

Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: sobre la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano

MAXIMILIANO A. ARAMBURO CALLE*

Resumen

La regla de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 constitucional como una garantía del sistema de derechos fundamentales fue consagrada expresamente para el proceso penal con la Ley 906 de 2004, en ella se establece que, toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo cual deberá excluirse de la actuación procesal, sin embargo en la misma ley se consagran excepciones a dicha regla generando así, una erosión al sistema de garantías de los derechos fundamentales y por ende un ejemplo de irracionalidad legislativa.

Abstract

The rule of recognition stated in the final subsection of the 29th article of the Colombian Constitution as a guarantee of the fundamental rights system, is reflected in the new regulation of the Criminal Procedure Statute (Ley 906 de 2004), in which it is established that all evidence obtained through violation of fundamental rights shall be considered illegal without any judicial intervention, however some exceptions are included in the same Statute producing, an erosion of the guarantees of the fundamental rights, and in consequence, an example of legislative irrationality.

* Doctorando en Derecho, Universidad de Alicante.

Palabras Clave

Clausula o regla de exclusión, prueba ilícita, prueba derivada, estándar de prueba “más allá de duda razonable”.

Key Words

The rule of recognition, illegal evidence, derived evidence, rules of evidence “beyond any reasonable doubt”.

Sumario

A. Planteamientos: intereses del legislador y racionalidad de sus instrumentos. B. El estándar de prueba “más allá de duda razonable” en la ley colombiana. C. La regla de exclusión, los efectos reflejos de la prueba ilícita y algún otro veneno: argumentos y refutaciones: 1. Antecedentes. 2. El retroceso: efectos reflejos y frutos envenenados en la ley. 3. El resultado: tensión e irracionalidad. 4. Las excepciones a la regla de exclusión. 5. Las excepciones reales. a. La excepción de buena fe. b. La excepción de tacha o impugnación. c. La excepción del error inocuo. 6. Las llamadas “excepciones aparentes”. a. El vínculo atenuado. b. La fuente independiente. c. El descubrimiento inevitable. D. Conclusión. E. Bibliografía.

A. Planteamientos: intereses del legislador y racionalidad de sus instrumentos

No son pocos los ejemplos de irracionalidad legislativa que alcanzan a producirse, sobre todo, en países que sufren de hiperinflación de normas. Los hay para todos los gustos y en todos los niveles de la jerarquía normativa formal, y algunos de ellos casi que hacen, por lo menos, sonreír. Otros llegan a preocupar un poco por los efectos que generan. Así sucede por ejemplo en las irracionalidades detectadas en normas tributarias o aduaneras, por los efectos sobre la economía de los contribuyentes; o en los códigos penales, por las delicadas relaciones que desde allí se tejen con la libertad personal; o las detectadas en asuntos de inmigración, por razones fácilmente imaginables.

En Colombia, tras la reforma constitucional promovida por el gobierno conservador de Andrés PASTRANA ARANGO (1998-2002) para dar lugar a la implementación de un sistema procesal penal inspirado en (y calcado de) el modelo *adversary*¹ estadounidense, se

1 El neologismo "adversarial" (que vendría del inglés *adversary*) ha sido empleado un sinnúmero de veces en sentencias, manuales de formación, artículos y traducciones de obras en Colombia. Teniendo en cuenta que aún no ha sido reconocido por los diccionarios más difundidos, preferiré en este escrito emplear o bien la conocida palabra española 'acusatorio' o bien la palabra inglesa '*adversary*', sin traducción.

promulgó la ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Esta ley, que divide las opiniones sobre sus bondades y perversiones (sobre las que no discutiré), puso en marcha el sistema acusatorio de juzgamiento para las causas penales, al que el uso ha llegado a calificar como *el bueno* por comparación con *el malo*, es decir, el inquisitivo. Sobre las diferencias entre uno y otro abunda la literatura y la caracterización de cada uno de ellos parece ser un tema en el que apenas hay un acuerdo de mínimos en la doctrina². De entre las numerosísimas novedades que trajo la ley 906 respecto de la legislación hasta entonces vigente, tal vez podría hablarse sin frivolidad del efecto simbólico del regreso de las togas para los jueces penales; o del impetuoso retorno de la oralidad y su real impacto en la descongestión de los despachos judiciales; de las necesidades y carencias del sistema de defensoría pública; de las acusadas dificultades presupuestarias para encarar con éxito, desde la Fiscalía General de la Nación, la agilidad requerida por el sistema; del importante efecto en la modernización de la infraestructura judicial que no se veía hacía décadas (y que, con razón, despertó las sanas envidias de las demás especialidades de la judicatura que hubieran querido verse también favorecidas con las altas inversiones recibidas por la especialidad penal). Pero nos vamos a ocupar sólo de una pequeñísima parte relacionada con la racionalidad³ de una institución que, sumada a los efectos retóricos del "novedoso" discurso acusatorio, incide directamente en el resultado de un proceso penal llevado a cabo conforme a dicho sistema de enjuiciamiento.

En efecto, en la mencionada ley se introdujeron al menos dos importantes decisiones en materia de teoría de la prueba: la aceptación expresa del llamado estándar prueba de la duda razonable⁴ y el primer desarrollo legislativo completo del inciso final del artículo 29 de la Constitución de 1991, que ha venido a conocerse, por influencia de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, como la *regla o cláusula de exclusión*⁵, y que se refiere a las prohibiciones de valoración probatoria y sus excepciones.

Vistas esas dos novedades sin mayores consideraciones, podría parecer el legislador colombiano se puso a tono con fuertes tendencias actuales de la opinión especializada. Sin embargo, el resultado final adolece de ciertos defectos que impiden

2 Un reciente artículo ofrece un sintético panorama sobre la oposición acusatorio-inquisitivo que basta como referencia a estos efectos. L. BACHMAIER WINTER, "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal", en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 11 y ss.

3 Sobre la racionalidad legislativa, véase M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 27 y ss., quien diferencia cinco niveles diferentes que juegan al momento de valorar una determinada ley: la lingüística, la jurídico-formal, la pragmática, la teleológica y la ética.

4 A la duda razonable se refieren expresamente los artículos 91, 101 y 372 de la ley 906 de 2004. A "toda duda" se refieren los artículos 7 y 381.

