodista con su fuente; h) Investigador con el informante.

“La garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo emana de la dignidad de la persona y de la libertad del ser humano, al igual que del principio que impone al Estado la carga de la prueba en materia penal y disciplinaria, y en consecuencia también la prohibición absoluta de instrumentalizar al ser humano para ponerlo al servicio de las

instituciones, y en este caso de la administración de justicia. La prohibición de obligar a las personas a declarar en contra de sus familiares, o solidaridad íntima, sin importar si tienen soporte en vínculos legales formales o en uniones libres, por su lado, es consecuencia de la defensa de un valor superior como la familia”.²⁶

Están igualmente amparados por la excepción al deber de declarar quienes hayan obtenido la información relevante para efectos procesales, en virtud de una actividad o profesión que les obliga a guardar el secreto profesional. Cuando una persona acude en busca de apoyo a un profesional de la medicina, psiquiatría, contador, abogado, sacerdote, trabajador social, etc., suministra datos relacionados con su esfera íntima, por razones de necesidad, y confiando en la reserva que el destinatario deberá asegurar con respecto a tales datos sensibles, de cuya divulgación pueden generarse consecuencias de discriminación o afectación de los derechos fundamentales del titular de los mismos.

“La obligación o el deber del secreto profesional tiene fundamento en el hecho de que existen determinadas necesidades, en el amplio sentido del vocablo, que no le es permitido o que no puede satisfacer el individuo por sí mismo y tiene que buscar que otro le proporcione esa satisfacción, revelándole algo de su propia intimidad”²⁷. El que confía algo en virtud del secreto profesional no lo hace libremente, sino bajo un estado de necesidad, y por ello, “Si tal información no estuviera amparada por una confidencialidad de carácter absoluto, en virtud del carácter inviolable del secreto profesional, las personas preferirían no acudir a los profesionales en busca de satisfacer sus

26 Arenas Salazar, Jorge. Ob. cit., pág. 52.

27 Parra Quijano, Jairo. Ob. cit., pág. 42.

necesidades y requerimientos esenciales, y así dejarían en riesgo sus derechos constitucionales garantizados”²⁸.

Es por ello que la reserva de la información obtenida en virtud de las relaciones que imponen el secreto profesional es absoluta, y no está prevista en la Constitución a favor de los profesionales que deben ser consultados por los ciudadanos en determinadas circunstancias, sino de quien tiene derecho a solicitar ayuda. En tal sentido, quien ha recibido datos en tal contexto está exceptuado del deber de rendir testimonio sobre tales hechos.

Así lo indicó de manera categórica la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C- 411 del 28 de septiembre de 1993, con ponencia del Magistrado Doctor Carlos Gaviria Díaz. Al respecto señaló la Corte:

“Las relaciones que las personas establecen con el Ministro del culto religioso que profesan, con el abogado, con el médico y con otros profesionales, pertenecen al fuero íntimo, personal y familiar, protegido por el mandato de los artículos 15, 74, inciso 2 y 95, 2 de la Carta Política.

En razón de las relaciones que las personas se ven precisadas a establecer con los profesionales enunciados en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, estos últimos se enteran de asuntos atinentes solo al fuero íntimo de aquellas; y es en función de esa especialísima condición, que la Constitución ordena, en su artículo 74, la guarda rigurosa del secreto profesional, así como la preservación del buen nombre (Artículo 15) íntimamente vinculado a aquella.

Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente

28 Arenas Salazar, Jorge. Ob. cit. pág. 59.

violarse un derecho rotulado “inviolable”. Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo. Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho (art. 29 del Código Penal)”.

Así las cosas, en virtud de la Constitución y la ley, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, contra sus familiares ni sobre hechos conocidos en desarrollo de una relación que imponga el secreto profesional. Esta última prohibición es de carácter absoluto, y por tanto, no es posible que el destinatario de la información renuncie a la garantía, porque como se indicó, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la misma no está instituida a su favor, sino en beneficio de quien le suministró los datos íntimos por razones de necesidad y apremio.

Cuando se trata de la excepción de declarar contra sí mismo o contra sus familiares, sí es válida la renuncia al derecho, y en tal sentido el titular del mismo puede proceder a rendir su testimonio, siempre y cuando la renuncia a la garantía sea producto de un consentimiento debidamente informado²⁹.

En otras palabras, se concibe el secreto familiar desde el punto de vista de una mera facultad o derecho, y correlativamente como inexistencia de un deber de declarar que asiste al testigo, y no como una verdadera prohibición de la declaración. Se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del

29 Sobre las excepciones al deber de rendir testimonio y el secreto profesional, puede consultarse igualmente el interesante estudio de Orlando Alfonso Rodríguez Chocontá, “El testimonio penal y sus errores”. Editorial Temis. Segunda Edición. 2005. Págs. 39 a 56.

pariente- testigo, pero a su vez, actúa como prohibición de requerir el testimonio dirigido al Juez. El fundamento del secreto familiar debemos situarlo en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo entorno familiar.

Es decir, que “el testigo pariente no podrá ser obligado a declarar, pero nada impide que pueda hacerlo voluntariamente, en cuyo caso sus manifestaciones podrán ser valoradas a efectos probatorios; pero si el Juez impone la declaración a la persona con derecho al ejercicio de la facultad de exención, o el testigo pariente no es informado judicialmente de dicha facultad, el testimonio no será válido ni podrá ser utilizado como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita”³⁰.

Al respecto señala el Profesor Jorge Arenas Salazar que “para admitir la existencia de consentimiento informado en este punto, el declarante debe saber: que su testimonio es un medio de prueba; que las decisiones que se toman en un proceso se fundan en las pruebas, incluyendo la que aportará dicho testigo; y de las consecuencias que se derivan de un proceso penal contra las personas halladas culpables”³¹. Si aun teniendo un “conocimiento informado” renuncia al derecho a no declarar, queda sometido a todas las ritualidades y a todas las consecuencias que la ley prevé para los testigos que falten a la verdad o la callen total o parcialmente, y concretamente a ser declarado responsable del delito de falso testimonio en caso que esto ocurra.

Estas excepciones al deber de declarar son de orden constitucional, y en consecuencia, si no se informa de la misma antes que el testigo comience su relato, la prueba se considera ilícita a la luz del artículo 29 de la Constitución, según el cual

³⁰ *Ibidem*, pág. 41.

³¹ *Ibidem*, pág. 58.

“es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

3. La prueba incorporada al proceso sin el lleno de las formalidades sustanciales

No toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle todo valor probatorio. Se requiere que la formalidad que se desconoce o ignora en la práctica u obtención de la prueba sea considerada sustancial, es decir, enderezada a lograr la efectividad de las garantías de los sujetos procesales. En caso contrario la irregularidad es subsanable y por ende no constitutiva de prueba ilícita³².

Por ello, desde una concepción amplia de prueba ilícita, la prueba irregular o defectuosa no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última, salvo que la previsión que se ha soslayado en la obtención de la prueba, no ostente la categoría de formalidad sustancial.

“Dentro de este concepto se incluyen las fuentes de prueba logradas de modo ilegal (como por ejemplo las obtenidas mediante hurto), así como los medios de prueba practicados irregularmente, sin observar el procedimiento legal establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental.

En tal sentido, y a la luz de tal forma de entendimiento, como regla general en todos aquellos supuestos donde la ley procesal disciplina la forma de practicar una determinada

32 Por ejemplo, no dar lectura al acta de la diligencia probatoria o la ausencia de la firma del secretario son consideradas formalidades insustanciales que pueden convalidarse, y no generan prueba ilícita del medio probatorio recaudado.

prueba, la infracción de dicha normativa deberá producir, salvo supuestos excepcionales, la inadmisibilidad o ineficacia del medio de prueba defectuosamente practicado”³³.

33 Miranda Atrampes, Manuel. “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch Casa Editorial. 1999. Barcelona. Pág 47. Un sector de la doctrina distingue entre prueba ilícita y prueba ilegal, la cual otros denominan irregular, lo cual muestra que la terminología en este tema dista bastante de ser uniforme”. Es preciso distinguir entre lo que la doctrina denomina prueba ilegal y prueba ilícita. La prueba ilegal es aquella en la cual se han omitido las formalidades esenciales establecidas en la ley probatoria para su petición, ordenación, producción, obtención, incorporación y aducción. Los vicios que se presenten en tales procesos pueden ser subsanados en cuanto se advierten, si existe oportunidad procesal para hacerlo. Pero si no fueron saneados, la consecuencia será la exclusión de la prueba ilegal en el momento de la toma de decisiones. La prueba ilícita, por el contrario, es aquella en la que se han violado derechos fundamentales o se han contrariado los principios y garantías que integran el debido proceso consagrado en las normas constitucionales y en el derecho internacional de los derechos humanos. Ante una prueba ilícita, el funcionario competente en materia disciplinaria debe tener en cuenta que estas se proscriben totalmente, al igual que las que se deriven de ellas. Esto significa que no pueden ser solicitadas, ordenadas, producidas, obtenidas, incorporadas, aducidas, ni practicadas o evaluadas al momento de adoptar decisiones, atendiendo a la prevalencia que en las investigaciones disciplinarias y en todas las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, debe darse a los derechos fundamentales y en especial al debido proceso. Un ejemplo de prueba ilegal lo constituye el caso de un testimonio que se reciba sin juramento, evento en el cual puede citarse nuevamente al testigo y recibir la versión con las formalidades del caso. De no haberse saneado el vicio, simplemente no se apreciará el testimonio en la providencia respectiva, por no reunir las condiciones de legalidad necesarias para adquirir la naturaleza jurídica de una prueba. Ejemplo de prueba ilícita es, en cambio, un testimonio que se recibe mediante apremios que vicien la voluntad del investigado. En este caso la prueba debe ser absolutamente desestimada para cualquier efecto procesal y en general la obligación de ordenar una investigación disciplinaria o penal contra quien ha vulnerado los derechos fundamentales en el momento de la producción de la prueba”. “Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”. Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Procuraduría General de la Nación. Enero de 2005, págs. 27-28.

Son diversas las hipótesis de prueba irregular en el derecho disciplinario, que conducen, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la prohibición de valoración probatoria por ilicitud de las pruebas obtenidas o practicadas; seguidamente serán objeto de estudio las más relevantes.

4. Hipótesis de prueba recaudada en el proceso disciplinario sin el cumplimiento de las formalidades legales sustanciales

Son múltiples los supuestos en que se produce la vulneración al debido proceso probatorio en la actuación disciplinaria, a partir del desconocimiento de formalidades legales esenciales, que conducen a la ilicitud probatoria, por vulnerar garantías del disciplinado. Seguidamente se reseñan cinco situaciones de las que se deriva ineficacia probatoria por vulneración de formalidades que exige la ley procesal para la aducción de los medios de prueba.

4.1. Inexistencia de la resolución que ordena la prueba

El artículo 128 de la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) regula el principio de necesidad y carga de la prueba, en los siguientes términos: “ toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas, y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa”. A su turno, el artículo 132 de la misma normatividad señala que “ los sujetos procesales pueden aportar o solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, impertinentes y las superfluas, y no se atenderán las practicadas ilegalmente”.

Las disposiciones procesales antes transcritas revelan que en el proceso disciplinario las pruebas pueden ser solicitadas por el servidor público investigado o su defensor, aportadas por

estos mismos sujetos procesales o por el quejoso, o, en tercer lugar, ordenadas de oficio por el operador disciplinario.

En cualquiera de las tres hipótesis la decisión consistente en decretar la práctica de un medio de prueba solicitado por un sujeto procesal u ordenado de oficio, o incluso de admitir la aportada por el disciplinado o quejoso, debe estar plasmada en una providencia donde se consigne el respectivo juicio de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad del medio de convicción que será aportado al proceso.

Dicha formalidad se considera sustancial, en cuanto se encuentra establecida en la ley con un fin esencialmente garantista, pues la existencia y publicidad de la providencia que decreta el medio probatorio ordenado o admitido, es lo que permite a los sujetos procesales intervenir en la práctica de las pruebas, y ejercer a cabalidad el derecho de contradicción probatoria.

Por tal motivo, el desconocimiento de esta garantía, es decir, la práctica de pruebas en el proceso disciplinario, no ordenadas previamente a través de providencia notificable, genera ilicitud de la prueba, y por tanto ineficacia probatoria del medio de convicción aducido al expediente.

Al respecto indica certeramente la doctrina: “desde el principio de legalidad, es menester que toda prueba allegada a la actuación esté previamente ordenada mediante resolución judicial, y para el caso de la Procuraduría, mediante resolución administrativa. Este requisito debe cumplirse en todas las etapas procesales, por ser presupuesto necesario de legalidad, que facilita la controversia y la publicidad de la prueba, así como el principio de lealtad procesal, que constitucionalmente vincula a todas las autoridades públicas, en todas sus esferas de competencias y actos.

En otros términos, la resolución que ordena las actividades probatorias constituye una garantía fundamental de respeto

por las formas propias de cada actuación, a la luz del artículo 29 constitucional. El medio probatorio debe aducirse al proceso con los requisitos y formalidades, sin los cuales carece de vocación probatoria. Por tanto, para la recepción de la prueba es necesaria resolución previa que la decreta, citación obligatoria para los sujetos procesales, así como el cumplimiento de las formalidades "ad sustanciam actus", necesarias para la existencia jurídica del medio probatorio"³⁴.

Las únicas pruebas que pueden ser practicadas sin providencia previa son aquellas que recauda la policía judicial disciplinaria en casos de urgencia y en el lugar de los hechos, con fines de aseguramiento de la evidencia.

"Cuando la Policía Judicial actúa en casos de urgencia por iniciativa propia, en materia penal o disciplinaria, se plantea una excepción al principio de intermediación probatoria, según el cual es el funcionario judicial quien debe intervenir en forma directa en la práctica de las pruebas, las percibe y las controla. Implica de igual modo una excepción a las reglas genéricas que determinan la validez de la prueba (debido proceso probatorio), según las cuales el medio de prueba debe ser ordenado y decretado en forma previa por el funcionario competente, ya sea en forma oficiosa o a solicitud de los sujetos procesales.

"El fin de la expedición de providencia previa en los medios ordinarios de prueba es garantizar la publicidad y contradicción y, desde luego, el derecho de defensa en el acto mismo de la aducción del medio probatorio. Cuando se trata sin embargo de diligencias de policía judicial en casos de urgencia, el requisito de intervención del órgano judicial cede ante la necesidad de lograr el aseguramiento de la prueba, con miras a evitar que el elemento

34 Alfonso Rodríguez, Orlando. "Prueba Ilícita Penal". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003, pág. 82.

material probatorio se oculte, sea manipulado o alterado. Así, la Policía Judicial actúa a prevención, bien practicando directamente la prueba, recaudando el elemento material que tras los análisis de laboratorio podrá transformarse en evidencia, o disponiendo la guarda y custodia de las fuentes de prueba, para que sea practicada en su momento por el Juez o Fiscal.

En tales eventos, que en el sistema de enjuiciamiento acusatorio se describen como hipótesis de prueba instructoria anticipada o preconstituida, se difiere el ejercicio de la contradicción hasta el momento en que el acto de aportación fáctica sea formalmente aducido al proceso, los sujetos procesales lo conozcan, y puedan ejercer su derecho de defensa frente a tales actos.

“Característica común de todos los actos de aseguramiento de la prueba es su “irrepetibilidad” o su carácter irreproducible, pues se trata de actos que por la fugacidad del objeto sobre el cual recaen o por su naturaleza o carácter, no pueden ser reproducidos posteriormente en el proceso, en el evento del sistema inquisitivo, o en el juicio oral, si se trata de un sistema acusatorio, es decir, no resulta posible diferir la práctica de la prueba, por cuanto en el futuro difícilmente concurren las mismas conductas y circunstancias que se presentan originalmente”³⁵.

Por ejemplo, la inspección del lugar de los hechos que lleva a cabo la policía judicial, cuando no se ha establecido aún la identidad del imputado, las fotografías, croquis, recogida de huellas, vestigios y demás elementos materiales de prueba en el mismo escenario (drogas, armas, documentos, material orgánico, etc.), las pruebas alcoholimétricas, la recepción de un testimonio a un declarante o perito que se encuentra en peligro

35 Gimeno Sendra, Vicente y otros. “Derecho Procesal Penal”. Segunda edición. 1997. Pág. 376.

de muerte, y en algunos eventos los registros vehiculares, personales o domiciliarios en casos de flagrancia³⁶.

De igual manera concurren en los actos antes citados una razón de urgencia, que le permite a la Policía Judicial actuar a prevención para evitar que la prueba se manipule, contamine o no pueda ser recaudada posteriormente³⁷.

Así pues, toda prueba disciplinaria, tanto en la indagación preliminar, investigación disciplinaria, las decretadas con posteridad a la formulación de cargos, o en etapa de juzgamiento, e incluso en la segunda instancia, debe ser incorporada al proceso mediante previa resolución del operador disciplinario, pues dicha previsión constituye un presupuesto orientado a garantizar los derechos de publicidad y contradicción, y el desconocimiento de tales principios, por esta vía, genera ilicitud probatoria por desconocimiento de las formalidades esenciales en la práctica de las pruebas y por ende del debido proceso probatorio.

4.2. El derecho de los sujetos procesales a intervenir en la práctica de las pruebas

El artículo 92 de la ley 734 de 2002 establece en el inciso 4 que el disciplinado tendrá derecho a “solicitar, aportar pruebas, controvertirlas e intervenir en su práctica”. La vulneración del derecho a intervenir en la práctica de los medios probatorios ordenados por el operador disciplinario, de oficio o a petición de los sujetos procesales, genera en principio ilicitud del medio

36 Según Climent Durán, Carlos, “La Prueba Penal. Doctrina y Jurisprudencia”, págs. 773 y ss, “En el sistema acusatorio también se consideran pruebas preconstituidas los registros domiciliarios, intervenciones telefónicas y de correspondencia, porque no son practicables en el juicio oral, y en tal escenario es imposible reproducirlas en idénticas circunstancias”.

37 Farfán Molina, Francisco. “Policía Judicial Disciplinaria”. Grupo Editorial Ibáñez. 2006. Pág. 198.

de convicción incorporado al expediente, ya que con ello se estaría vulnerando una formalidad sustancial que pretende preservar los derechos de defensa y contradicción probatoria.

A efectos de garantizar tal derecho las normas procesales disponen que se decrete el medio probatorio en forma precisa, señalando el día, la hora y el lugar en que será aducido al expediente. Es necesario además que se cumplan las previsiones relativas a la publicidad de la prueba, comunicando a los sujetos procesales la fecha de su práctica, a fin de que puedan intervenir en la respectiva diligencia³⁸.

En los eventos donde no aparecen en la providencia respectiva señalados con precisión los medios probatorios que serán recaudados, ni la fecha, día y hora para su práctica, tal restricción al derecho de defensa y al principio de contradicción de la prueba, genera ilicitud del medio probatorio, el que en consecuencia será considerado inexistente y sin validez alguna para sustentar las decisiones en el marco del proceso disciplinario.

38 Sobre este punto específico la Circular número 021 de julio 10 de 2001, emanada del Despacho del Procurador General de la Nación, dispone: “Con el objeto de erradicar prácticas irregulares que atentan contra la eficacia y eficiencia, pero también por virtud de los derechos de contradicción y controversia probatoria que le asiste en todas las etapas procesales, al investigado, quien puede conocer las diligencias recogidas en su contra e intervenir en su práctica, derecho que podría ser cercenado si en el auto que las decreta no se indican con precisión las pruebas que se van a recopilar, se atenderán las siguientes instrucciones: 1. Tanto la indagación previa como la instrucción deben señalar claramente cuál es su objetivo. 2. Indefectiblemente, tanto en el auto que decreta la indagación preliminar como la investigación, debe señalarse expresamente las pruebas que se deben practicar. 3. Cuando se comisione a otro funcionario para la práctica de pruebas, se debe señalar claramente cuáles son las que le corresponde evacuar. Es conveniente, además, otorgarle amplias facultades para practicar aquellas que se desprendan de las anteriores y a juicio del comisionado deban adelantarse.

A contrario sensu, cuando no se comunica a los sujetos procesales la práctica de la prueba decretada mediante providencia, aunque tal omisión restringe el derecho a la defensa, ello no conduce necesariamente a la ilicitud del medio probatorio aducido sin audiencia de las partes, habida cuenta que los sujetos procesales, y concretamente el investigado y su defensor, tienen la carga procesal de permanecer atentos y vigilantes a la dinámica del proceso, y por ello la no intervención en la práctica de pruebas debidamente decretadas por auto que señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se llevará a cabo, le es imputable al interviniente que no ha concurrido en virtud de su incuria, al no estar atento al desenvolvimiento del trámite, como es su deber.

En tal sentido ha señalado la jurisprudencia que se considera una función-deber de la defensa, “la constante e imprescindible vigilancia actuarial de la actividad procesal en concreto, a partir de la cual se espera la puesta en marcha de los medios defensivos que la normatividad positiva habilite”³⁹, entre los cuales se incluye, desde luego, la posibilidad de intervenir en la práctica de los medios probatorios.

En otros términos, y con base en lo reseñado “se puede concluir que siendo parte de los procesos disciplinarios, el investigado y su apoderado pueden intervenir y contrainterrogar en las declaraciones que se decreten como pruebas de oficio o a petición de parte, y lo pueden hacer precisamente en ejercicio de los derechos que en esta materia les confiere la ley: En consecuencia, resulta necesario también que en su oportunidad le sean comunicadas las fechas en las que van a ser practicadas las distintas diligencias.

39 Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Fallo del 24 de julio de 2001. Magistrado Ponente. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Rad. No. 11578.

De todas maneras, debe advertirse que la ausencia de comunicación no genera nulidad, puesto que, como ya se indicó, el sujeto procesal interesado tiene la carga de estar atento a la actuación, y además, en las oportunidades procesales correspondientes, puede solicitar la ratificación o ampliación de la prueba⁴⁰.

Así pues, en suma, la Ley 734 de 2002 en el numeral 4 del artículo 92, dispone como uno de los derechos del investigado el de intervenir en la práctica de las pruebas, y a su vez el artículo 130 ídem, relativo a los medios de prueba, indica que estos se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario; el CPP, por su parte, en el artículo 276, respecto a la práctica del interrogatorio al testigo, establece que una vez el funcionario formula las preguntas, permitirá a los sujetos procesales interrogarlo, y se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.

Cercenar la posibilidad de que el sujeto disciplinable conozca la decisión sobre una prueba solicitada y participe en la diligencia de recepción del testimonio por él solicitado vulnera el derecho fundamental a la defensa y por ende afecta el debido proceso. Tal irregularidad conduce a la ilicitud del respectivo medio probatorio, que en algunos casos podría ser subsanada mediante la nueva práctica de las mismas diligencias, con la debida publicidad al disciplinado y su apoderado, a fin de garantizar el ejercicio integral del derecho a la defensa, materializado en la oportunidad de interrogar al testigo.

40 Concepto C-133 de 2002, Procuraduría Auxiliar para asuntos Disciplinarios. Suscrito por el doctor Silvano Gómez Strauch, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

Cuando no sea posible la ratificación del medio de prueba, porque se han agotado las etapas procesales que permiten proceder de conformidad, se genera ilicitud probatoria del medio irregularmente incorporado, ya que las pruebas practicadas con vulneración del derecho a la contradicción probatoria son nulas de pleno derecho, y por ello inexistentes; En tales condiciones la prueba no podrá ser valorada como soporte de providencia alguna, y en tratándose de casos en que el medio probatorio ilícito es axial y constituye el único fundamento de la sentencia, será imperativo proferir en reemplazo el respectivo fallo absolutorio.

Ahora, si la prueba es solicitada por un sujeto procesal, este tiene además la carga de suministrar los datos para ubicar, por ejemplo, al órgano de prueba, pues si bien en el régimen disciplinario es al Estado a quien en el proceso incumbe demostrar la responsabilidad del imputado, en materia procesal, para la producción legal de la prueba testimonial, independientemente de los presupuestos de eficacia, esa carga es dinámica, en cuanto el artículo 219 del estatuto adjetivo civil establece en cabeza del peticionario, y como formalidad previa el deber de expresar, entre otros, el domicilio y residencia de los testigos.

4.3. La vulneración del derecho fundamental a un proceso “sin dilaciones injustificadas” y el principio de celeridad

La doctrina de la Procuraduría General de la Nación ha señalado, en diversas decisiones, que la práctica de pruebas por fuera de los límites temporales señalados en la ley 734 de 2002 para las etapas de indagación preliminar, investigación disciplinaria o pruebas de descargos genera inexistencia de las pruebas obtenidas en tales circunstancias, y con ello imposibilidad de valorar las mismas como fundamento de las decisiones disciplinarias, por vulneración del principio de celeridad que

aparece regulado como una garantía constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, ya que de acuerdo con dicha disposición las personas sometidas al poder sancionatorio del Estado ostentan un derecho sustantivo a ser juzgadas en el marco de un debido proceso sin dilaciones injustificadas.

Conviene destacar, en primer término, que el Código Disciplinario Único disciplina y reglamenta la duración de cada etapa procesal de la siguiente manera: En el artículo 150, numeral 4 de la ley 734 de 2002, se indica “la indagación preliminar tendrá una duración de seis meses y culminará con el archivo definitivo o la apertura de investigación. Cuando se trate de investigaciones por violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses. Para el cumplimiento de este, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados”.

Por su parte, el artículo 156 del CDU dispone que “ el término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura. En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo, si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba

que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación”.

Finalmente, el artículo 168 ídem señala: “Vencido el término señalado en el artículo anterior (término para presentar descargos), el funcionario ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad. Además, ordenará de oficio las que considere necesarias. Las pruebas ordenadas se practicarán en un término no mayor de noventa días.”

Las pruebas decretadas oportunamente dentro del término probatorio respectivo, que no se hubieren practicado o aportado al proceso, se podrán evacuar en los siguientes casos:

1. Cuando hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieren culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención.
2. Cuando a juicio del investigador, constituyan elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado o el esclarecimiento de los hechos”.

Sobre el tema concreto, la línea doctrinaria homogénea de la Procuraduría Delegada para la moralidad pública, en diversos fallos ha señalado que el desconocimiento de los términos procesales para la práctica de pruebas conduce a que las mismas se afecten en cuanto a su existencia, por vulneración de las garantías constitucionales.

En un primera decisión, de segunda instancia, del 17 de junio de 2003 (Rad.No. 025-34674-99), la Delegada señaló⁴¹:

41 Fallo suscrito por el Dr. José Fernando Reyes Cuartas, Procurador Delegado para la Moralidad Pública.

“Observa el despacho que el término de duración de la etapa de indagación se encontraba vencido para el momento en que se profirió el auto de archivo, y aun para el momento en que fue allegada la prueba que sirvió de fundamento para adoptar esa decisión.

En efecto, iniciada la indagación disciplinaria a través de auto de 5 de diciembre de 2000, la actividad probatoria encaminada a verificar la ocurrencia de los hechos indicados en la queja podía extenderse hasta el 5 de junio de 2001, en atención a lo dispuesto por el artículo 141 de la ley 200 de 1995, norma procesal vigente en su momento. No obstante, pese al término de duración de la etapa de indagación, el 24 de julio de 2001 se practicó la visita especial y fueron recibidas las tres declaraciones, pruebas que son fundamento del archivo. En efecto, el exiguo material probatorio se consideró con valor suficiente para fundamentar el archivo de las diligencias.

En estas condiciones, es preciso concluir que la prueba relativa a los hechos objeto de queja es extemporánea.

No admite cuestionamiento alguno que las pruebas que sirvieron de fundamento al archivo definitivo de la actuación, del 16 de diciembre de 2002, fueron allegadas extemporáneamente, es decir, fuera de los términos de investigación señalados en el artículo 141 de la ley 200 de 1995, tal como se dejó anotado en precedencia.

Así, atendiendo a los anteriores razonamientos puede inferirse que la decisión de fondo objeto de alzada se sustentó en pruebas que fueron allegadas con violación al debido proceso, por lo que las mismas debieron excluirse de valoración, esto es, considerarlas inexistentes al momento de evaluar la indagación preliminar y ahora, al emitir decisión de segunda instancia, como quiera que tal irregularidad no fue corregida en la oportunidad procesal en que dicha medida pudo adoptarse,

por ejemplo decretando nuevamente su práctica en la etapa del juicio disciplinario.

Con fundamento en lo anterior, encuentra la Delegada que en el trámite de esta actuación existe una infracción de rango constitucional cual es la violación al debido proceso como consecuencia de infracción a uno de los principios constitucionales, concretamente el de celeridad, que desarrolla esa garantía. Por ello, procede esta Delegada en sede de segunda instancia a dar aplicación a la sanción consagrada en el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política para ser aplicada a los medios probatorios allegados con violación al debido proceso, cual sería su “nulidad de pleno derecho”, entendida como su exclusión de valoración para los propósitos confiados a este Despacho, según el desarrollo legal y constitucional reseñado anteriormente.

Quiere decir ello que para resolver el presente caso solo podrá la Delegada tener en cuenta la prueba allegada oportunamente a la investigación, que para este evento no se encuentra presente, pues toda la prueba fue recaudada fuera del término previsto para su aducción al proceso. A esta conclusión llega el Despacho luego de analizar pormenorizadamente las circunstancias particulares de esta actuación, ya que la misma no puede extenderse, sin más, a todo evento en que se detecte la práctica de pruebas de manera extemporánea.

Como quiera entonces que debe excluirse de valoración la prueba obtenida con posterioridad al vencimiento de la etapa de indagación, fenómeno que tuvo lugar a partir del 5 de junio de 2001, y que en tales condiciones no encuentra el juzgador de segunda instancia prueba de la materialidad de la infracción imputada, será lo procedente impartir confirmación al archivo de la actuación, pues ni aun con el examen de la prueba obtenida irregularmente podría concluirse que ha podido ocurrir un ilícito disciplinario, cometido por el director

del Hospital San Rafael de Girardot, pues ella no permite que así se establezca, como lo consignó el a quo en la decisión confutada”.

En una segunda providencia, del 20 de junio de 2003 (Rad. No 059-0627-2000)⁴², y en la misma línea de interpretación, la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública reitera su tesis; al respecto indicó la delegada en la citada decisión:

“La garantía fundamental al debido proceso, que es forzoso predicar de todo ordenamiento sancionador, aparece consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política y de él hace parte, junto a las garantías al juez natural, defensa, presunción de inocencia, cosa juzgada y otras de igual jerarquía, el derecho a la celeridad procesal.