5 En forma expresa a ella se refieren los artículos 23, 232, 455 y 457 de la ley 906 de 2004.

calificar esas dos decisiones legislativas como aciertos, sobre todo si se analiza el proceso legislativo llevado a cabo y el contexto en el que se realizó. Tras considerar muy brevemente el compromiso epistemológico que parecería haber adquirido el legislador con la primera de esas decisiones, analizaremos los efectos que tendría la segunda, de tomársela en serio, pues la forma en la que fue regulada la regla de exclusión, con sus "criterios" y consecuencias, parece ir en contravía del principio constitucional que la inspira, es decir, en contra de la garantía del debido proceso y, lo que parece más extraño aún, en contra de las finalidades procesales expresas (y aún las no declaradas, que no son pocas) del modelo de enjuiciamiento acusatorio implementado.

B. El estándar de prueba "más allá de duda razonable" en la ley colombiana

Asumo con un importante sector de la doctrina que la verdad en el proceso es alcanzable en términos de verdad como correspondencia; que alcanzarla es uno de los objetivos del proceso en tanto condición de validez de la sentencia -especialmente la condenatoria-; y que toda verdad es relativa y limitada⁶. Por lo tanto, asumo una concepción cognoscitivista de la prueba, que entiende que su objeto en el proceso es alcanzar la determinación verdadera de los hechos o, en otras palabras, permitir la formulación de enunciados sobre los hechos realmente ocurridos, que puedan ser calificados como verdaderos. Sólo es admisible en un sistema democrático la sentencia condenatoria que aplique las consecuencias jurídicas previstas en la ley, a supuestos de hecho cuya ocurrencia haya *verdaderamente* tenido lugar, y haya sido *verdaderamente* demostrada en el proceso. Asumo igualmente, entonces, que el interés por la verdad puede ceder en función de intereses más valiosos para la sociedad, como los derechos fundamentales y que no alcanzar *la* es consecuencia necesaria de admitir su carácter relativo y limitado y que en ocasiones eso es preferible a alcanzarla a toda costa.

El legislador del año 2004, al consagrar en el artículo 372 (de la mencionada ley 906) que la finalidad de las pruebas en el proceso es la de "llevar al conocimiento del juez, *más allá de duda razonable*, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe", estableció una cota (*quantum* en la terminología al uso en Colombia, estándar en la epistemología) a alcanzar con el acervo probatorio, sin la cual no es posible condenar. Aunque por la formulación

6 M. TARUFFO, La prueba de los hechos, Madrid, Trotta, 2002, pp. 168 y ss. D. GONZÁLEZ LAGIER, Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones), 2005, pp. 42 y ss. J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 40 y ss. Posición que podría ser polémica sostiene D. PASTOR, "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en *Jueces para la Democracia*, No. 59, 2007, quien afirma, en pocas palabras, que el proceso penal no es apto para conocer la verdad, dadas las limitaciones de toda índole que tiene la actividad cognoscitiva procesal. Cabe decir, con todo, que la posición de Pastor no es del todo incompatible con el concepto de verdad que creemos acertado, si se entiende que, en el fondo, lo que está reivindicando es el valor necesariamente relativo de la verdad que se puede alcanzar con el proceso.

del estándar hay un aparente compromiso con algún tipo de verdad, y por lo tanto, una posición que estima que alcanzarla es posible en el proceso, como no hay en los debates legislativos argumentos expuestos sobre la motivación de la adopción estándar de la duda razonable, no es muy aventurado sostener que su incorporación obedece a uno de tres posibles motivos: o bien se creyó ingenuamente que “más allá de duda razonable” era otro nombre para el mismo grado de convicción exigido por la legislación anterior; o bien se creyó (también ingenuamente) que incorporar este estándar era consecuencia necesaria del viraje al *adversary*, como si hubiera una vinculación necesaria entre el proceso dispositivo y dicho estándar de prueba; o bien, se entendió (equivocadamente a nuestro juicio) que el estándar de la duda razonable implicaba un reforzamiento de las garantías de verdad en el proceso. Pero esa ingenuidad, que sólo vista así no parece tener mayores consecuencias, se ha reflejado en que la expresión “más allá de duda razonable”, carece lamentablemente de contenido en los pasillos y salas de audiencias locales, y no dice mucho sobre el contenido epistemológico de la actividad probatoria a desplegar bajo el imperio de la nueva ley. Todo ello contrasta con el contexto norteamericano, de donde habría importado el legislador la expresión, pues en Estados Unidos aún hoy se debate sobre lo que es dicho estándar, sobre lo que implica, y sobre si se trata de una noción auto-evidente o que debe ser definida por los tribunales y explicada a los jurados⁷. También contrasta con el estado de la cuestión en Europa, donde se discute, por ejemplo, si se trata de un estándar objetivo o no⁸. O bien el legislador colombiano dio por sentado que el estándar de prueba era y seguía siendo el de la duda razonable, o bien nadie resultó interesado en saber si esa nueva expresión introducida en la ley suponía un modelo cognoscitivo con criterios epistemológicos distintos de los que existían en vigencia de otras leyes.

LARRY LAUDAN⁹ y JORDI FERRER BELTRÁN¹⁰ han sostenido que el estándar “más allá de duda razonable” es impreciso y aún subjetivo. Aunque ese es tema de una discusión todavía activa que no es posible abordar *in extenso* en este escrito, por ahora, la abordo únicamente para suscribir esa tesis y llamar la atención sobre el problema que representa adoptar ese estándar desde la ley, a sabiendas de las dudas que suscita qué es, y qué *quiere decir* esa expresión, todo lo cual no puede calificarse sino como un ejemplo, en primer lugar, de irracionalidad lingüística¹¹ en tanto se trata de un concepto

7 Sirva como ejemplo H. A. DIAMOND, “Reasonable Doubt: to define or not to define”, en *Columbia Law Review*, Vol. 90, 1990, pp. 1716-1736 y las referencias que se encuentran en M. TARUFFO, “Rethinking the Standards of Proof”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, pp. 659-677.