En efecto, la norma constitucional mencionada ordena que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”; más adelante, en el mismo artículo, se desarrolla este mandato, al precisar que: “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” Finalmente aparece consagrada una sanción procesal de rango constitucional que pesa sobre las diligencias probatorias allegadas con desconocimiento de las garantías que integran el debido proceso: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La garantía de la celeridad procesal, como principio integrante del derecho constitucional al debido proceso, resulta reiterada por diversas normas de diferente rango, entre ellas el artículo 228 de la Constitución, que dispone: “Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento

42 Fallo suscrito por el Dr. José Fernando Reyes Cuartas, Procurador Delegado para la Moralidad Pública.

será sancionado” y, concretamente en lo disciplinario, por los artículos 117 y 128 de la ley 200 de 1995, estatuto disciplinario vigente para la época de los hechos que se investigaron y bajo el cual se surtió el trámite procesal de esta actuación; estas normas disponen, respectivamente, que las providencias deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso, y que si las mismas fueren recaudadas en forma tal que se afecten los derechos fundamentales del disciplinado, se tendrán como inexistentes.

Así mismo, los artículos 6 y 13 de la Ley 734 de 2002 disponen, en su orden, la obligatoriedad de la observancia de los ritos procesales y de los términos señalados en el estatuto disciplinario:

“El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad, en los términos de este código”.

“El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código”.

En sentencia de tutela No. T-190 de 1995, la Corte Constitucional reconoció que el principio de celeridad forma parte de la garantía constitucional al debido proceso y delimitó el alcance y desarrollo de tal principio, precisando que los términos procesales son de obligatorio cumplimiento, como quiera que su desconocimiento afecta derechos de naturaleza constitucional en cabeza del investigado, como el de presunción de inocencia, dignidad y honra. Aunque igualmente aclaró que la mera trasgresión de términos procesales no genera automáticamente violación al debido proceso, los eventos justificativos son escasos y restringidos.

En estas condiciones, es claro que el desconocimiento del principio de celeridad, como desarrollo de la garantía

constitucional al debido proceso, constituye una infracción a un mandato constitucional que tiene consecuencias de esa misma naturaleza.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, cabe concluir que la violación al principio rector de celeridad procesal constituye infracción al derecho constitucional al debido proceso y como tal deben apreciarse sus efectos.

En concordancia con ello, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 6 de agosto de 1993, manifestó que la prueba extemporánea “solo afectaría la validez de dicha prueba que no podría ser apreciada por el juzgador, pero en ningún caso podría acarrear la nulidad de todo el juicio”, posición que resulta aplicable al ámbito disciplinario, como quiera que la extemporaneidad de las pruebas, al suponer el vencimiento de términos procesales, involucra igualmente infracción al debido proceso, garantía de que gozan no solo las actuaciones judiciales, sin importar de qué rama, sino también las administrativas.

Quiere decir lo anterior que por tratarse de supuestos de hecho similares (la extemporaneidad en la práctica de pruebas en el proceso penal y en el disciplinario), cumplidos dentro de actuaciones de la misma naturaleza, es decir, bajo los parámetros del derecho sancionador, se impone el mismo razonamiento jurídico.

Así pues, la consecuencia de la prueba allegada extemporáneamente, esto es, desconociendo la garantía del debido proceso por vía de infracción al principio de celeridad, es la exclusión de su valoración. Así lo reiteró la misma Corporación en sentencia de 23 de julio de 2001, al precisar que

“Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada al proceso y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que

se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión que como mecanismo de saneamiento opera en estos casos, y que la Constitución Nacional establece en su artículo 29...”.

En el caso concreto, a nota la delegada, no admite cuestionamiento alguno que las pruebas que sirvieron de fundamento al pliego de cargos de 9 de noviembre de 2001, y aún para el fallo de 16 de enero de 2002, fueron allegadas extemporáneamente, es decir, fuera de los términos de investigación señalados en el artículo 146 de la ley 200 de 1995.

Así, atendiendo a los anteriores razonamientos puede inferirse que dichas decisiones de fondo se sustentaron en pruebas que fueron allegadas con violación al debido proceso, por lo que las mismas debieron excluirse de valoración, esto es, considerarlas inexistentes al momento de proferir la decisión de cargos, el fallo de primera y aún el de segunda instancia, como quiera que tal irregularidad no fue corregida en la oportunidad procesal en que dicha medida pudo adoptarse, por ejemplo, decretando nuevamente su práctica en la etapa del juicio disciplinario.

Si bien es cierto que del contenido del inciso tercero del artículo 146 de la Ley 200 de 1995 podría eventualmente inferirse que no existe un término definido para allegar válidamente pruebas durante la etapa de investigación y que la actividad probatoria solamente estaría limitada por el término de prescripción de la acción disciplinaria, tal interpretación no corresponde a una sana hermenéutica constitucional y legal:

En efecto, el artículo 228 de la Constitución Política, atrás citado, consagra no solamente la existencia de términos procesales, sino la obligatoriedad de su cumplimiento, de modo que asumir que la etapa de investigación disciplinaria, conforme a lo previsto en el inciso tercero del artículo 146 de

la ley 200 de 1995, no tiene o tenía en su momento un término definido y que la actividad probatoria podía adelantarse hasta la prescripción de la acción disciplinaria, infringiría el claro mandato de esta norma superior.

De otra parte, el artículo 148 de la Ley 200 de 1995, concordante con el 146, contribuye a hacer claridad sobre la confusión generada por el inciso 3° de esta última norma, ya que ordena la evaluación de la investigación una vez vencido el término de la investigación disciplinaria, haciendo así alusión a los nueve meses de que trata el artículo 146. Este último artículo, en su primer inciso, señala una duración de nueve meses en principio para la etapa de investigación del proceso disciplinario y no puede interpretarse razonablemente que el inciso 3° desconozca ese mandato, sino que es aplicable a supuestos de hecho diferentes.

Aunque lo anterior sería suficiente para entender la existencia de un término perentorio para adelantar la etapa de investigación, diferente a aquel de la prescripción de la acción, no se debe perder de vista que en el caso en estudio, la Procuraduría Provincial de Chiquinquirá, en el auto que ordenó la apertura de investigación, hizo claridad sobre este particular al señalar que la duración de la etapa de investigación sería de nueve meses (fl. 16).

Con fundamento en lo anterior, encuentra la Delegada que en el trámite de esta actuación existe una infracción de rango constitucional, cual es la violación al debido proceso como consecuencia de infracción a uno de los principios constitucionales, concretamente el de celeridad, que desarrolla esa garantía. En tal sentido, procede esta Delegada en sede de segunda instancia a dar aplicación a la sanción consagrada en el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política para ser aplicada a los medios probatorios allegados con violación al debido proceso, cual sería su “nulidad de pleno

derecho”, entendida como su exclusión de valoración para los propósitos confiados a este Despacho, según el desarrollo legal y constitucional reseñado anteriormente.

Quiere decir ello que para resolver el presente caso solo podrá la Delegada tener en cuenta la prueba allegada oportunamente a la investigación, esto es, la prueba documental que acredita la calidad de servidor público del investigado. A esta conclusión llega el Despacho luego de analizar pormenorizadamente las circunstancias particulares de esta actuación, ya que la misma no puede extenderse, sin más, a todo evento en que se detecte la práctica de pruebas de manera extemporánea.

Se observa además que resultaba escaso y de muy fácil consecución el material probatorio idóneo para proferir las decisiones de fondo dentro de esta actuación; pese a lo anterior, ningún esfuerzo por allegar la poca prueba documental necesaria se desplegó a lo largo de nueve meses y ni siquiera en los treinta días siguientes al vencimiento de la investigación. A más de lo anterior, una vez allegada la prueba, de manera extemporánea, más de tres meses tardó el auto de cargos, para cuya elaboración no se necesitó la valoración de más de diez folios en los que constaba la prueba documental.

Así, las circunstancias particulares de este caso obligan a adoptar los anteriores razonamientos y aplicar la conclusión señalada; no sobra advertir lo paradójico que resulta sancionar al servidor público investigado por haber demorado diez días hábiles la remisión de una información financiera con destino a la entidad nacional de control contable, mientras el funcionario investigador a cargo de las diligencias mantuvo inactivo este expediente por cerca de once meses.

Como quiera entonces que debe excluirse de valoración la prueba obtenida con posterioridad al vencimiento de la etapa de investigación, fenómeno que tuvo lugar a partir del 22

de mayo de 2001, y que en tales condiciones no encuentra el juzgador de segunda instancia prueba de la materialidad de la infracción imputada, será lo procedente absolver al investigado de los cargos formulados. Téngase en cuenta que precisamente la prueba de la materialidad de la infracción se encuentra en los documentos allegados extemporáneamente que aparecen a folios 30 y siguientes y que durante la etapa del juicio disciplinario, ni el investigado requirió, ni la Procuraduría oficiosamente dispuso la práctica de pruebas o la repetición de las allegadas extemporáneamente.

Lo anterior debe apreciarse desde el contenido del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, que descarta la posibilidad de edificar un fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, situación que ocurre en este caso donde tal prueba no puede ser objeto de valoración”.

En el mismo marco interpretativo sobre este tópico se ubica el tercer fallo proferido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, el 22 de junio de 2006 (Rad No 162-85117-03)⁴³. En esta oportunidad señaló:

“En la legislación disciplinaria se han previsto términos preclusivos para las distintas etapas procesales, para proteger las garantías de los sujetos procesales, de allí por ejemplo que en los artículos 150 y 156 de la ley 734 de 2002 se haya fijado un término para que se adelante la indagación preliminar y la investigación disciplinaria”

Desconocerlos puede constituir violación al debido proceso. La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 200 de 1995, en lo relacionado con el

⁴³ Decisión suscrita por el Dr. José Joaquín Urbano Martínez, Procurador Delegado para la Moralidad Pública.

aparte del artículo que dejaba abierta la posibilidad de reabrir la investigación disciplinaria, señaló:

“...La consagración de etapas dentro del proceso, delimitadas por términos procesales, así como el cumplimiento de los mismos por parte de la autoridad encargada de administrarlos, constituyen la base procedimental fundamental para la efectividad del derecho al debido proceso y para el recto funcionamiento de la administración de justicia...”. (sentencia C-181 de 2002, M.P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).

La misma Corporación en sentencia C-728 del 21 de junio de 2000 declaró exequible el aparte “Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses (...)”, del artículo 141 de la ley 200 de 1995 con el argumento de que es posible que:

“se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella (...) en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub júdice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de (sic) que se haga justicia en todas las ocasiones (...)”.

En ese sentido, la Procuraduría Auxiliar, en Concepto 021 de 2001, expresó:

“Ha de acatarse lo ordenado por la Corte, por ser de obligatorio cumplimiento y de efectos erga omnes; pero teniendo en cuenta lo siguiente: 1. Si transcurren los seis (6) meses después de dictado el auto de indagación preliminar, pero se alcanza a recopilar todas las pruebas dentro de ese término, se puede hacer la evaluación respectiva y dictar auto de apertura de investigación o de archivo definitivo, según el caso. Esta

interpretación surge de lo dicho por la Corte, en la parte motiva de la sentencia y sirve como criterio auxiliar para la aplicación de la misma: "... es que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas...". 2. Si, por el contrario, transcurren los seis (6) meses y no se recauda una sola prueba en dicho lapso, debe dictarse el auto de archivo definitivo. 3. Si se practican pruebas fuera del término de los seis (6) meses no serán consideradas válidas y, por tanto, se debe decretar el auto de archivo definitivo. Pero si existen más pruebas, recaudadas dentro del término de los seis (6) meses, estas se evaluarán y se dictará el auto de apertura de investigación disciplinaria o el archivo definitivo, según el caso...".

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-901 de 2005 planteó:

"En este acápite, la vía de hecho planteada se hace consistir en que la indagación preliminar dispuesta por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal tuvo una duración superior al término máximo de seis meses previsto en el artículo 141 de la Ley 200 de 1995. Del desconocimiento de ese término legal se infiere una vulneración al debido proceso constitucionalmente relevante, la invalidez del proceso y, en consecuencia, la ilegitimidad del fallo sancionatorio proferido.

En cuanto a este punto hay que indicar que la justicia debe administrarse dentro de términos razonables. Con razón se ha dicho que una justicia morosa es denegación de justicia. Así como el derecho a la vida no puede desprenderse de la dignidad humana, en tanto que la Carta Política reconoce y protege la vida en condiciones de dignidad; así también el derecho a la justicia no puede concebirse sin desprenderse de la prontitud, pues el Texto Fundamental toma partido por una justicia

pronta y cumplida. Como lo ha expuesto esta Corporación, “La consagración de los términos judiciales por el legislador y la perentoria exigencia de su cumplimiento tienen íntima relación con el núcleo esencial del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, pues la indeterminación de los términos para adelantar las actuaciones procesales o el incumplimiento de estos por las autoridades judiciales, puede configurar una denegación de justicia o una dilación indebida e injustificada del proceso, ambas proscritas por el Constituyente”. (Sentencia C-4516-93, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

De allí que las modernas Constituciones consagren referencias expresas al plazo razonable que debe regir la administración de justicia, que los estatutos procesales fijen hoy términos específicos dentro de los cuales deben cumplirse las distintas actuaciones y que los tribunales constitucionales y los organismos internacionales de derechos humanos hayan hecho énfasis en el compromiso de la responsabilidad de los estados cuando de manera injustificada se desconoce el deber de fijar o respetar los plazos indicados en la ley para la administración de justicia.

En nuestro país la Carta Política contiene una referencia expresa al plazo razonable en cuanto, en el artículo 29, consagra el derecho a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”. Partiendo de esa norma, la legislación procesal penal y disciplinaria ha previsto términos preclusivos para las distintas etapas procesales, pues es evidente que el poder punitivo del Estado no puede ejercerse de manera indefinida, sino en términos preestablecidos. De allí, por ejemplo, que en el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 600 de 2002 se hayan fijado términos preclusivos para la realización de la investigación previa y que en el artículo 141 de la Ley 200 de 1995 y en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 se haya fijado un término de seis meses para que se adelante la indagación preliminar en los procesos disciplinarios.

Por otra parte, dado el deber en que se halla el legislador de respetar la exigencia constitucional de que los procesos se adelanten sin dilaciones injustificadas, la Corte Constitucional ha planteado, por ejemplo, que la inexistencia de términos para la realización de la investigación previa constituye una vulneración al debido proceso (Sentencias C-412-93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-036-2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y que es posible que “se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella”, pero que “en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub júdice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de (sic) que se haga justicia en todas las ocasiones” (Sentencia C-728 00 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La misma legislación aporta elementos de juicio para determinar qué consecuencias sobrevienen al incumplimiento del término de indagación preliminar en materia disciplinaria. Por una parte, el artículo 4 de la Ley 270 de 1996, tras consagrar el principio de celeridad al que debe atenerse la administración de justicia, dispone que la violación de los términos procesales constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Y, por otra parte, el artículo 141 de la Ley 200 de 1995, aplicable al proceso disciplinario que ocupa la atención de la Corte, disponía que “Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses. La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos; al vencimiento de este término perentorio el funcionario solo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente”. Finalmente, ya se vio cómo la

jurisprudencia constitucional había considerado que, vencido el término de indagación previa, se debían resolver “con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones”.

De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de esta toda la actuación cumplida carezca de validez. Es decir, del solo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados, pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional.

De este modo, aparte de la eventual falta disciplinaria en que pueda incurrir el servidor que incumplió ese término, él se halla en el deber de tomar una decisión con base en la actuación cumplida hasta el momento en que el vencimiento de ese término operó. Si en tal momento existen dudas, estas se tornen insalvables y surge la obligación de archivar la actuación; pero si tales dudas no existen, esto es, si aparecen cumplidos los objetivos pretendidos con la indagación preliminar, nada se opone a que se abra investigación disciplinaria, pues precisamente esta es una de las decisiones que se pueden tomar en tal momento.