8 Sólo a manera de ejemplo véase el dossier sobre el tema en *Doxa* No. 28 (pp. 95-151), con trabajos de LARRY LAUDAN, MICHELE TARUFFO, JUAN IGARTUA SALAVERRÍA y MARINA GASCÓN ABELLÁN.

9 L. LAUDAN, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, vol. 28, 2005, p. 99.

10 J. FERRER BELTRÁN, cit., p. 146.

11 M. ATIENZA, cit., pp. 27 y ss.

que no tiene significado en el Derecho colombiano, y que cualquier intento por definirlo en la jurisprudencia o en la doctrina tendría que dar cuenta de la indefinición misma en que se encuentra en otras latitudes donde se utiliza¹².

Sin embargo -y en segundo lugar- más allá de las cuestionables debilidades del estándar de prueba adoptado, al menos parece que el legislador colombiano estimó como un fin del proceso la obtención de la verdad (*más allá de duda razonable*) en tanto objetivo instrumental a los fines del proceso. Si ello es así, el interés por la verdad que deben tener los jueces colombianos, tiene que ser coherente y, sobre todo, compatible con el sistema de enjuiciamiento adoptado. Según un sector doctrinal, el sistema acusatorio estadounidense parece ir de la mano con una posición que negaría la posibilidad ideológica de la verdad en el proceso¹³, y que se traduce, incluso, en un panorama procesal en el que la iniciativa probatoria sólo surge de las *stories* narradas por las partes, lo que obliga al juez a escoger la mejor de ellas, suponiendo que necesariamente en alguna de las dos se encuentra una versión de la verdad que sea funcional a efectos de resolver el conflicto, y en el que aún las reglas deontológicas hacen suponer que el papel del abogado en el juicio no tiene que ver con la búsqueda de esa verdad¹⁴.

Esa visión del sistema acusatorio -que llamaré "fuerte" para estos efectos- permite preguntarse legítimamente, entonces, si es posible alcanzar la verdad (sea *más allá de duda razonable* o atendiendo a cualquier otro estándar) a través de un sistema de juzgamiento que parece no privilegiar ese fin. Si llegase a resultar que no es posible, o si llegase a resultar que lo es sólo en una medida poco apreciable (por ejemplo, alcanzando la verdad sólo como cuestión contingente al proceso, o admitiendo como verdad sólo una concepción coherentista), entonces podría decirse sin reatos que la ley adolecería de irracionalidad en el nivel teleológico, y la cuestión de los estándares de prueba o no merecería ser planteada, o tendría efectos sustancialmente limitados en el proceso. Por supuesto, esa dificultad se salvaría admitiendo un sentido "débil" de lo acusatorio, que acepte como fin del proceso *también* la búsqueda de la verdad, es decir, una visión diferente del sistema acusatorio desarrollado en Estados Unidos, como la que sostiene con razón TARUFFO¹⁵, quien estima que no hay ningún elemento definidor de lo acusatorio que lo haga incompatible con la búsqueda de la verdad -como correspondencia-.

Asumido, entonces, que es posible encontrar una verdad tanto en procesos dispo-

12 Un claro ejemplo es la división de opiniones en las jurisdicciones estatales de Estados Unidos: en algunos estados se considera que es causal de apelación de la sentencia, el hecho de que el juez intente darle una definición al jurado de lo que *significa* "duda razonable", pues se considera un concepto autoevidente, mientras que en otros se exige que en ciertas circunstancias, el juez deba darle instrucciones al jurado sobre lo que es la duda razonable. Cfr. H. A. DIAMOND, cit., pp. 1718 y ss.

13 Sobre esta concepción, M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 41; ID., *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Bogotá, Temis, 2008, p. 35.

14 Ibid., p. 40.

15 M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., p. 43.

tivos como en inquisitivos, y en el caso concreto, que es posible hallarla en el proceso penal acusatorio colombiano, aparecen dos problemas: en qué consiste el estándar de prueba, y si la verdad es un objetivo absoluto o admite excepciones. Omitamos por ahora el primer problema por las razones anotadas y ocupémonos parcialmente del segundo, en lo que tiene que ver con algunas de las reglas que protegen valores extraprocesales¹⁶ y limitan la obtención de la verdad.

Baste anotar, para finalizar este apartado, que el interés por *la verdad* en abstracto no sólo se ha plasmado en el Código de Procedimiento Penal. En un plano similar (y conectado con éste), como producto de las corrientes victimológicas que han ejercido una notable influencia en la academia y en la jurisprudencia, el legislador y la Corte Constitucional han declarado en varias oportunidades que “la verdad” es un derecho de las víctimas, que integra su derecho fundamental de acceso a la justicia, y que les faculta para intervenir en los procesos penales incluso si los derechos vulnerados les han sido reparados o indemnizados¹⁷.

C. La regla de exclusión, los efectos reflejos de la prueba ilícita y algún otro veneno: argumentos y refutaciones

Resulta paladino que la llamada *regla de exclusión* es una institución no sólo sana sino además deseable y necesaria, en los sistemas de enjuiciamiento democráticos y respetuosos de las garantías fundamentales, porque supone limitar la actividad probatoria del Estado en defensa de intereses que le son más caros que la averiguación de la verdad en los procesos penales¹⁸. Asumo, para los limitados efectos de estas notas,

16 M. GASCÓN ABELLÁN: 2005, “¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en *Jueces para la democracia*, No. 52, 2005, p. 75.

17 El asunto no es de poca monta, si se tiene en cuenta el contexto colombiano, que da cuenta de diversos actores armados de un conflicto interno, que ha marcado la historia reciente del país con desapariciones forzadas, secuestros y masacres, y con miles de víctimas en todo el territorio nacional, que muchas veces lo único que reclaman es saber qué pasó con sus seres queridos o dónde están sus restos mortales. Las sentencias de la Corte Constitucional que han reconocido este derecho son muchísimas, no sólo al resolver conflictos de derechos fundamentales (acciones de tutela) sino también, en varias oportunidades, al resolver cuestiones de constitucionalidad. Tal vez la sentencia más importante en ese sentido es la C-228 de 2002 (ponencia de los magistrados EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), relacionada con la acción civil dentro del proceso penal, que regulaba la ley 600 de 2000, porque cambió la orientación anterior de la Corte (vertida en la sentencia C-475 de 1997, ponencia de Carlos Gaviria Díaz, y relacionada con el mismo punto pero en el anterior Código de Procedimiento Penal, decreto 2700 de 1991), al admitir que el interés de la víctima para incoar acción civil puede no ser la reparación o la indemnización de sus perjuicios, sino sólo la averiguación de la verdad. A su turno, la ley más importante es la 975 de 2006, conocida como “Ley de justicia y paz” promulgada para ofrecer condiciones de excepción a los miembros de los grupos ilegales alzados en armas, para facilitar su desmovilización, y que condiciona el otorgamiento de todos los beneficios a que el *sometido* a los efectos de esa ley declare *la verdad* sobre todas sus actividades delictivas previas, todo lo cual ha permitido, aunque no la reparación de las víctimas, sí conocer al menos la fatal suerte de cientos de desaparecidos a manos de grupos paramilitares de ultraderecha y las condiciones demenciales de su actividad criminal.

18 Asumo solamente la dimensión de la regla de exclusión en los procesos penales, por ser éste el ámbito al que se circunscribe la ley 906 de 2004, aunque la regla del artículo 29 Constitucional es aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales.

que la consecuencia necesaria de la ilicitud de la prueba es lo que los italianos llaman su *inutilizzabilità*, y no en estricto sentido la nulidad ordinaria de los actos procesales, pues la prueba afectada no es -pese a algunos desarrollos desafortunados que veremos- convalidable en el proceso; no hace falta recurrir a los procedimientos de declaratoria de la nulidad ordinaria para declararla, y por estar vinculada a un derecho fundamental podría operar en forma directa, derivando sus efectos de la Constitución. Esto calza de manera más o menos adecuada con la sanción “nulidad de pleno derecho” prevista por la Constitución colombiana que, aún en contra del paradigma del juez no interviniente del sistema acusatorio, le obliga a declararla aún sin solicitud de parte.

1. Antecedentes

Ya decíamos en el epígrafe anterior que concebimos la actividad probatoria procesal como una actividad cognoscitiva¹⁹ y que el fin de la prueba es la averiguación de la verdad, en tanto instrumental a la finalidad del proceso²⁰. Y en la misma medida en que la regla de exclusión se estima como necesaria, suele aceptarse que es un límite a las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso que se ancla, muchas veces, en el sistema de protección de los derechos fundamentales, en forma explícita -como en Colombia, con una regla anudada al derecho al debido proceso- o implícita -como en España-. Pero al confluir la tradición del *civil law* colombiana con la influencia norteamericana que hemos descrito -y retomaremos-, el desarrollo de la regla de exclusión y particularmente el tratamiento legislativo de la prueba derivada, resulta inmerso en una difícil tensión y produce desajustes institucionales con efectos y consecuencias poco razonables.

Evitaré adentrarme en el concepto de la prueba ilícita, y en las discusiones sobre cuáles son las irregularidades que incluye ese concepto. Utilizaré, por tanto, la expresión prueba ilícita en general, sin hacer eco de las matizaciones que hablan de prueba irregular, prueba inconstitucional, entre otras denominaciones, no porque la distinción carezca de trascendencia, sino porque los puntos a los que me voy a referir no sufren alteración sea cual sea el contenido con el que se rellene la expresión. Es decir, el planteamiento que quiero hacer vale tanto para un concepto de prueba ilícita que incluya irregularidades “menores” como para aquél que sólo considera violaciones de derechos fundamentales, aunque es evidente que las conclusiones que adelantaré, resultan más obvias en tanto las pruebas sean calificadas como ilícitas por ser violatorias de derechos fundamentales²¹.

19 M. GASCÓN ABELLÁN, “Sobre el modelo cognoscitivista de prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia- Ministerio de la Presidencia, 2002, p. 490.

20 *Ibid.*, p. 492.

21 A pesar de la utilización de la expresión general *prueba ilícita* para este trabajo, estimo que cualquier violación de las formas del juicio constituye un atentado al derecho fundamental al debido proceso, que en su fórmula constitucional en Colombia, señala en lo pertinente que “[N]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Aunque no parece existir una conexión necesaria sino más bien contingente entre la regla de exclusión y el modelo acusatorio²², la redacción de un nuevo código de procedimiento penal era la oportunidad perfecta para llevar a cabo un desarrollo legislativo del párrafo quinto del artículo 29 constitucional²³ que negaba eficacia, de pleno derecho, a toda prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales. Y aunque en vigencia de la vieja Constitución de 1886 no existía esta regla explícita, la cláusula de exclusión no era ajena al Derecho colombiano.

El Código de Procedimiento Civil, que es de 1970, ya en su artículo 174 señalaba que “[T]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, aunque no incluía más detalles, ni la jurisprudencia civil avanzó mucho en el punto. En las últimas décadas del siglo XX se incorporaron reglas legales expresas y la jurisprudencia penal anterior a la Constitución de 1991 ya realizaba alguna referencia al tema²⁴, aunque ni profunda ni profusa, todo lo cual contrastaba con el creciente interés por esta institución en el derecho comparado. De esas reglas legales habría que destacar la ley 16 de 1972 (la cual incorporó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José) que establece como parte de las garantías judiciales que *“la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”*; o la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (incorporada por la ley 70 de 1986), que señala en su artículo 15 que *“todo Estado parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”*; o, finalmente, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (aunque es anterior a la Constitución de 1991, y de obligatorio cumplimiento en virtud del bloque de constitucionalidad, sólo fue formalmente incorporada al ordenamiento interno mediante la ley 409 de 1997) que en su artículo 10, establece que *“ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”*.

22 Sobre ello, recientemente, M. AGUILERA MORALES, “Regla de exclusión y acusatorio”, en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 77 y ss.

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

24 De ellas, destaco las sentencias de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 16 de marzo de 1988 y de 13 de noviembre de 1990, con ponencia de los magistrados LISANDRO MARTÍNEZ y GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, respectivamente, que sin mayor despliegue de dogmática, se encontraban en el camino correcto, a pesar de la aparente legitimidad ideológica que habría tenido sostener lo contrario, en épocas en las que era frecuente el ambiente de zozobra por los peores momentos del narcoterrorismo, que tenían al país en permanente estado de excepción. En la primera de esas sentencias se declaró la nulidad de grabaciones magnetofónicas preconstituidas, y en la segunda se afirmó la regla jurisprudencial según la cual la práctica ilegal de diligencias excluye su resultado probatorio del proceso.