En suma, cuando en el proceso disciplinario se desconoció el término legalmente fijado para la investigación preliminar, tal irregularidad no afecta de manera automática el debido proceso ni el derecho de defensa y por ello no puede conducir siempre a la declaratoria de invalidez de lo actuado. (...)”.

Sobre el caso concreto, la Delegada señala que “la Constitución y el procedimiento disciplinario prescriben que se tendrá como inexistentes las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado (artículos 29 y 140 de la ley 734 de 2002).

Las pruebas deben cumplir los requisitos intrínsecos y extrínsecos necesarios para que sean legalmente aportadas al proceso. Esto es, deben ser idóneas, pertinentes y conducentes y deben llenar cada uno de los requisitos establecidos en la ley (extrínsecos). Igualmente deben ser oportunamente allegadas al proceso, es decir, deben aportarse dentro de los términos previstos para ello. Por último deben ser decretadas por el competente.

El hecho de que exista una práctica reiterada indicativa del desconocimiento de esos términos no constituye argumento válido para desconocer esas implicaciones del derecho a ser investigado en un plazo razonable como contenido del debido proceso, pues de lo que se trata es de fomentar prácticas consistentes con los fundamentos superiores de la imputación disciplinaria y no de forzar a estos para justificar prácticas indebidas.

Así, al despacho corresponde de manera expresa excluir el elemento probatorio que se ha obtenido con violación al debido proceso, como en efecto lo dispondrá. Adicionalmente, evaluará las pruebas, recaudadas dentro del término de los seis (6) meses, para finalmente decidir si se archiva o no la actuación.

En el caso bajo estudio, si bien la aducción de los contratos se ordenó dentro del término legal, con el conocimiento y la posibilidad de contradicción del disciplinado, no se respetó la estructura básica del proceso disciplinario, es decir, no fueron válidamente obtenidos conforme a las formalidades legales

esenciales requeridas, para su incorporación, esto es, estuvo precedida de orden previa de autoridad competente, pero la prueba no se trajo dentro del término establecido para la investigación disciplinaria (art. 156 de la ley 734 de 2002), y por tanto se desconoció el debido proceso, hecho este que la convierte en nula de pleno derecho en los términos del artículo 29 de la Constitución Política.

En síntesis, con fundamento en el material probatorio obtenido regular y oportunamente, el señor HLB, en su condición de gobernador del Vaupés, será absuelto de responsabilidad, aplicando el principio de la duda a favor del disciplinado, conforme lo estatuye de manera implícita el artículo 29 de la Constitución Política, también consagrado en el artículo 9 de la ley 734 de 2002, pues las pruebas allegadas dentro del término no permiten obtener la certeza necesaria para proferir fallo sancionatorio en su contra, y por ello resulta imperativo reconocer el in dubio pro reo a favor del disciplinado, por cuanto en el presente caso no hay modo de eliminar la duda razonable”.

4.4. Irregularidades que afectan el debido proceso probatorio en la práctica concreta de algunos medios de prueba (testimonio, prueba pericial, documentos y confesión).

El desconocimiento o infracción de normas de garantía en la aducción de las pruebas, en el proceso disciplinario, afecta la legalidad de la misma, y conduce a la ausencia de validez de los elementos de convicción adquiridos de esta manera.

En punto del testimonio, por ejemplo, el acta donde se consigna la declaración debe incluir el nombre del testigo, su número de cédula de ciudadanía y la totalidad de los datos para identificarlo, como formalidad sustancial que le permite al investigado ejercer cabalmente su derecho a la defensa y contradicción probatoria, por cuanto el conocimiento del órgano de prueba es lo que le permite señalar las condiciones

y circunstancias personales o familiares que puedan afectar su credibilidad.

Sin tal conocimiento resulta imposible realizar una crítica probatoria adecuada y apreciar el valor del testigo o del perito, ya que para controvertir la prueba y apreciarla en su verdadero valor, es necesario conocer al protagonista de la misma. Este constituye el argumento esencial con el cual la Corte Constitucional colombiana declaró que la utilización de testigos con reserva de identidad, en el marco de la justicia penal de orden público, infringía de manera ostensible disposiciones y principios constitucionales, y especialmente los relativos a la contradicción probatoria y el derecho a la defensa.

Al respecto, en la sentencia C- 392 de 2000, la Corte Constitucional colombiana, con ponencia del Magistrado doctor Antonio Barrera Carbonell, señaló:

“Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicato se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad.

Podría aducirse en pro de la constitucionalidad de la institución cuestionada, que lo que en definitiva importa es lo que dice el testimonio, y no quién es el testigo; y, además, podría agregarse que conocida tal declaración, existirá la posibilidad de interrogación posterior al testigo sobre lo declarado.

Sin embargo, tal argumentación resulta un sofisma inaceptable a la luz de la Constitución y de principios elementales del derecho probatorio. En efecto, para nadie es desconocido que las condiciones personales del testigo como órgano de la

prueba pueden ser también materia de debate en el ejercicio del derecho de contradicción, cual sucede por ejemplo, si el testigo ciego afirma haber visto algo, y se discute por el sindicado si aquel tiene un sentido de la vista normal, disminuido, o carece del mismo por completo; e igual podría predicarse de quien afirma haber oído siendo sordo; o igual sucedería cuando el testigo asevera haber visto y oído, con explicación sobre lo que oyó y lo que vio, con profunda convicción personal de que así en efecto ocurrió, asunto que podría ser objeto de discusión por el sindicado que intentara la demostración de que el declarante no faltó a la verdad, pero padece de alucinaciones visuales o auditivas, o de ambas, en razón de padecer una esquizofrenia.

Del mismo modo, la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes eventualmente puedan resultar afectados o beneficiados con su declaración puede ser objeto de confrontación y examen en la contradicción de la prueba.

Además, el contacto directo de las partes con el testigo durante la recepción de la declaración de este permite al procesado o a su apoderado la percepción inmediata de la reacción anímica del deponente ante las preguntas que se le formulan, lo cual puede resultar útil para ejercer el derecho de preguntar o contrapreguntar en ese preciso momento algo que permita examinar lo declarado para mayor precisión en relación con los hechos objeto de la investigación, oportunidad que, conforme a la psicología judicial puede ser imposible de repetir luego, lo que quiere decir que si se ignora quién es el testigo y si el sindicado se encuentra ausente cuando aquel declara, de esta manera se vulnera también su derecho a la publicidad y a la contradicción de la prueba, parte fundamental del debido proceso judicial.

Lo mismo puede predicarse de las especiales circunstancias de tiempo, de modo y de lugar de las que afirma el declarante existieron para percibir los hechos que narra en el proceso, las cuales pueden constituir una explicación verosímil y suficiente, o por el contrario pueden servir para descartar tal verosimilitud y, en consecuencia, la credibilidad del testigo.

- En cuanto a la protección de los testigos, es de considerar que entre las funciones que la Constitución asigna a la Fiscalía General de la Nación en su artículo 250, se encuentra la de “velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”, razón por la cual no podría, en principio, sostenerse que una norma legal dirigida a asegurar dicha protección resulte contraria a la Constitución.

Sin embargo, nótese bien que para el cumplimiento de dichos programas no se requiere, según las voces de la Carta, concepto previo de la Procuraduría General de la Nación, ni favorable ni desfavorable. Por ello, en desarrollo de tales programas, no podía establecerse la necesidad de dicho concepto, como lo hace el artículo 17 de la Ley 504 de 1999.

No obstante, lo anterior no significa ni puede significar que cualquier norma referida al programa de protección a los testigos e intervinientes en el proceso resulte conforme a la Constitución, pues si con ello se vulnera el debido proceso público a que tienen derecho los justiciables conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta, deberá ser declarada inexecutable.

Eso es lo que ocurre con la institución que autoriza la existencia de “testigos con reserva de identidad” en los procesos por los delitos a que se refiere el artículo 5 de la Ley 504 de 1999, como quiera que puede protegerse al testigo de manera diferente a la de ocultarle al procesado quién es la persona que declara contra él.

De esta suerte ha de concluirse entonces que la reserva de identidad de los investigadores, juzgadores y testigos resulta violatoria del derecho a la publicidad del proceso, a la imparcialidad de los funcionarios y a la contradicción de la prueba y, en tal virtud, de la garantía constitucional al debido proceso consagrada por el artículo 29 de la Carta.

Por lo anterior, constituyendo las normas acusadas de los arts. 12, 13, 15, 17, 18 y 44 un todo jurídico inescindible serán declaradas inexecutable. Pero advierte la Corte que la declaración de inexecutable del art. 17, por las razones indicadas, no inhibe a la Fiscalía para asegurar la protección de los testigos de acuerdo con el art. 250-4 de la Constitución y las normas que regulan el programa de protección para víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación”.

Luego entonces la práctica de un testimonio en el proceso disciplinario, sin incluir en el acta los datos que permitan identificar al declarante, conduce a que tal prueba no produzca efecto probatorio alguno, y que resulte por tanto cobijada por la regla de exclusión. En tal sentido, dicho testimonio no podría ser tenido en cuenta para sustentar ninguna providencia en el decurso de la actuación.

Lo mismo ocurre, en estricto sentido, cuando no se le recibe juramento al testigo o el operador disciplinario no amonesta previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto, y las sanciones penales que por el delito de falso testimonio se encuentran establecidas para los que declaren falsamente o callen la verdad total o parcialmente.

Dicha disposición procesal, orientada a lograr que el testigo ajuste su relato a la verdad sobre los hechos percibidos, representa ciertamente una garantía para los sujetos procesales y la propia administración de justicia, en punto de la aproximación a la verdad de los hechos y a la garantía de

los derechos fundamentales, como las metas esenciales del procedimiento.

Liberar de juramento al testigo o no advertirle en torno a las consecuencias penales que se derivan del falso testimonio es dejar librada la veracidad de su relato a razones de conciencia, lo que afecta materialmente el derecho del procesado a que no se le incrimine con apoyo en declaraciones mendaces que no generan consecuencia jurídica alguna para el órgano de prueba que así procede, e incluso vulnera los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, cuando el testigo pretende favorecer los intereses del investigado, rindiendo un testimonio contrario a lo realmente ocurrido.

Así pues, el desconocimiento de esta formalidad sustancial debería en principio generar la inexistencia del testimonio, tanto en el proceso penal como en el disciplinario, conclusión que sin embargo parece no respaldar la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto: mediante providencia del 2 de marzo de 2005 (Proceso No. 18103. Magistrado Ponente Dr Édgar Lombana Trujillo), la Corte indicó: "...por omitirse juramentar al indagado frente a los cargos que lanza contra terceros, la versión dada en estas condiciones no pierde validez ni eficacia, porque conserva su calidad de prueba, que como tal debe ser apreciada por el funcionario judicial con apego a las pautas de la sana crítica. En efecto, el único efecto adverso de la falta de juramento es la imposibilidad de investigar por falso testimonio a quien declaró falsamente"⁴⁴.

No parece razonable esta orientación jurisprudencial de la Corte, pues a la luz de lo antes señalado, el juramento y las

44 Se apoya la Corte para sustentar su tesis en el antecedente jurisprudencial del 25 de octubre de 2004, Magistrado Ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego, Rad. 21587).

advertencias en torno a las repercusiones penales de faltar a la verdad en tales circunstancias constituyen una formalidad legal esencial cuyo contenido de garantía deviene ostensible, y en consecuencia, el incumplimiento de tales previsiones debe generar en el proceso disciplinario y en el proceso penal un falso juicio de legalidad que conduce a la inexistencia de la prueba, siempre y cuando la misma no se haya convalidado antes de la finalización del proceso, a través de una ratificación de la diligencia bajo la gravedad de juramento, y se haya valorado como fundamento esencial de una decisión.

Así mismo, y en punto de la prueba pericial, las normas procesales establecen como formalidad que el perito tome posesión prestando juramento y explique la experiencia que tiene para rendir el dictamen, demostrando la idoneidad y conocimiento específico en el arte, ciencia o técnica sobre la cual versará su experticia.

En la misma lógica de argumentación, el juramento, la posesión y las manifestaciones del perito en torno a su experiencia y trayectoria constituyen datos que, por un lado, pretenden asegurar que el perito ajuste a un marco de verdad su dictamen y, por otra parte, permiten el ejercicio cabal de la contradicción probatoria y del derecho a la defensa, pues la solvencia técnica y académica del perito es requisito esencial de eficacia de la prueba, y un elemento que permitirá al investigado sustentar la contradicción de la misma, en las respectivas solicitudes de aclaración, complementación o en la objeción del dictamen pericial.

Bajo tal perspectiva, es razonable concluir, en relación con la prueba pericial, que el desconocimiento de estas formalidades legales sustanciales (posesión, juramento y datos sobre la experiencia) conduce a la inexistencia de la prueba, y por ende a la prohibición de valoración de la misma.

Por otro lado, se consideran inexistentes para efectos probatorios los documentos aducidos al proceso disciplinario que no tengan la calidad de originales o copias auténticas, a la luz de lo señalado por el Código de Procedimiento Civil, que en este punto se aplica por vía de integración.

Sobre este punto específico se destaca el concepto emitido por el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Gustavo Adolfo Cuello Iriarte, el 4 de mayo de 2005 (concepto No. 064/ 05), donde indica:

“Por regla general, las partes están obligadas a aportar los originales de los documentos que requieran para soportar sus pretensiones o medios de defensa; excepcionalmente, y en los casos señalados expresamente por el legislador, se autoriza la presentación de copia de los mismos, bajo el estricto cumplimiento de las formalidades allí establecidas.

Ahora bien, “conforme a lo dispuesto por el artículo 254, numeral 1o. del Código de Procedimiento Civil, las copias de documentos autorizadas por notario tienen valor igual al del original, cuando en esa oficina se encuentre este ‘o una copia autenticada’; y también tendrán ese mérito probatorio, ‘cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente’, según las voces del numeral 2o. del citado artículo 254 del Código de Procedimiento Civil”⁴⁵.

De esta manera, en términos del artículo 254 del C.P.C. se tiene:

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

45 Sentencia de 13 de marzo de 1996, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. 4708.

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Por las anteriores consideraciones, para que un documento posea eficacia probatoria, además de las otras exigencias legales, debe ser aportado al proceso en original o en copia que cumpla las condiciones señaladas en el artículo 254 del C.P.C. Si se presenta a la litis en copia carente de las formalidades allí descritas, estaría, por lo tanto, desprovisto de su calidad probática, como acontece en el caso subjúdice, pues se tiene, que tales piezas procesales en últimas corresponden a copias simples, pues no están debidamente autenticadas”.

Adicionalmente, es inexistente la prueba de confesión donde no concurra alguno de los siguientes requisitos: no hecha ante funcionario judicial; realizada por persona no asistida por su defensor, que no haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma, o que no se haga en forma consciente y libre.

Sobre el tema específico la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “la ley procesal considera inexistentes para todos los efectos las diligencias practicadas con la intervención del procesado sin su defensor. Sin embargo, las diligencias a las que alude la norma son las realizadas por funcionarios judiciales, ya sean jueces o fiscales, como la versión libre o la indagatoria, en cuyo decurso se puede

producir la confesión, o el reconocimiento en fila de personas, esto es, las de carácter judicial⁴⁶

Si bien en el proceso disciplinario la presencia del defensor no es requisito de validez de la versión libre, sí lo es con respecto a la confesión, ya que en tal aspecto probatorio no regulado se aplican por vía de integración las normas del Código de Procedimiento Penal (art. 130 de la ley 734 de 2002), y en tal sentido, la confesión obtenida en el proceso disciplinario sin presencia del defensor, sin información al disciplinado sobre el derecho a no declarar contra sí mismo, o en forma libre y consciente, constituye prueba ilícita, y será en consecuencia cobijada por la regla de exclusión. En tal sentido, resultará necesario citar nuevamente al disciplinado, para que en presencia de abogado defensor convalide la confesión, y pueda entonces ser valorada como prueba válida en el proceso disciplinario.