Pero es sobre todo a partir de 1991, con ocasión de la nueva Constitución, que se introdujeron cambios de importancia. En primer lugar, en la Asamblea Nacional Constituyente se suscitaron intensos debates sobre el punto, que giraron en principio en torno del efecto disuasorio (*deterrent effect*) que debería tener la institución, propio del derecho norteamericano. Las actas de los debates en la Gaceta Constitucional dan plena cuenta de las discusiones que buscaban incluir en la parte dogmática de la Constitución una regla que permitiera prevenir la tortura para obtener confesiones judiciales, por la vía de negarle todo efecto a cualquier declaración coaccionada²⁵, e incluso a través de la propuesta de incluir en el mismo texto constitucional la sanción para el funcionario que produjese la prueba ilícita. No obstante, pronto los debates se volcaron hacia el carácter preferente de los derechos fundamentales que marca la discusión en el *civil law* y el resultado fue el inciso final del artículo 29, tal como lo conocemos, inscrito en la tradición de un sistema más preocupado por la protección del derecho vulnerado en cada caso concreto que en la disuasión respecto de casos futuros. En segundo lugar la jurisprudencia, de manera cada vez más frecuente y reiterada, reivindicó sin ambages la cláusula de exclusión²⁶. Además, se publicaron algunas monografías en el país²⁷; se escribieron varios trabajos de grado en las facultades de Derecho y se incluyeron capítulos sobre el tema en los manuales de derecho probatorio²⁸.

Pero ese enfoque de la regla de exclusión plasmada en la Constitución como una garantía del sistema de derechos fundamentales, decíamos, se vio pronto enfrentado a la influencia norteamericana (que no considera la regla como la expresión de una garantía

25 Un dato histórico podría explicar por qué el énfasis en la disuasión, fundamentalmente de los miembros de las Fuerzas Militares, respecto de la confesión judicial obtenida bajo tortura: varios de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que hacían parte de la comisión encargada, pertenecían a partidos políticos de izquierda (como la Alianza Democrática M19, surgida de la desmovilización del grupo guerrillero M19; y la Unión Patriótica, a su vez nacida del proceso de paz entre el gobierno de BELISARIO BETANCUR [1982-1986] y la guerrilla de las Farc, y cuyos miembros fueron, además, víctimas de un sangriento exterminio perpetrado por una alianza entre grupos armados de ultraderecha, narcotraficantes y miembros de las Fuerzas Militares), y habían sufrido ellos mismos, o sus compañeros de militancia política, torturas en las dos décadas anteriores, en pleno auge de la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional.

26 De la jurisprudencia penal, destaco las siguientes sentencias, todas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: de 22 de octubre de 1996 (M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL); 15 de noviembre de 2000 (M.P. JORGE CORDOBA POVEDA); 23 de noviembre de 2000 (M.P. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGOS); 23 de julio de 2001 (M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL); 15 de agosto de 2001 (M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL); 11 de noviembre de 2001 (M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN); 21 de noviembre de 2002 (M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN); 23 de agosto de 2003 (M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN); 8 de julio de 2004 (M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS).

27 Destaco ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, *Prueba ilícita pena*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2003, y ORLANDO ECHEVERRY SALAZAR, *Debido proceso y pruebas ilícitas*, Bogotá, Doctrina y ley, 2003.

28 Sobra decir que en las últimas dos décadas la doctrina nacional, pero particularmente la extranjera, suma año a año varios títulos dedicados específicamente al tema. Tal vez la explicación para ello, sea que el punto interesa a los juristas expertos en al menos cuatro disciplinas: el Derecho constitucional, el Derecho penal, el Derecho procesal y la filosofía del Derecho. Intencionalmente evité citar en el apartado de referencias bibliográficas muchas de las obras que son relevantes en la materia.

constitucional sino como un mero remedio frente a una irregularidad, que busca disuadir a los agentes estatales de cometer violaciones en el futuro, por la vía de restarle eficacia procesal al resultado de esas violaciones). Había llegado la hora de *madurar* y darle carta de naturaleza propia a la regla, para que se independizara de una vez del sistema de nulidades ordinarias al que se ataba en los códigos de procedimiento anteriores²⁹. Fue en 2002 que la Corte Constitucional, a partir de un famoso caso que involucraba a dos ministros del gobierno de Ernesto Samper Pizano(1994-1998)³⁰, profirió una de las sentencias más importantes que se hayan producido en materia de teoría de la prueba en el país. Se trata de un fallo de tutela sobre el caso de un ministro del gobierno de entonces que, condenado penalmente por el delito de interés ilícito en la celebración de un contrato (estatal), creyó haber visto vulnerado su derecho fundamental al debido proceso porque -argumentó- su juez natural, al proferir la sentencia, habría valorado como prueba la grabación de una conversación telefónica con otro ministro, grabación que en principio sería nula de pleno derecho por haber sido obtenida sin autorización judicial. La invocada nulidad era la prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de 1991 ya citado.

En esta sentencia la Corte no sólo decidió el caso concreto al sostener que la prueba viciada no fue parte del acervo probatorio (y por lo tanto no se violó el derecho al debido proceso del accionante), sino que eligió hacerlo en una sentencia de unificación de jurisprudencia (SU) para exponer a modo de pedagogía constitucional algunos antecedentes históricos y doctrinales de la institución en cuestión, sobre todo del Derecho norteamericano que luego tendrían algún peso en el diseño de las reglas legales de 2004. Eso explica que en una sentencia de tutela la Corte haya concluido que el código de procedimiento penal que regía el caso estudiado (el decreto 2700 de 1991, promulgado unos meses después de entrada en vigor la Constitución) desarrollaba adecuadamente

29 Aunque para quien esto escribe era claro que la nulidad constitucional tenía una carta de naturaleza diferente de las nulidades legales ordinarias, la misma Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, sostuvo que entre los instrumentos del legislador para hacer efectiva la regla constitucional, se encontraban las nulidades ordinarias.