4.5. Las formalidades sustanciales en el reconocimiento en fila de personas y a través de fotografías

Un último ejemplo en el tema de las infracciones al debido proceso probatorio como fuente de ilicitud tiene que ver con la prueba de reconocimiento en fila de personas o a través de fotografías, que llevan a cabo los organismos de policía

46 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Rad. 12639. Agrega la Corte "si el perito no es un funcionario judicial, y por tanto, no adopta ninguna decisión, y le está prohibido emitir juicios de responsabilidad penal, no es aceptable que en los casos donde la práctica del dictamen exija la presencia del procesado, este deba necesariamente asistir acompañado de su defensor. Y , específicamente, en relación con los peritajes de carácter psiquiátrico o psicológico, la presencia del defensor en la entrevista realizada por el siquiatra al procesado contribuiría a generar un ambiente de contradicción que desnaturaliza el procedimiento científico, el cual puede ser atacado por las partes, en razón de sus fundamentos y la conclusión del dictamen, a través de los mecanismos establecidos en la ley".

judicial, entre otros, el que está al servicio de la investigación disciplinaria (arts.148 y 149 del CDU), con objeto de identificar o individualizar a los servidores públicos autores o partícipes de un falta disciplinaria.

Un caso gráfico sobre el tema planteado se presentaría en el supuesto de un reconocimiento en fila de personas, donde se disponga la participación de individuos con características morfológicas no similares. Las normas procesales indican que en tal diligencia se ubicarán a la vista del testigo por lo menos 6 personas de características físicas semejantes, y al implicado, que usará en la medida de lo posible la misma vestimenta que llevaba consigo el día de la conducta punible, y se le advertirá sobre su derecho a escoger el lugar dentro de la fila⁴⁷.

Dichas formalidades actúan a modo de garantía objetiva, en orden a conseguir la fiabilidad de los resultados, y evitar reconocimientos sesgados en contra del imputado. En tal sentido, el desconocimiento de tales previsiones genera la ilicitud de la prueba, lo que conllevará a la inadmisibilidad de la prueba irregularmente practicada, y por ello el resultado del reconocimiento, en caso de ser incriminatorio, no puede ser utilizado para formar la convicción del juzgador, por lo que nos encontramos ante una prueba de valoración prohibida, ya que se trata de un reconocimiento sin todas las garantías.⁴⁸

47 En los artículos 303 y 304 de la ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) se regulan las diligencias de reconocimiento en fila de personas y reconocimiento a través de fotografías, respectivamente. Para la aducción de estos medios de prueba en el proceso disciplinario es necesario acudir a las normas del Código de Procedimiento Penal, por vía de integración, y concretamente en virtud del artículo 130, numeral 3 del Código Disciplinario Único, donde se indica: “los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”.

48 El ejemplo aparece en Miranda Atrampes Manuel. Ob. cit, Pág. 89- 91.

Sobre el tema específico, y en punto de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“De tiempo atrás es claro para la Sala (Sentencia de septiembre 12 de 2002, Rad. 16.960) que “el reconocimiento en fila de personas, entendido como el acto por el cual se busca establecer la identidad de una persona que ha participado en la comisión de un delito, a través de otra que afirma haberla visto y que es puesta en contacto visual con ella, no tiene en nuestra legislación procesal penal la categoría de prueba autónoma, como acontece con la inspección, la pericia, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios”, y la omisión de los requisitos legalmente exigidos para su validez no afecta la eficacia jurídica de la prueba a la cual complementa (testimonio), ni viceversa. También, en criterio de la Corte, “no siempre que en la producción de una determinada prueba son omitidos requerimientos de forma, su obtención se torna ilegítima. Para que lo sea, se requiere que la exigencia omitida tenga el carácter de esencial, es decir, que constituya presupuesto necesario para que el acto surja a la vida jurídica. Si carece de esta connotación, podrá afirmarse que existió una irregularidad, pero no que la prueba es nula por defectos de forma. Habrá casos, desde luego, en los que la informalidad, a pesar de no ser esencial, puede acarrear implicaciones en otro campo, como por ejemplo en la valoración de su mérito, situación que debe ser tenida en cuenta para efectos de la selección de la vía de ataque.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal de 1991, ... el reconocimiento en fila de personas debía realizarse con sujeción a las siguientes reglas básicas: (1) interrogatorio previo al testigo “para que describa la persona de que trata, y para que diga si la conoce,

o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen”; (2) conformación de una fila de personas integrada por el implicado y por lo menos seis personas más de características morfológicas semejantes; (3) asistencia de un defensor; (4) que en el acta se deje constancia de las personas que integraron la fila, y de quien hubiese sido reconocido.

“De estas exigencias, solo dos tienen el carácter de esenciales: la relacionada con la forma como debía estar conformada la fila de personas, y la atinente a la presencia de un defensor. El interrogatorio previo al testigo no tiene esta connotación, por resultar ajena a la estructura del acto, y estar fundamentalmente orientada hacia la obtención de información que pudiera incidir en la valoración de su mérito probatorio. Por eso, en el nuevo Código quedó excluido como requisito de forma (artículo 303). Tampoco ostenta dicha condición la previsión referida a la obligación de dejar consignados los nombres de las personas que integraron la fila, por tratarse de una exigencia que guarda relación con las formalidades del acta, mas no con la producción misma de la prueba”⁴⁹.

En esa línea de interpretación, “la tesis planteada obliga pronunciarse, en cada caso concreto, sobre la trascendencia y esencialidad de la norma procesal infringida. Como regla general, las normas procesales penales que regulan la forma de obtención y/u obtención de la prueba son auténticas normas de garantía, y por ello el tratamiento que debe dispensarse a los supuestos de infracción de las normas procesales de garantía de la prueba debe ser, en principio, el mismo de los supuestos de prueba obtenidos con violación de derechos fundamentales, en atención precisamente a su esencialidad, es decir, en ambas hipótesis la prueba será ilícita, nula de pleno

49 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 30 de marzo de 2006. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

derecho o inexistente, todo lo cual conduce a una consecuencia de prohibición de valoración e ineficacia probatoria⁵⁰.

En otros términos, la prueba practicada con desconocimiento de las formalidades legales esenciales, aunque en principio vulnera normas de legalidad ordinaria, y concretamente las procesales que disciplinan la aducción de los medios probatorios al proceso, materialmente implica de igual manera una afectación del derecho a un proceso con todas las garantías, lo que también se entiende como un proceso justo.

“El derecho a un proceso con todas las garantías, en este punto específico, intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, y se entiende como un concepto jurídico indeterminado, que paulatinamente está siendo desarrollado por la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Español, y que incluye derechos tan dispares como el de imparcialidad del juzgador, el derecho al recurso, necesidad de un intérprete, a no padecer indefensión, y a la inadmisión de las pruebas practicadas con violación de normas de garantías, entre otros⁵¹.”

Salvo supuestos excepcionales, en los que la norma que disciplina el desarrollo de una prueba no cumple una función de garantía para el imputado, o se produce el incumplimiento de meras formalidades procesales carentes de trascendencia, la infracción de las normas procesales que regulan la actividad probatoria debe acarrear, como efecto, la prohibición de valoración de la prueba, en cuanto la razón de ser de la misma sea cumplir una función de garantía para el acusado⁵².

50 En el mismo sentido López Barja de Quiroga señala: “las normas relativas a la prueba son normas de garantía del acusado con fundamento constitucional, porque todas ellas van dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado”. Tratado de Derecho Procesal Penal. Thomson- Aranzadi. 2004. Pág. 942.

51 Ver Martínez García, Elena. “Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Págs. 33-34.

52 Miranda Strampes Manuel. Ob Cit., Pág 72- 73.

Capítulo Cuarto

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.

La exclusión de la prueba ilícita, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, genera consecuencias relativas al rechazo de la prueba, su exclusión y la imposibilidad de valoración. Dicha exclusión debe ser jurídica y material. En la primera hipótesis (exclusión jurídica), la prueba ilícita no está llamada a hacer parte del proceso penal o disciplinario, y, si se aduce a él, no puede producir ningún efecto jurídico, es decir, no puede tomarse como punto de apoyo para demostrar ningún hecho relevante.

El fundamento de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no descansa en el efecto disuasor de las conductas ilegales de los agentes policiales, sino en la posición preferente de tales derechos en el ordenamiento jurídico.

Lo característico de la prueba ilícita es la carencia de validez y eficacia probatoria, lo que se traduce en la prohibición para el Juez de practicar, admitir o valorar las mismas para formar

su convicción, construir la base fáctica de sus decisiones y desvirtuar la presunción de inocencia. La regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita debería tener, quizás, como única excepción, aquellos supuestos donde los resultados obtenidos con la misma fuesen favorables para el imputado o acusado.

La exclusión es también material o física, para que el funcionario no tenga acceso al contenido de dicha prueba, pues una vez conocida producirá sobre su percepción un efecto que torna imposible que se despoje de su potencia incriminadora⁵³. Una vez conocido su contenido, el funcionario no puede sustraerse de ese conocimiento, que así sea de manera no deliberada, incidirá en la decisión a tomar, razón por la cual, ante la afectación de la imparcialidad del Juzgador por este hecho, un sector de la doctrina considera que tras conocer el contenido de la prueba ilícita, el funcionario debe apartarse del conocimiento del proceso⁵⁴.

En tal sentido, Miranda Strampes advierte que “la simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta difícil que el Juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo o efecto psicológico, en el momento de formar su convicción. Es decir, una vez que el órgano judicial ha tomado contacto con la prueba ilícita, resulta muy difícil prescindir, consciente o inconscientemente de su resultado, principalmente cuando se obtienen sólidos elementos incriminatorios para el acusado.

Esta parece ser la principal virtud de las exclusionary rules del derecho norteamericano, mediante las cuales se trata de

53 Ver Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág. 312.

54 Ibíden, pág 322.

evitar que las pruebas obtenidas ilícitamente se incorporen al proceso, incluso materialmente⁵⁵.

En esta línea hermenéutica, la única solución realista para lograr la imparcialidad del juzgamiento en tales casos, y por ende la materialización de todas las garantías, es apartar del proceso al Juez que hubiere tenido contacto con la prueba ilícita. Así, no resulta suficiente a tales efectos la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas, o con denegarles legalmente total eficacia, pues además, el Juez que la hubiere conocido deberá separarse del proceso, y en caso de no hacerlo, debería ser factible su recusación por las partes”.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha advertido que la ilicitud de la prueba requiere pronunciamiento judicial y ello es así por razones de seguridad jurídica. La Corte Suprema de Justicia, en cambio, ha indicado que por ser la prueba ilícita nula de pleno derecho, no requiere declaración expresa alguna de funcionario judicial. La dinámica del proceso penal (y/o disciplinario), destaca la doctrina, “impone que sobre la prueba ilícita se haga una declaración procesal, pues sobre este punto las partes alientan expectativas legítimas que deben resolverse. Esta expectativa de las partes, ante el silencio del operador jurídico, es contraria al principio de lealtad procesal, pues ellas tienen derecho a conocer con anticipación las pruebas con base en las cuales se emitirá la decisión; es decir, a percatarse de los elementos de convicción que serán apreciados para dictar sentencia”⁵⁶.

“La prueba ilegalmente incorporada o practicada sin las formalidades legales esenciales exigidas por la ley procesal penal o disciplinaria genera un “error in iudicando”, por cuanto

55 Miranda Strampes, Manuel. “ El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Bosch Casa Editorial. 1999. Barcelona. Págs. 103-104.

56 Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág. 313.

el vicio afecta únicamente el medio ilegalmente obtenido, sin proyectarse sobre los demás elementos de juicio o la estructura del proceso, de ahí que la solución en estos casos sea la exclusión del medio de prueba (primario o derivado), dejándolo sin efectos vinculantes. En otros términos, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la práctica de una prueba ilegal no invalida el proceso, ya que la Carta Política, en el inciso final del artículo 29 no consagra la nulidad del proceso sino únicamente de la prueba ilegalmente incorporada, y además, las pruebas no son actos cuyo agotamiento constituya presupuesto necesario para otras actuaciones posteriores, y por ello su ilegalidad no afecta la estructura del proceso ni vulnera las garantías de los sujetos procesales.

La regla general de que la ilegalidad de la prueba no invalida el proceso solo admite una excepción, que concurre cuando en tal ilicitud se ha incurrido en la diligencia de indagatoria, pues esta es medio de prueba y presupuesto procesal de posteriores actuaciones, y por eso la irregularidad afecta la estructura básica del proceso⁵⁷.

En tal sentido, si una vez excluida mentalmente la prueba ilícita, no concurren otras pruebas en las que pueda apoyarse la sanción penal o disciplinaria, debe dictarse un fallo de reemplazo y absolver al procesado; en otros términos, la absolución procede cuando la prueba ilícita constituye el único fundamento de la sentencia impugnada, pues en caso contrario la decisión se mantendrá a expensas de otros elementos de

57 Ver Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., Págs. 284 y 285. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado además, reiteradamente, que el falso juicio de legalidad por la incorporación al proceso de pruebas ilegales sólo es procedente cuando la misma ha constituido el único fundamento de la condena, y no concurren otras que permitan mantener el sentido del fallo, una vez suprimidas mentalmente las aducidas con vulneración a las normas del debido proceso.

convicción que le sirven de sustento, en cuyo caso el falso juicio de legalidad carecería de trascendencia⁵⁸.

Hay consenso en la doctrina y jurisprudencia de derecho comparado en torno a la ilicitud que se genera como consecuencia de las pruebas practicadas con vulneración de los derechos fundamentales sustantivos. Dicha prohibición es consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de una concreta norma procesal que prevea expresamente su inadmisión en el proceso.

Sobre las denominadas “pruebas inconstitucionales”, la doctrina distingue “según la afectación que alcanza derechos fundamentales absolutos o derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos no susceptibles de limitación o restricción alguna para fines de la actividad probatoria, como por ejemplo la vida y la integridad personal, por lo que cualquier vulneración de los mismos para tales finalidades se considera inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de injerencia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley y por el principio de proporcionalidad, como por ejemplo la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio”⁵⁹.

Prueba irregular, como ya se indicó, son todas aquellas que aún no ajustándose en cuanto a su obtención o producción a

58 En interesante postura doctrinaria el Profesor Urbano Martínez considera que cuando en el proceso penal se hubiere practicado una prueba ilícita con grave vulneración de los derechos fundamentales, ello debe afectar la validez del proceso, así existan otras que sustenten y mantengan el sentido del fallo, pues tal hipótesis conduce a la vulneración del derecho fundamental a un juicio con todas las garantías, a la pérdida de imparcialidad del juzgador como contenido de tal derecho fundamental y a la presunción de inocencia. Ob cit., Pág. 313

59 Miranda Strampes, Manuel. Ob. cit. Pág. 48

la legalidad ordinaria ni a las normas procesales que regulan la actividad probatoria, no vulneran derechos fundamentales.