30 Sentencia SU-159 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Se trata del caso conocido del "miti-miti", término coloquial empleado por los ministros de Comunicaciones, SAULO ARBOLEDA y de Minas y Energía, RODRIGO VILLAMIZAR, para referirse a la adjudicación de licencias para emisoras de radio en frecuencia modulada, por fuera de criterios técnicos, en proporciones iguales a dos grupos de periodistas y empresarios, uno de ellos cercano al Presidente, y otro de aparente independencia. La expresión fue utilizada en una conversación que fue grabada en 1997, en forma anónima y clandestina, y publicada por un influyente medio de comunicación (Revista Semana, No. 798, septiembre 15 de 1997, visible en internet en http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=34878). Esa publicación en los medios dio lugar a que la Fiscalía abriera una investigación penal en contra de los ministros por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. La sentencia que puso fin al proceso fue proferida en única instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia -por razón del fuero especial del procesado-, condenando por el delito señalado al ya para entonces ex ministro SAULO ARBOLEDA GÓMEZ. La sentencia SU-159 de 2002, de la Corte Constitucional, se produjo como consecuencia de una acción de tutela incoada por el señor ARBOLEDA GÓMEZ, persiguiendo la declaración de una *vía de hecho* en la sentencia condenatoria, que permitiera anularla.

el derecho al debido proceso dentro del marco de configuración que le era propio, con varias instituciones -las nulidades ordinarias entre ellas- para que el juez pudiese en cada caso concreto excluir la prueba ilícita³¹. Ya para ese entonces regía un segundo código de procedimiento penal (la ley 600 de 2000) que consagraba instituciones en fondo y forma muy similares a las previstas en el decreto 2700 de 1991, pero el desarrollo seguía siendo exiguo frente al abundante material proveniente de otros países.

Dos años después de ese fallo, se expediría la ley 906 de 2004, a la que nos hemos venido refiriendo, como fruto de un llamado plan de mejoramiento de la justicia. Muy buena parte de la reforma y de la implementación de este código (que recuperó la oralidad y dijo desarrollar *esta vez sí*, en forma adecuada el principio acusatorio), tuvo una notable influencia de instituciones norteamericanas, fundamentalmente del programa USAID que se encargó de la formación de los funcionarios judiciales, quienes debían asumir las nuevas funciones institucionales y abandonar algunas costumbres y prácticas de marcada tendencia inquisitiva, usuales en el sistema vigente bajo el imperio de la ley 600 de 2000. Pero la formación de los funcionarios y la puesta en marcha de la parafernalia (y hasta de la nueva retórica procesal) no fueron el único aporte de los estadounidenses.

2. El retroceso: efectos reflejos y frutos envenenados en la ley

El artículo 23 del nuevo Código expresamente incluyó una regla de idéntico contenido a la prevista en el artículo 29 de la Constitución y que hacía innecesario acudir a otros procedimientos (nulidades, recursos, etcétera) para la exclusión de las pruebas viciadas: "Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal". Y en el segundo inciso se dio un paso más: "Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia". Se explicitaba así la regla que negaba valor probatorio a la llamada prueba derivada, haciendo eco de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que había sido tímidamente discutida en algunas sentencias, y expuesta dogmáticamente en el fallo SU-159 de 2002³². Y entonces apareció la huella de la doctrina norteamericana o, vaya uno a saber, del esnobismo criollo, en dos artículos

31 Véase el aparte 4.2.1. de la citada sentencia.

32 Como "deplorable" fue calificado el tratamiento que el legislador le dio a la prueba derivada en el Código, por el magistrado de la Corte Constitucional NILSON PINILLA, en aclaración de voto a la sentencia C-210 de 2007, que resolvió la demanda de constitucionalidad contra el artículo 232 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Dijo el magistrado en la aclaración: "[...] acepto que el contenido específico de la demanda no permitía incluir aditivas consideraciones contra el deplorable tratamiento que a la regla de exclusión se dio en el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, al plasmar deficientemente la importada teoría del "fruto del árbol envenenado", sin la indispensable racionalización que se ha venido diseñando en las latitudes de origen, mediante precedentes jurisprudenciales que evitan o al menos reducen los serios riesgos que de allí emanan, si fuere asumida de manera servil".

que terminaron -permítaseme el abuso de la conocida metáfora jurisprudencial-envenenando las garantías procesales.

a. En el artículo 232, se reprodujo la regla contenida en el artículo 23, especificándola para los supuestos concretos de pruebas derivadas de registros y allanamientos ilegales: "La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan (directa y exclusivamente) del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación (y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación)"³³.

b. En el artículo 455³⁴, se incluyeron los criterios conforme a los cuales el legislador estableció que debía evaluarse la prueba derivada, para saber si a ésta se comunica o no la ilicitud de la prueba excluida conforme al artículo 23. "[P]ara los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley". En otras palabras, el legislador dijo que para saber si una prueba derivada, de aquellas a las que se refería en el inciso segundo del artículo 23, debe ser finalmente excluida o no del expediente, hay que indagar si es *en realidad* prueba derivada a través de la aplicación de alguno de tales criterios.

3. El resultado: tensión e irracionalidad

Se produjo entonces, en una misma ley, a un mismo tiempo, el mayor avance legislativo en la prohibición de valoración de la prueba ilícita y lo que GASCÓN ABELLÁN llama el mayor repliegue hacia el sistema de *freedom of proof*³⁵, pues tales criterios no serían

33 Los apartes entre paréntesis, fueron posteriormente declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-210 de 2007 y C-591 de 2005, respectivamente, conforme se verá unas líneas más adelante.

34 En la redacción original del proyecto (Gaceta del Congreso No. 339 de 2003), se incluían el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, que finalmente pasaron a formar parte de la ley 906 de 2004, pero también los siguientes: la buena fe (a la que nos referiremos más adelante); el balance de intereses (hija, indudablemente, del efecto disuasorio que se le da a la institución en Estados Unidos); la legitimidad en la invocación de la exclusión (que es, más que una excepción, un requisito procesal -de legitimación, en una expresión en español mejor traducida- para solicitar la exclusión de la prueba ilícita, que busca evitar que quien no se ve afectado con la violación del derecho, pueda beneficiarse de la regla de exclusión), exigido desde 1969 por la Corte Suprema de Estados Unidos; y hasta "el fundamento disuasivo de la violación", lo que demuestra la fuerte influencia del Derecho norteamericano en la redacción del proyecto.