Según la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, la eficacia de la prueba irregular depende en cada caso concreto de la trascendencia de la norma infringida, en función de los intereses en conflicto, tras efectuar el respectivo juicio de proporcionalidad. En esta dirección, sería excesivo concluir que toda infracción a las normas procesales determina una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto ello daría lugar a una constitucionalización de los formalismos. Así, el desconocimiento de los formalismos procesales sólo conlleva a la imposibilidad de valoración de la prueba, en los supuestos donde la infracción legal suponga la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías o a la igualdad entre las partes, aspectos que se determinan en cada caso concreto, acogiendo la teoría de la ponderación de los intereses en juego⁶⁰.

Así por ejemplo, cuando en la práctica de las diligencias de investigación o en la actividad probatoria se limitan las posibilidades de defensa del imputado o se infringen las garantías de contradicción, publicidad e inmediatez, existirá una infracción al derecho de defensa y a la presunción de inocencia, que genera ineficacia de las pruebas obtenidas por esa vía.

“De igual forma, cuando al proceso disciplinario se trasladan pruebas practicadas en procesos distintos, es necesario examinar la legalidad de la prueba, teniendo en cuenta las reglas vigentes al momento de su práctica en el proceso donde se han aducido las mismas, así como las decisiones que sobre su legalidad se hayan podido dictar en su actuación de origen,

60 En Miranda Strampes, Manuel. Ob Cit., pág 70, citando a González Cuéllar Serrano N. Proporcionalidad y derechos fundamentales. Edit. Colex, Madrid. 1990.

pues si la prueba ha sido declarada nula o se ha reconocido en el proceso originario que le faltan requisitos legales para adquirir la condición jurídica de prueba, no se puede tomar como tal en el proceso disciplinario”⁶¹.

61 “Guía práctica de pruebas para las investigaciones disciplinarias por violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario”. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Procuraduría General de la Nación. Enero de 2005, pág. 29.

Capítulo Quinto

EFFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

En todos los eventos de prueba ilícita, el investigador deberá excluirla de cualquier valoración, porque el artículo 140 del Código Disciplinario Único dispone que la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado se tendrá como inexistente, esto es, no se le reconoce la categoría jurídica de prueba. Así mismo, en la valoración de la prueba dentro del proceso disciplinario debe aceptarse la regla de exclusión de las pruebas ilícitas derivadas, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002.

La prueba obtenida con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o sin las formalidades legales esenciales (v. gr, sin orden judicial o sin motivación de la providencia que la ordena), es objeto de la regla de exclusión o de prohibición probatoria, es decir, “deberá ser excluida material y jurídicamente del proceso. Igual suerte

deberán correr las pruebas derivadas de una interceptación ilegal de comunicaciones privadas, pues nada se lograría si se renunciara a la prueba ilícita como evidencia, pero se le aceptara como fuente de prueba. Con esta lógica, paradójicamente se estimularía la producción de prueba ilícita, pues ella constituiría el camino para practicar otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de inocencia”⁶².

Es por ello que en los modernos sistemas procesales se opta no sólo por excluir la prueba ilícita en sí, sino también la que es consecuencia de ella. “Es lo que se conoce en el derecho anglosajón como la teoría de los ‘frutos del árbol envenenado’, en virtud de la cual la ilicitud se traslada de la prueba ilícita a aquellas pruebas que son su fruto. Sin embargo, existen muchos casos en los cuales la prueba derivada ilícita no está estrechamente ligada a la prueba prohibida”⁶³, y por ello se considera independiente; el nexo entre una y otra es atenuado, o la prueba derivada se habría obtenido, de manera inexorable, a través de medios lícitos (descubrimiento inevitable), y otros eventos en los cuales no es posible desconocer la evidencia física sobre la comisión de un delito que se obtiene como consecuencia de una interceptación de comunicaciones ilegalmente practicada (pruebas objetivas).

1. Doctrina de la fuente independiente

La doctrina de la fuente independiente, como excepción a la regla de exclusión probatoria, “se aplica en eventos donde la evidencia se ha obtenido por un medio distinto y separado de la obtención ilegal, es decir, se trata de aquellos casos en los que para la demostración de un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que exista entre ellos vínculo alguno”. El problema se circunscribe entonces a

62 Urbano Martínez, José Joaquín. Ob. cit., pág 390.

63 Ibídem, pág 390.

definir si existe o no conexión entre las evidencias maculadas y las evidencias limpias, es decir, vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas, que se asumen por la dogmática procesal bajo la denominación de “descontaminación del fruto”⁶⁴.

La ley 906 de 2004 establece que “para determinar si una prueba es derivada de una prueba ilícita (como en el caso de una intervención telefónica que vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones), y si respecto de ellas opera el mandato de exclusión jurídica y material, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, y los demás que establezca la ley. De acuerdo con esto la ley fija esos criterios y, además, consagra una reserva legal para la configuración de otros criterios adicionales”⁶⁵.

Los criterios para determinar si se está o no en presencia de una prueba derivada ilícita han sido diseñados por la jurisprudencia comparada, y en especial por la norteamericana. La sentencia SU-159 de 2002, de la Corte Constitucional colombiana, se refiere a algunos de ellos: según la doctrina de la fuente independiente, la prueba que supuestamente proviene de una prueba primaria ilícita es admisible si se demuestra que la evidencia derivada se obtuvo por un medio legal independiente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita. Fue esta la tesis aplicada para mantener las condenas contra el ex ministro Arboleda, en el proceso conocido en los medios de comunicación como el caso del miti-miti, y analizado en capítulo anterior.

64 En Guerrero Peralta, Óscar Julián. Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo sistema penal. Editorial Nueva Jurídica. Segunda edición. 2007. Pág. 435.

65 Urbano Martínez, José Joaquín. Ob, cit., Pág. 391.

En la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional Español se ha construido también una línea de interpretación con base en la excepción de buena fe, como forma de lograr la desconexión entre pruebas afectadas en su legalidad y otras obtenidas por las autoridades de policía judicial a través de ellas.

Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 238 de 1999, se decidió un caso donde las sospechas policiales y la investigación inicial se dirigieron contra una tercera persona posteriormente absuelta. La intervención telefónica, que más tarde se declaró lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones, fue encaminada hacia el citado tercero y su teléfono, pero de ellas se obtuvo información según la cual un individuo distinto recibiría una droga en un hotel de la provincia de Almería.

Destaca el Tribunal Supremo que “la sentencia ciertamente se fundamentó en pruebas obtenidas lícitamente. Ese carácter lo tienen el hecho de la aprehensión de la droga en el taxi donde viajaba el poseedor de la droga, la declaración de los agentes de la guardia civil que participaron en la vigilancia y seguimiento de los sospechosos, la del propio demandante que reconoció como suya la carpeta en la que se encontró la droga, y el testimonio del taxista que conducía el vehículo donde el actor transportaba la sustancia intervenida. Si bien todas estas pruebas, atendiendo al desarrollo histórico de los hechos, se sitúan en el contexto de las escuchas telefónicas ilícitas, lo verdaderamente relevante es que se muestran desconectadas de estas, en la medida en que no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas, ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial”.

Concluye entonces que “ninguna de las conversaciones grabadas fue determinante de la intervención de la droga, y por ello puede estimarse que la ilicitud inicial de las escuchas

referidas, en cuanto lesivas de derechos fundamentales, no se propagó a las demás pruebas que fundamentaron la condena⁶⁶.

En esta sentencia “no se aplica la teoría sobre ruptura del nexo de antijuridicidad, porque se mueve en el terreno de la prueba directa ilícita, pero justificada su admisión por el hecho de que la afectación del derecho fundamental no afectó al coimputado, ni el dato obtenido mediante la violación fue decisivo en la investigación. Esta idea enlaza directamente la titularidad del derecho fundamental material con la presunción de inocencia, de modo que esas pruebas reputadas ilícitas son aptas para enervar la presunción de inocencia del no titular del derecho fundamental material⁶⁷.”

En otras palabras, tras un pinchazo telefónico a un sujeto que finalmente resulta absuelto, el Tribunal Constitucional declara válida para condenar la prueba obtenida frente a un tercero, ahora sí imputado, porque al no ser titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, resulta susceptible de ser roto el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Razón asiste a la Profesora Martínez García, al señalar que “tal argumento resulta enormemente peligroso, pues abre la puerta a intervenciones telefónicas generales o de carácter preventivo, a sabiendas de que lo obtenido podrá ser utilizado en juicio contra aquellos procesados no titulares del teléfono⁶⁸.”

En tal sentido, en algunos casos la estimación que la jurisprudencia hace de la excepción de la desconexión causal obedece a una aplicación muy restrictiva de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, motivada principalmente por

66 Martínez García, Elena. Ob. cit., Pág. 60.

67 Ibídem, pág. 60.

68 Ibídem, pág. 62.

razones de defensa social. Es frecuente que la jurisprudencia fundamente la condena del acusado basándose en el propio reconocimiento de los hechos que este realiza, considerándolo como fuente independiente de la prueba, lo que no hace más que subsanar o convalidar los resultados obtenidos con la originaria prueba ilícitamente obtenida (por ejemplo, una intervención telefónica o un registro domiciliario ilícitos, forzando la interpretación de lo que debe entenderse por “fuente independiente”, confundiéndola con los supuestos de “pruebas diferentes” pero que, en realidad, son derivadas en cuanto proceden de la misma fuente viciada en su origen⁶⁹.

Para determinar cuándo se rompe el nexo causal o directo entre la prueba originalmente ilegal y la prueba de cargo derivada de esa, la Jurisprudencia norteamericana ha establecido tres criterios: “por un lado, el factor temporal, es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente. Por otro, la intencionalidad del agente o Juez, y el efecto disuasorio que sobre él podría tener la inadmisión de la prueba; y por último, la magnitud o características de la violación e importancia y naturaleza de la ilicitud, es decir, el resultado”⁷⁰.

Esta teoría se considera acorde con todo el sistema procesal constitucional, pues la existencia de una desconexión causal entre los hechos origen de la ilicitud y las evidencias encontradas es razón suficiente para que el juez acepte ponderarlas, y puedan constituirse como pruebas de cargo, ya que ellas en sí mismas consideradas carecen de ilicitud alguna.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia SU - 159 de 2002 aplicó dicha teoría a efectos de resolver el caso más relevante presentado a su consideración sobre el tema de la

69 Miranda Strampes, Manuel. Ob. cit. Pág. 116.

70 Martínez García, Elena. Ob. Cit. Pág. 74.

prueba ilícita, la regla de exclusión y las circunstancias que determinan la validez de las pruebas derivadas.

En dicho fallo consideró la Corte Constitucional que “las pruebas mencionadas no son realmente derivadas de la grabación ilícita sino resultado de fuentes independientes a la misma y separadas de ella, v. gr. declaraciones autónomas de cada Ministro voluntariamente divulgadas y una inspección judicial decretada por la Fiscalía al Ministerio de Comunicaciones. Como no son pruebas derivadas de la grabación ilícita, no se les comunica a ellas la nulidad de dicha grabación. Según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, para que la no exclusión de pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia, se requiere que estas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena.

Así, la noticia sobre una conversación que fue ilícitamente grabada solo sirvió como información general para la apertura de un proceso de indagación en el que la certeza sobre la comisión del hecho punible –el interés ilícito en la celebración de un contrato en el que incurrió el accionante– se fundó en pruebas documentales, testimoniales e inspección judicial inconexas con el contenido de la grabación y lícitamente decretadas y practicadas por los funcionarios competentes con el propósito de esclarecer el proceso de adjudicación por contratación directa de una emisora de radio en frecuencia modulada.

No puede decirse, entonces, que la aludida conversación fue parte de las probanzas en las que se fundó el juicio de la Sala Penal, con la que contaron tanto la Fiscalía como la Corte Suprema para proferir la acusación y, luego, la condena del peticionario. Al respecto, en el expediente reposan múltiples pruebas técnicas y documentales –producto de las indagaciones y las inspecciones judiciales realizadas por la Fiscalía–, así como testimoniales que dan cuenta de las irregularidades

ocurridas durante el proceso de adjudicación durante el año 1997, y de la manera cómo se escogió al beneficiario Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

La verificación de tales hechos y conductas se fundamentó en la existencia de pruebas autónomas que no guardan relación alguna, ni directa ni indirecta con la grabación telefónica. Estas y otras pruebas fueron en sí mismas suficientes para que el juzgador llegara al convencimiento sobre las circunstancias que eran objeto de su análisis y poder dictar una sentencia de fondo.

Por ejemplo, la verificación de múltiples conversaciones durante los días anteriores y posteriores a las fechas en las que se declaró desierta la licitación de varias frecuencias radiales (10 de julio de 1997) y se procedió a la adjudicación directa de las mismas por parte del peticionario, como Ministro de Comunicaciones de la época (julio 24 de 1997), tal y como se desprende de las certificaciones obtenidas por la Fiscalía de varias empresas de telefonía móvil y fija, y las constancias dejadas en las agendas de trabajo de los referidos ministros y de los registros existentes de los lugares en donde el interesado y los funcionarios públicos se reunieron, fueron suficientes para que la Fiscalía afirmara que "es lógica la inferencia que a partir de ello surge: las conversaciones y reuniones que sostuvieron primero MARIO ALFONSO ESCOBAR con el Ministro de Minas y Energía, luego los Ministros entre sí y finalmente ESCOBAR IZQUIERDO con el Ministro de Comunicaciones, más allá de la mera transmisión de una 'preocupación', giraron en torno a un propósito común: la adjudicación de la concesión a quien se encontraba empatado con nueve proponentes más para la ciudad de Cali: MARIO ALFONSO ESCOBAR IZQUIERDO"y constituye un procedimiento del que, en gracia de discusión, no fue objeto ninguno de los otros participantes en dicho proceso licitatorio.

Sin duda, buena parte del análisis que desarrolló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se encaminó a determinar, precisamente, la imparcialidad con la que, según el actor, fue hecha la adjudicación directa de la emisora al particular que resultó beneficiado finalmente, pues “también ha insistido el procesado y su defensor, que el interés que lo acompañó para la adjudicación de una de las frecuencias radiales en Cali a Mario Alfonso Escobar Izquierdo no fue otro que el de escoger al mejor porque obtuvo el más alto puntaje, sin que hubieran incidido los comentarios de RODRIGO VILLAMIZAR, pretendiendo así controvertir la acusación de la Fiscalía en lo concerniente a que ese interés, en cuanto había trascendido el carácter general que debe gobernar los actos de los servidores públicos cuando de contratación estatal se trata, es ilícito en la medida en que se quebranta la imparcialidad e independencia del funcionario”.

En consecuencia, en concepto de esta Corporación no es atendible la tesis del tutelante en el sentido de que las pruebas que sirvieran de fundamento a las decisiones judiciales, ahora impugnadas por vía de la acción de tutela, estuvieran viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Como anteriormente se ha mostrado, se trató de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela o bien inexistente, o bien roto por la ocurrencia de decisiones libres o hechos autónomos, o bien muy tenue y lejano. Además, como se demostró, las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho por defecto fáctico”.

En salvamento de voto, los Magistrados doctores Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araújo Rentería aducen que “la prueba nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus

consecuencias. Mas la nulidad de la prueba por vulneración de la legalidad ordinaria no implica que el hecho que se trata de acreditar con la prueba ilícita no pueda quedar acreditado por otros medios, si estos son legítimos y advienen al proceso por cauces también legítimos.

Encuentran los suscritos magistrados que en el presente asunto existen algunas pruebas que tienen una relación directa o indirecta con la grabación ilícita y por tanto se verían afectadas por la ilicitud de esta. La primera prueba envilecida por la grabación ilícita, es el testimonio rendido por la señora LÍA MERCEDES DEL VASTO ARYURE dentro de la diligencia de inspección judicial practicada en el Ministerio de Comunicaciones. Se considera viciada la declaración juramentada de DEL VASTO ARYURE porque varias de las preguntas realizadas por la Fiscal Delegada se refieren directamente a la transcripción mecanográfica del diálogo interceptado de manera ilícita. Idéntica situación se presenta en la declaración juramentada de FABIOLA GÓMEZ DAZA dentro de la inspección judicial llevada a cabo en el Ministerio de Minas y Energía.

Así mismo, de cara al proceso son ilícitas por derivación todas aquellas pruebas relacionadas con las manifestaciones públicas que hicieran las partes a los diferentes medios de comunicación, porque a pesar de haber sido de manera libre y espontánea por parte de los involucrados, este hecho no sana de ninguna manera la ilicitud. En el asunto bajo revisión se relacionan de manera especial como producidas en el proceso las siguientes: Comunicado de prensa suscrito por RODRIGO VILLAMIZAR ALVARGONZÁLEZ del 17 de agosto de 1997, la transcripción mecanográfica de la grabación de la entrevista de Rodrigo Villamizar a RADIONET y la transcripción del casete donde se grabó la entrevista realizada por Julio Sánchez Cristo al Ministro de Comunicaciones Saulo Arboleda Gómez para la F.M.

Todo lo anterior deja en evidencia que efectivamente la prueba ilícita fue propuesta y producida dentro del proceso penal y algunas de las pruebas recaudadas tanto en el sumario como en el juicio derivaron de la grabación prohibida e ilícita tantas veces nombrada.

En este orden de ideas, la grabación de la conversación de los funcionarios públicos fue obtenida por medios ilícitos, esto es, mediante la interceptación de la comunicación sin orden judicial y una vez propuesta y producida dentro del plenario fue utilizada para producir pruebas con el cumplimiento de las ritualidades legales, pero que sin duda están viciadas ante la existencia de un nexo de causalidad con aquella.

Por tanto, al no aplicarse la regla de exclusión en su expresión más amplia, extendiendo la sanción a toda prueba cuya incorporación al proceso sea consecuencia de aquel procedimiento viciado, es indudable que se incurrió en una vía de hecho y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió, valoró y fundó, por lo menos parcialmente su decisión, en las pruebas que eran consecuencia de la grabación ilegal descartando la interceptación ilícita pero beneficiándose de los frutos que la misma produjo. La aceptación de esta limitación a la exclusión de la prueba ilícita deja la puerta abierta a futuras conductas ilegítimas por parte de los organismos de investigación del Estado, lo cual no tiene ningún asidero dentro de los principios éticos y morales que rigen el Estado Social de Derecho.

Toma de postura

No obstante el esfuerzo argumentativo de la Sala Mayoritaria para construir premisas que permitieran descartar la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico en el caso bajo estudio, es lo cierto que tanto la Fiscalía, en la resolución acusatoria, como

la Sala Penal de la Corte en el respectivo fallo, desestimaron la aplicación de la regla de exclusión o prohibición probatoria sobre las pruebas reflejas que indirectamente se derivaban de las interceptaciones telefónicas ilegales.

Todo el acervo probatorio que sirvió de fundamento a la declaratoria de responsabilidad penal se encuentra afectado por la ilicitud originaria que impidió la apreciación de las escuchas telefónicas obtenidas sin orden judicial, en cuanto pruebas derivadas, y por ello ilícitas en la fuente.

Consideró la Sala mayoritaria de la Corte que existen múltiples pruebas documentales y testimonios desconectadas causalmente de las interceptaciones ilegales, que permiten fundamentar la condena por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Se refiere, como pruebas autónomas, a las múltiples conversaciones que sostuvieron los Ministros en los días previos y posteriores a la fecha en que se declaró desierta la licitación y se le adjudicó directamente la frecuencia radial al peticionario; a las diversas reuniones que sostuvieron con quien finalmente resultó beneficiado de la adjudicación; la amistad entre los dos ministros; y los comunicados, declaraciones de prensa y entrevistas radiales donde los ministros reconocen, en forma libre y espontánea, que la cuestionada conversación se llevó a cabo. A ello se suma, según la Corte, la inspección judicial a los ministerios, en cuyo desarrollo se acredita la frecuencia de las llamadas entre los ministros, y entre estos y el adjudicatario final de la licitación.

Todas estas pruebas, en criterio de la decisión mayoritaria, se consideran autónomas e independientes de la interceptación ilegal, y demuestran la elusión de la imparcialidad y transparencia que deben regir los procesos de contratación pública, y en tal sentido, son suficientes para acreditar la

materialidad del delito y la responsabilidad de los ministros por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Al respecto es conveniente precisar que si bien el fallo analizado constituye un avance significativo en la jurisprudencia sobre pruebas ilícitas, en cuanto estudio sistemático del tema, la decisión sobre el caso concreto no es plausible ni razonable, pues no expone premisas convincentes, en orden a demostrar que las pruebas a que antes se hizo alusión son en verdad independientes y autónomas de la intervención telefónica ilícita.

En realidad el único argumento que ofrece la Corte para defender la exclusión de la prueba ilícita, con base en la teoría de la fuente independiente, es que los Ministros en forma libre y espontánea reconocieron a través de comunicados y en entrevistas radiales que la conversación efectivamente sucedió.

Tal criterio parece a todas luces insuficiente para excluir la ilicitud de la prueba refleja, pues como atinadamente lo sugieren los Magistrados que suscribieron el salvamento de voto, este hecho no sana de ninguna manera la ilicitud, pues en todo caso la interceptación telefónica que origina el proceso fue la prueba que constituyó el criterio orientador de toda la investigación penal, y la totalidad de los medios de convicción que la Sala Mayoritaria califica como independientes guarda un vínculo o nexo directo o indirecto con la diligencia reservada que se practicó con vulneración ostensible del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En tal sentido, lo razonable a la luz del principio de proporcionalidad hubiese sido reconocer la vía de hecho por defecto fáctico, ya que la sentencia de la Sala Penal de la Corte “admitió, valoró y fundó, por lo menos parcialmente, su decisión, en las pruebas que eran consecuencia de la grabación ilegal, descartando la interceptación ilícita, pero beneficiándose de

los frutos que la misma produjo”, como certeramente se indica en el salvamento de voto.

A la luz del juicio de experiencia que aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, no era posible concluir, tampoco, que en el presente caso se hubiere producido una ruptura del nexo de antijuridicidad entre la prueba originaria y la prueba derivada, porque el tiempo transcurrido entre la ilicitud originaria y la nueva fuente no fue considerable; por el efecto disuasorio significativo que ciertamente habría tenido sobre las autoridades de persecución la exclusión de esta prueba ilícita derivada (perspectiva interna), y por la magnitud, la importancia y naturaleza que deriva de la ilicitud, es decir, por el resultado.

Así las cosas, lo jurídicamente correcto hubiera sido reconocer el defecto fáctico, decretando la nulidad para que la Sala Penal de la Corte emitiera nuevo fallo, única y exclusivamente con apoyo en las pruebas desconectadas causalmente de la interceptación telefónica ilícita que originó el proceso penal donde el Ministro resultó condenado como autor responsable del delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

2. El Descubrimiento Inevitable

La doctrina del descubrimiento inevitable se aplica cuando la Fiscalía demuestra que la prueba derivada de la prueba primaria ilícita de todos modos habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original deba ser excluida. En el caso de la fuente independiente se entiende que existe una fuente de información alterna pero legal que enerva la mácula de una fuente ilegal; en el caso del descubrimiento inevitable la situación opera en forma análoga, pero se requiere más que una fuente independiente, esto es, una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente hubiese llegado a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada.

Por esa razón a la doctrina del descubrimiento inevitable también se le conoce con el nombre de “extensión conceptual” de la regla de la fuente independiente”⁷¹.

Así, mientras en el caso de la fuente independiente existe un cotejo entre dos fuentes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un cotejo entre una fuente ilegal y un camino legal hipotético que inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión. En consecuencia se trata de una construcción en la que juega profundamente la especulación, lo que ha obligado a la jurisprudencia a afinar el análisis con vistas a su aplicación objetiva”⁷².

La mayoría de los casos en los que se ha empleado el descubrimiento inevitable corresponde a ejemplos en los cuales la conducta ilegal de los agentes de investigación penal ocurre cuando ya existe una indagación en progreso, que permitiría a través de un procedimiento de rutina obtener la evidencia. En estos casos lo normal es que lo ilegal acelere el descubrimiento. Por ello, el examen realizado por la judicatura, en tales eventos, contempla dos hipótesis: primero se indaga por los procedimientos estandarizados empleados en casos similares por parte de la entidad policial que tiene a su cargo el asunto, de tal manera que la situación objetiva se mide en el contexto del trabajo policial normal, y no en las directrices que trace quien maneja la investigación en el caso concreto. En segundo lugar, se examina si los resultados de tales procedimientos son claramente predecibles, de tal

71 Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit., Pág. 440.

72 *Ibidem*, pág 440. Otras aplicaciones frecuentes que el mismo autor destaca sobre la doctrina del descubrimiento inevitable, se refieren a las “investigaciones propiciadas por información ilegalmente asegurada”; al “descubrimiento inevitable en situaciones de registro” y al “descubrimiento de cuerpos”. Ver ob cit., págs. 444-446.

manera que la línea conductora a la evidencia que quede cerrada a especulaciones o hipótesis difícilmente demostrables”⁷³.

Se trata pues de algo similar a la “fuente independiente”, pero basada en un juicio hipotético, según el cual era probable encontrar la evidencia en desarrollo de la investigación en curso, y siempre que la policía hubiere actuado de buena fe, pues de otra forma no puede darse el efecto disuasorio propio de la admisión de estas pruebas derivadas.

3. El vínculo atenuado

La tercera excepción a la exclusión de la prueba ilícita que ha diseñado la jurisprudencia, especialmente en los países anglosajones, se denomina “doctrina del vínculo atenuado”. El análisis de la mencionada doctrina se remonta a la decisión *Nardone vs. Estados Unidos*, que adoptó la Corte Suprema de ese país, en 1939. El núcleo del problema en el caso concreto se centra en la introducción al proceso de un testimonio descubierto como resultado de una interceptación telefónica ilegal, y por tanto el problema a solucionar en la Corte se refería a si los frutos indirectos de la intervención ilegítima podían ser valorados, aun existiendo la prohibición federal de interceptar comunicaciones sin autorización judicial”⁷⁴.

En el referido caso la Corte Suprema de los Estados Unidos advierte que en algunos eventos el vínculo o relación causal entre la prueba ilegalmente obtenida y otras aducidas al proceso puede ser atenuado como para disipar la mancha. Concretamente la Corte estima que la confesión, en la hipótesis fáctica bajo estudio, fue posterior a la interceptación ilegal y absolutamente voluntaria, pues el acusado fue por sus propios medios a la policía. Para reconocer la noción de “atenuación”

⁷³ Guerrero Peralta, Óscar Julián. Ob. cit., pág. 444.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 447.

es necesario que la Fiscalía demuestre que no ha explotado en su favor el error o la conducta de la policía en la práctica de la prueba ilegal, y como segundo elemento, que exista un acto libre de intervención de un acusado que declara, a pesar de la constatación de una ilegalidad anterior”⁷⁵

En 1963, en el caso “*Won Sun vs. United States*” se aplicó nuevamente tal teoría a efectos de resolver un proceso donde tras un arresto ilegal se produjo días después una confesión voluntaria del acusado que llevó hasta la droga. La Corte estadounidense consideró que si bien las pruebas se encontraban causalmente conectadas, la mancha se disipaba o atenuaba al haber mediado dicha voluntariedad testifical exculpatoria. Además, la falta de mala fe policial en el registro y el consecuente efecto disuasorio en la policía⁷⁶, así como el amplio lapso de tiempo transcurrido entre la prueba ilícita y la nueva evidencia, fueron razones para presumir matizado el vicio inicial. Esta postura se encuentra a mitad de camino entre la teoría de la fuente independiente y la admisión de las pruebas ilícitas⁷⁷.

En la sentencia STC-81 del 2 de abril de 1998, frente a todas las excepciones a la prueba ilícita, el Tribunal Constitucional Español postuló una interesante y controvertida teoría integrada aplicable a los casos donde, aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de

75 *Ibidem*, pág. 448

76 En la Jurisprudencia española también se ha registrado una tendencia a la admisión de las pruebas ilícitas pero obtenidas con buena fe de los agentes policiales que, por ejemplo, creen actuar bajo la cobertura de un auto de autorización judicial correctamente motivado. Martínez García, Elena. *Ob. cit.*, Pág. 86.

77 En Martínez García, Elena. *Ob. cit.*, Pág. 75.

antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente o medio de prueba obtenido.

“Al tenor de la citada jurisprudencia, con base en un test triple se puede determinar cuándo opera la desvinculación jurídica que justifica la admisión de la prueba refleja. Se trataría de valorar tres datos: a) la magnitud de la violación, es decir, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica; b) la entidad del resultado, por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa, o la noticia de una posible entrega de la droga a partir de un “pinchazo telefónico”(perspectiva interna) y c) las necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo- importancia del bien jurídico tutelado e incentivación de transgresiones legales - en caso de ser admitida la prueba como válida (perspectiva externa)”⁷⁸.

Así las cosas, el ciudadano tiene un derecho subjetivo fundamental a que no se enerve la presunción de inocencia, y por tanto a no ser condenado: 1. si la prueba de cargo es ilícita y única, es decir, no existe otra prueba causalmente independientes de las ilícitas. 2. cuando aun existiendo otras pruebas de cargo causalmente independiente de la original, si un juicio de experiencia del Tribunal no consigue romper de forma racional la conexión de antijuridicidad existente entre las dos pruebas causalmente dependientes se desestima la conexión con base en los tres criterios que integran el test sobre juicio de experiencia, antes citados.

“Así, bajo esta perspectiva, para los casos en los que el Tribunal compruebe que la inadmisión de una prueba derivada no contribuye a generar el efecto disuasorio en la policía y órganos jurisdiccionales, se puede llegar a permitir que pondere los

78 Martínez García, Elena. Ob. cit., Págs. 95-96.

intereses en conflicto y confirmar la desconexión entre las pruebas y su validez, y por tanto, la posibilidad de enervar la presunción de inocencia. Se hace depender, por tanto, la decisión final de un juicio hipotético, como es el resultado persuasivo o no de la actuación judicial o policial, en caso de llegarse a excluir la prueba en cuestión.

Todo esto parece responder, en la jurisprudencia española, a una opción de política criminal sin consonancia con las exigencias constitucionales, condicionando la validez de la prueba en cuestión a aspectos que, en puridad, son ajenos al proceso, lo que implica un riesgo de vulneración de garantías mínimas, que se suma a la imprecisión legal existente en materia de restricción de derechos.⁷⁹

4. Hallazgos casuales y pruebas objetivas.

Los hallazgos casuales surgen cuando en desarrollo de la intervención legalmente decretada por funcionario judicial competente, y con un objetivo preciso, se descubre evidencia de otro acontecer delictivo, que puede o no guardar conexidad con el delito o falta disciplinaria que se investiga. “Son entonces evidencias que se obtienen en el decurso de la intervención, , pero que no se corresponden con el fin inmediato para la que fue autorizada la medida, y que además afecta a personas frente a las cuales no se ha ordenado la investigación”⁸⁰.