35 M. GASCÓN ABELLÁN, "¿Freedom of Proof?", cit., p. 76. En similar sentido, refiriéndose a las excepciones en el Derecho español, M. AGUILERA MORALES, cit., pp. 87 y ss. Con todo, debe señalarse que otros sostienen que tales criterios no son en realidad excepciones a la regla, sino desarrollos de la misma pues, bien vistas las cosas, con arreglo a cada uno de ellos no se dejan de considerar ilícitas pruebas que sí lo son, sino que se determina con precisión si hay o no hay ilicitud. Cfr. C. FIDALGO GALLARDO, *Las "pruebas*

otra cosa que excepciones a la regla de exclusión, que abren el camino para privilegiar la averiguación de la verdad en lugar del respeto a los derechos fundamentales. En suma, un paso adelante y dos atrás, que en últimas representan el debilitamiento de la regla de exclusión y una (al menos aparente) contradicción con las finalidades perseguidas por el proceso penal. En otras palabras, ingredientes para la identificación de fallas en al menos tres niveles de racionalidad legislativa: en los niveles jurídico formal y ético y, tal vez en menor medida, en el nivel lingüístico³⁶. En el nivel jurídico formal, porque las excepciones, como intentaré demostrar, erosionan el valor último que la regla de exclusión pretendía establecer; en el nivel ético, porque quedan serias dudas sobre cuál es el valor que prima en los casos de conflicto entre la averiguación de la verdad y garantías fundamentales. Y finalmente, en el nivel lingüístico, porque lo que parecía no admitir excepciones, resulta teniéndolas después.

Si fuese cierto -ya decíamos antes que no lo es- que el sistema acusatorio no puede tener por finalidad la averiguación de la verdad o que, incluso, ésta puede ser un obstáculo para la resolución del conflicto, entonces prácticamente carecería de sentido plantear la oposición entre esa averiguación y la garantía de los derechos fundamentales: si no hubiera un interés en la averiguación de la verdad, no habría oposición alguna con la garantía. En otras palabras, si la regla de exclusión se concibe como una garantía de derechos fundamentales -tal como es en Colombia, al tenor del artículo 29 de la Constitución-, entonces introducir dicha regla en un sistema acusatorio no interesado en la verdad, tendría como resultado la exclusión sin atenuantes de toda prueba ilícita. En esas condiciones, es decir, en un sistema que no buscara la verdad, la regla de exclusión no podría ser vista nunca, por sustracción de materia, como límite a la averiguación de la verdad. Si fuese cierto, entonces, que existe una oposición entre sistema dispositivo y verdad, las excepciones a la regla de exclusión no tendrían sentido, pues no podrían ser justificadas en el interés de averiguar la verdad porque precisamente el proceso no estaría interesado en ella.

Dos ejemplos claros de que esa oposición entre sistema acusatorio y búsqueda de la verdad no existe, están en el Derecho norteamericano y en el colombiano.

Como afirma FIDALGO GALLARDO, desde 1961 comenzó en Estados Unidos lo que él llama el *declive* de la regla de exclusión: “[...] puede decirse que a partir de *Mapp v. Ohio* la práctica totalidad de las sentencias de la Corte Suprema que se ocuparon de la cuestión fueron erosionando la *exclusionary rule*, fuese por el lado de sus aspectos sustantivos (interpretando restrictivamente las cláusulas constitucionales declarativas de derechos procesales constitucionales [...], o por los aspectos propiamente procesales [...]”³⁷. La constante introducción de excepciones y limitaciones no sólo es plenamente

illegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 437.

36 M. ATIENZA, cit., pp. 27 y ss.

37 FIDALGO GALLARDO: cit., pp. 190 y ss. Las cursivas son originales.

consecuente con el efecto disuasorio como único elemento justificador de la regla de exclusión³⁸, sino que además demuestra que el interés del *adversary* norteamericano no está sólo en la resolución del conflicto. Por el contrario, parece que en este ámbito el “buen” modelo acusatorio se dirige a la búsqueda de una única verdad que le interesa (la que permita la condena) y, con ese pretexto, vende a la opinión pública un sistema que en apariencia es altamente eficiente porque ha alcanzado “la verdad”.

En Colombia el fenómeno no es igual -debido fundamentalmente al distinto elemento justificador- pero tiene algunos rasgos que se le asemejan en lo esencial. Además del ya mencionado creciente interés por *la verdad* como derecho de las víctimas en los procesos el legislador caminó en terreno difícil al tratar de importar y sintetizar en el ordenamiento interno un modelo de regla de exclusión como el estadounidense³⁹ porque había piezas que no iban a encajar muy bien. Al obedecer nuestra regla constitucional a una justificación anclada en el debido proceso (y no en el efecto disuasorio), la introducción de las excepciones norteamericanas a través de la ley misma, permite albergar dudas sobre cuál fue la verdadera posición del legislador en la tensión entre averiguación de la verdad, por un lado, y las garantías fundamentales y debido proceso, por el otro.

Realmente, la regla del artículo 29 constitucional no parece dar cabida a excepciones de ninguna naturaleza. Así lo entendió el legislador antes del último de los cuatro debates ordinarios del trámite de la ley 906, cuando de la redacción original del proyecto eliminó del artículo 23 la posibilidad expresa que se contemplaba de incluir una autorización general para que la ley introdujera excepciones a la regla de exclusión⁴⁰. A pesar de esa sensata decisión, el mismo criterio no se aplicó a todo el articulado de la ley y quedaron en el texto definitivo varias restricciones a la regla de exclusión que dan al traste con su fundamento constitucional. Si se tiene en cuenta que buena parte de las razones (o garantías, en términos de TOULMIN) para la introducción del sistema acusatorio descansaban en la idealización del *adversary* como mecanismo más adecuado para la solución incluso de conflictos penales, y en el fortalecimiento de una visión de la argumentación judicial que privilegia una concepción *coherentista* del proceso⁴¹, entonces se puede explicar también cuál era la vía para que el legislador pudiera saltarse las exigencias éticas de la regla de exclusión: presentar un sistema penal más eficiente respecto de las cifras de impunidad, supuestamente moderno, que le podría permitir la introducción de excepciones, aunque sutiles, que la opinión pública estaría dispuesta a tolerar.