López Barja de Quiroga sostiene que “el problema de los hallazgos casuales surge cuando lícitamente durante la realización de una diligencia de investigación dirigida a la obtención de pruebas relacionadas con un determinado delito, aparecen pruebas relativas a un delito distinto; incluso

79 *Ibidem*, pág. 219.

80 Rodríguez , Orlando Alfonso. *Ob Cit.*, pág 254. Cita a Noya Ferreiro, María Lourdes; “la intervención de comunicaciones orales en el proceso penal, pág. 270.

se refieran al mismo imputado o a persona no sometida a investigación”⁸¹.

Los hallazgos que en tal contexto se obtengan de manera casual deben ser remitidos de forma inmediata, y con el cumplimiento de las normas sobre cadena de custodia, al organismo judicial correspondiente, siendo válidas las grabaciones como evidencia física contra personas diversas a las inicialmente investigadas, obtenidas en desarrollo de la intervención legalmente decretada.

En este punto la cadena de custodia constituye un mecanismo para preservar y demostrar la autenticidad de la evidencia obtenida, y evitar que la misma sea adulterada, manipulada o alterada en su contenido, en detrimento de su valor probatorio y fuerza demostrativa. Adicionalmente, es posible determinar la autenticidad del documento fonográfico mediante el reconocimiento del propio acusado; a través de testimonio de los ejecutores de la medida que declaren ante juez sobre los aspectos técnicos de la misma, o por la práctica de una prueba pericial donde un experto determine la autenticidad de la voz.

Con respecto a la intervención de la correspondencia privada, el artículo 234 del C.P.P colombiano establece que “si en el examen de la misma se descubriere información sobre otro delito, distinto y no conexo con aquel que se investiga en el proceso donde se realizó la diligencia, se debe iniciar la investigación correspondiente o remitir el hallazgo, bajo cadena de custodia, a quien la adelanta. “Por analogía es posible extender esta interpretación para el caso de las interceptaciones telefónicas”⁸².

81 López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob Cit., Pág 1265

82 Guerrero Peralta , Óscar Julián. Ob. cit., Pág. 381

La doctrina extranjera, con respecto a los hallazgos casuales encontrados en materia de interceptaciones telefónicas, “utiliza la noción de conexidad delictiva para permitir la utilización e investigación del delito nuevo, esto es, el delito descubierto debe guardar relación con el marco general de los hechos de la investigación adelantada. En esta hipótesis no se produce una novación del objeto de investigación, sino únicamente una adición de la misma. En cambio, si el delito nuevo descubierto no guarda conexidad con los hechos investigados, se permite la utilización siempre y cuando la gravedad del delito permita la injerencia”⁸³. Solo el Juez habrá de decidir si los delitos distintos descubiertos son o no conexos y si, en conclusión, procede extender el mandamiento judicial y ampliar el objeto de la diligencia inicialmente ordenada (ampliación habilitante).

Un criterio para establecer la conexidad en la jurisprudencia española estima que “si las pruebas causalmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en que se las encontró, nada impide que tales pruebas sean valoradas. Por ejemplo, si en el auto que ordena una diligencia de allanamiento y registro se indica que el objetivo del mismo es tan solo constatar la existencia de estupefacientes, la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativa a la tenencia ilícita de armas es ajustada a derecho, pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de registro domiciliario”⁸⁴

Un segundo criterio que se ha construido para admitir las pruebas obtenidas como hallazgo casual es el relativo al delito flagrante. En tal sentido, el hecho de encontrar en un registro domiciliario, válida y fundadamente en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia

83 *Ibidem*, pág. 381

84 López Barja de Quiroga, Jacobo. *Ob Cit.*, pág 1266.

así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma han de ostentar pleno valor probatorio, pues fueron recaudados en situación de flagrancia delictiva. Es el caso por ejemplo del hallazgo de droga en la chaqueta de un detenido, en desarrollo de una diligencia de registro domiciliario cuya literalidad del mandamiento judicial, se orientaba a la incautación⁸⁵ de armas y explosivos”

Aunque las evidencias obtenidas como hallazgo casual, en desarrollo de una diligencia legalmente decretada, son admitidas en la mayor parte de legislaciones procesales, con apoyo en los criterios de conexidad o la flagrancia delictiva, la jurisprudencia española destaca una diferencia entre los hallazgos casuales mediante una escucha telefónica y los que surgen durante una diligencia de entrada y registro.

Según la sentencia del Tribunal Supremo Español de 8 de marzo de 1994 “la intervención telefónica incide de manera directa en la esfera de la intimidad y de ahí que tal resolución matriz disponga que no es admisible extender autorizaciones prácticamente en blanco. En ellas, la investigación toma al presunto imputado como fuente de prueba y por ello las garantías para su práctica tienen necesariamente que sobredimensionarse, pues la dignidad de la persona no autoriza una especie de causa general. En cambio, la inviolabilidad del domicilio solo se refiere a un objeto perteneciente a la esfera del investigado, y por ello, una vez autorizada la entrada y registro, la protección garantística ha de ser menor que en el otro caso.

Como consecuencia, el propio tratamiento normativo de tales diligencias difiere sustancialmente, ya que en tanto la

85 *Ibidem*, pág. 1268.

intervención telefónica supone por su propia naturaleza su prolongación temporal, hasta por tres meses, la diligencia de registro se realiza en unidad de acto, con la única interrupción prevista respecto a la prolongación durante horas nocturnas. Por ello también, en la entrada y registro domiciliario el principio de especialidad no tiene por qué ser exigido con la misma intensidad que en las intervenciones telefónicas, y si en la práctica de aquel aparecen objetos constitutivos de un delito distinto del cobijado por el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se adecua al concepto de flagrancia, pues la comisión del delito nuevo se percibe como evidencia y exige por ello una inmediata intervención y la recogida urgente de los efectos del delito”⁸⁶.

En todo caso, y no obstante la referida postura de la Jurisprudencia Penal española, en términos generales la jurisprudencia del Derecho comparado admite como evidencia válida el hallazgo casual obtenido tanto en el allanamiento y registro, al igual que en desarrollo de una diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas. En este segundo supuesto, la exigencia de licitud del medio probatorio obtenido casualmente implica que la interceptación telefónica en cuyo decurso se encuentra la evidencia relevante para iniciar un nuevo proceso se haya decretado con el cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales que permiten conferir validez a las pruebas obtenidas a través de la diligencia reservada.

Una figura distinta es la relacionada con las “pruebas objetivas” que surgen en desarrollo de una diligencia afectada en su legalidad, porque fue practicada sin orden escrita de autoridad judicial competente, o porque la motivación fáctica y jurídica no supera el test de proporcionalidad.

86 López Barja de Quiroga, Jacobo. Ob. cit., Pág. 1268.

A nivel de jurisprudencia, el tema se ha planteado principalmente en relación con las evidencias físicas (rastros, huellas, objetos, cadáveres, armas, sustancias estupefacientes, etc.) que surgen en desarrollo de las diligencias de allanamiento y registro domiciliario que se ordenan sin los presupuestos constitucionales y legales de validez, y que acreditan la materialidad de un delito distinto al que se estaba investigando a través de la diligencia afectada en su legalidad.

La jurisprudencia ha considerado que en tales eventos, si bien es cierto que la noticia criminis surgió en desarrollo de un procedimiento viciado, hay evidencias materiales que no se pueden negar, por lo que debe procederse a la correspondiente investigación del hecho encontrado casualmente, a través del principio de oficiosidad, cuando procede, procurando en el marco del nuevo proceso, demostrarlo por otros medios.

La Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que las pruebas objetivas que demuestran la materialidad de delitos distintos, y encontradas en desarrollo de diligencias afectadas en su legalidad, son válidas para iniciar la respectiva investigación, en cuyo desarrollo la responsabilidad de autores y partícipes debe acreditarse por medios probatorios complementarios, como el testimonial, la inspección, la pericia, el documento o el indicio.

Bajo tal perspectiva, si bien las pruebas obtenidas en un registro domiciliario irregularmente decretado o llevado a cabo, o a través de una interceptación telefónica ilegal, no pueden ser apreciadas como fundamento de las decisiones judiciales que se profieran, porque tanto estas como las pruebas que de ellas se derivan se encuentran afectadas por la regla de exclusión, en tanto vulneradoras de garantías y derechos fundamentales, los hallazgos que en desarrollo de estas se encuentren en punto de la materialidad de otros delitos deben ser objeto de investigación separada, en la cual los organismos de policía

judicial deben aducir la prueba legal independiente que permita proferir un fallo judicial definitivo.

En sentencia del 13 de noviembre de 1990, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga, se refiere al núcleo de la teoría sobre las pruebas objetivas⁸⁷.

En esta ocasión la Corte se pronunció sobre un caso en el que “algunos miembros de la Dijín conocieron, por una llamada telefónica que en la casa de un ciudadano, este guardaba un material explosivo y armas de fuego. Solicitaron la correspondiente orden de allanamiento, pero horas antes de que esta fuera expedida por el Juzgado Cuarto de orden público, al observar que el procesado salía de su casa, le detuvieron e interrogaron, volviendo al sitio, y penetrando allí luego que aquel, por alguna presión ejercida por sus capturadores, accediera a franquear su residencia, pues dijo no estar comprometido en ningún hecho delictuoso. En la revisión se hallaron múltiples armas. En un segundo registro, se le encontró una barra de explosivo sísmico y una mina antivehicular, posesión sobre la cual brindó tres explicaciones: que los elementos los recibió de terceros, creyendo que eran repuestos; los agentes de la Dijín fueron quienes colocaron dolosamente ese material comprometedor en su casa; todo esto fue llevado por ellos para ganarse una recompensa. También se hallaron en la casa del procesado numerosas cédulas de ciudadanía y variada documentación perteneciente a otra persona”.

La Corte consideró que la diligencia de allanamiento y registro practicada por miembros de la Dijín en este caso constituye

87 Un análisis del referido fallo y sus implicaciones en punto de la prueba ilegal aparecen en Parra Quijano, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Ediciones Librería del Profesional. Novena Edición. 1998. Págs. 32 a 38.

una prueba lícita, que no vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por la aquiescencia del procesado, quien no logra acreditar que el mismo se haya producido como resultado de la coacción o violencia sobre él ejercida, y además porque se configura un fenómeno de flagrancia que legitimaba la diligencia sin orden judicial. Además, como el procesado en diligencia válida posterior decide reconocer la posesión de esas armas, la situación cambia fundamentalmente, pues el valor de esta probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria misma”.

Por otra parte, concluye la Corte, “conviene dejar a salvo demostraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho, las cuales no pueden uncirse al desprestigio o carencia de validez de los procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen. Así el allanamiento hubiere exhibido irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería por ejemplo, el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona detenida”.

Una lectura de esta sentencia, dictada antes de la vigencia de la actual Constitución Nacional, y sobre todo, de la existencia del aparte final del artículo 29 de la C.N. a la luz del ordenamiento constitucional hoy vigente, conduce a reafirmar la teoría según la cual, en caso de encontrarse evidencia física que demuestren la materialidad de un delito, en el decurso de un procedimiento policial que se realice sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, las mismas darán lugar, como noticia criminis, a que se inicie la respectiva investigación, en cuyo decurso el funcionario judicial someterá al principio de exclusión probatoria la diligencia reservada que se practicó ilícitamente, y en tal caso, como esta prueba, al igual que las que de ella se deriven, son nulas de pleno derecho, resultará

necesario que se acredite la responsabilidad con base en elementos probatorios independientes, que no guarden nexo causal alguno con la prueba ilícita.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en España resolvió un caso similar, que surge tras la práctica de un registro domiciliario, practicado legalmente por la policía judicial, cuyo fin era buscar objetos procedentes de un hurto con intimidación. En desarrollo de la diligencia, sin embargo, se encontró droga de grave daño para la salud, como es la heroína, dosificada en 69 bolsas. La jurisprudencia española resuelve estos casos por la vías de la flagrancia delictiva, sin que estime razonable exigir a la policía que en tales circunstancias suspenda la diligencia para solicitar un nuevo mandamiento judicial, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas⁸⁸.

88 Martínez García, Elena. Ob. cit. Pág. 93.



Bibliografía

ALARCÓN GRANOBLES, HÉCTOR J. y CADENA LOZANO, RAÚL. "Garantías Constitucionales y la Prueba Ilícita". Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudio Número 5. 2004.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, GUILLERMO AUGUSTO. "Investigación y Juzgamiento en el sistema acusatorio". Ediciones Nueva Jurídica. 2005.

ARENAS SALAZAR, JORGE. "La Prueba Testimonial". Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". 2006.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. "El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio". Universidad Externado de Colombia. 2004.

BERNAL PULIDO, CARLOS. "El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

“El derecho de los derechos” (Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales). Universidad Externado de Colombia. 2005.

CADENA LOZANO, RAÚL. “Principios de la prueba en materia penal”. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2003.

CLIMENT DURÁN, CARLOS. “La Prueba Penal. Doctrina y Jurisprudencia”. Tirant Lo Blanch. 1999.

CHIESA, ERNESTO L. “Tratado de Derecho Probatorio”. Publicaciones JTS. Estados Unidos de América. Reimpresión 2005. Tomo II.

FARFÁN MOLINA, FRANCISCO. “Policía Judicial Disciplinaria”. Edición ampliada y actualizada. Grupo Editorial Ibáñez. 2006.

GARCÍA VALENCIA, JESÚS IGNACIO. “Las Pruebas en el Proceso Penal Colombiano”. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1993.

GIMENO SENDRA, VICENTE, CATENA MORENO, VÍCTOR Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Colex. Segunda Edición. 1997.

GÓMEZ JIMÉNEZ JHON JAIRO. “Las Pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Primera Edición. 2002.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO. “Código de Procedimiento Penal Comentado”. Colección Pequeño Foro. 1987.

GONZÁLEZ AMADO IVÁN. “La Prueba Ilícita”. 2003. Artículo sin Publicar.

GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO. “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal”. 1990.

GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN. "Fundamentos teóricos Constitucionales del Nuevo Sistema Penal". Ediciones nueva jurídica. Segunda edición actualizada. 2007

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Thomson. Aranzadi. 2005

MAIER JULIO B.J. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1999.

MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA. "Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril). Tirant Lo Blanch. Universidad de Valencia. 2003.

MIRANDA STRAMPES, MANUEL. "El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal". Bosch Casa Editorial. 1999.

MORAS MON, JORGE R. "La Investigación en el Proceso Penal. La Técnica del Descubrimiento". Abelardo Perrot. Buenos Aires. 1998.

PARRA QUIJANO, JAIRO. "Manual de Derecho Probatorio". Ediciones Librería El Profesional. 1998.

"Tratado de la Prueba Judicial. El Testimonio". Tomo I. Quinta Edición. Ediciones Librería El Profesional. 1996.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. "Guía Práctica para las Investigaciones Disciplinarias por Violaciones de los Derechos Humanos e Infracciones al Derecho Internacional Humanitario". 2004.

QUERALT JOAN, JOSEP. "Introducción a la Policía Judicial". Bosch Casa Editorial. Tercera Edición. 1999.

RODRÍGUEZ CHOCONTÁ ORLANDO ALFONSO. "Prueba Ilícita Penal". Ediciones Gustavo Ibáñez. 2003.

“ El testimonio penal y sus errores”. Editorial Temis. Segunda Edición. 2005.

ROXIN, CLAUS. “ Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

SAAVEDRA ROJAS, ÉDGAR. “Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal”. Las normas rectoras del Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tomo I. 1995.

URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. “Prueba ilícita y regla de exclusión”. En “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”. Consejo Superior de la Judicatura. “Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla”. 2006.