38 M. GASCÓN ABELLÁN, “¿Freedom of Proof?”, cit., p. 79.

39 Sobraría decir que la importación acrítica de la legislación de otros países suele producir efectos nefastos. Sobre las necesarias vinculaciones entre legislación y sociología, véase M. ATIENZA, cit., especialmente pp. 41-52. Sobre los efectos de la “impureza” de la legislación en América Latina, D. E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del Derecho*, Bogotá, Legis, 2004, principalmente pp. 1-69.

40 Gaceta del Congreso No. 248 de 2004, disponible en internet en el sitio web del Senado de la República [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

41 M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 81 y ss.

El panorama se torna un poco más espinoso si se analiza a la luz de la compleja realidad colombiana. Recientemente, SOTOMAYOR ACOSTA ha resaltado el problema de la *trivialización* de la justicia en materia penal, sugiriendo que los mecanismos procesales puestos en marcha con las últimas reformas (entre las que incluye la ley 906 de 2004) privilegian un modelo "eficientista"; que la justicia penal sólo parece funcionar en los casos de poca exigencia probatoria; y que el déficit de investigación existente (para todos los delitos y no sólo para la criminalidad organizada) se "compensa" con beneficios por confesión, aceptación de cargos, negociación de penas, entre otros⁴² todo lo cual, en su opinión y con razón, convierte al proceso penal en un mecanismo de control social en detrimento del Derecho penal sustancial. Esto, sumado a una transformación de las finalidades de la pena, al aumento de los mínimos punitivos de una gran cantidad de delitos con el único fin de que en la mayoría de ellos se pueda alcanzar el requisito exigido para la procedencia de la detención preventiva, y a otros factores que bien podrían ser calificados de escandalosos, no hacen más que "'aceitar' de manera adecuada la máquina eficientista de producción de condenas en que desde un comienzo se ha querido convertir el proceso acusatorio, para lo cual se requería entonces disponer de unas penas lo suficientemente altas para constreñir al imputado a negociar o a la aceptación de cargos"⁴³.

Mírese cómo, con esa cantidad de ingredientes, el fundamento justificador de la regla de exclusión plasmada por el constituyente en el artículo 29 de la Carta de 1991, resulta venido a menos o, por lo menos, opacado. No sólo el camino queda abierto para que el respeto al debido proceso pueda ser ponderado y excepcionado, sino que la reivindicación del interés en la "averiguación de la verdad" como justificador de las excepciones, resulta un mero disfraz para el logro de fines eficientistas de supuesta lucha contra la criminalidad. En otras palabras, si a las penas altas que buscan garantizar la detención preventiva, y a las medidas que buscan constreñir al imputado a negociar o a aceptar cargos, se le suma la (alta) posibilidad de no aplicar garantías como la contenida en la regla de exclusión, el modelo acusatorio, en últimas, puede ser presentado como un sistema que efectivamente "resuelve" una gran cantidad de conflictos autoritativamente, pues los procesos terminarán relativamente rápido, con sentencias condenatorias que se dirán apoyadas en la verdad, aunque difícilmente tales sentencias puedan superar un juicio de legitimidad que busque en ellas la determinación *verdadera* de los hechos.

4. Las excepciones a la regla de exclusión

Pero miremos con algo de detenimiento las excepciones introducidas por el legislador colombiano. Como decíamos antes, los obstáculos de navegar a dos aguas

42 J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, "Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano", en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2008, p. 430.

43 Ibid., p. 436; ID., "Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de racionalidad legislativa", en *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, B de F-Edisofer, 2008, p. 101.

entre el modelo *adversary* estadounidense y la tradición del *civil law* no son pocos y el debate parlamentario sobre la introducción de las excepciones reflejó la tensión: si bien se excluyeron del texto finalmente aprobado algunas de las excepciones, otras más no fueron ni siquiera cuestionadas en las discusiones, y alguna más que logró pasar el filtro, a escondidas del artículo 29 constitucional por su falta de claridad -quizás atribuible a un defecto en la traducción de la regla jurisprudencial estadounidense-, resultó tan confusa que incluso parece haber engañado no sólo al legislador sino también a la Corte Constitucional, razón por la cual fue declarada inconstitucional, aunque por motivos directamente relacionados con su equivocada traducción e incorporación en el texto legal y no por la razón de fondo que suponía excepcionar la garantía.

Recuérdese que los problemas que hemos denunciado se han situado fundamental pero no exclusivamente en la llamada prueba derivada. Por eso, es en ese ámbito donde mayores inconsistencias se presentaron en el texto finalmente promulgado, que permiten dudar del respeto al fundamento constitucional que inspira la regla. Precisamente, un elemento que debe tenerse en cuenta para el análisis de las excepciones, sobre todo en lo que tiene que ver con el efecto reflejo de la prueba ilícita, está en que se considera prueba derivada toda aquella que provenga *directa o indirectamente*⁴⁴ de la prueba ilícita inicial, todo lo cual tiene incidencia al momento de aplicar los famosos criterios elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos y reproducidos en el artículo 455 de la ley 906.

Señala FIDALGO GALLARDO que las verdaderas excepciones a la regla de exclusión en el Derecho norteamericano son tres: la excepción de buena fe (*good faith exception*), la excepción de tacha (*impeachment exception*) y la excepción de error inocuo (*harmless error exception*)⁴⁵. A ellas se sumarían la excepción de la conexión de antijuridicidad, creada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia STC 81/1998, que realmente no fue introducida por el legislador colombiano de 2004, ni se ha reproducido por los tribunales⁴⁶, y otras excepciones mencionadas atrás que, a pesar de ser incluidas en la redacción original del proyecto, fueron desechadas en la primera ponencia ante la Cámara de Representantes, razón por la cual nos referiremos sólo a las que consideramos que

44 Curiosamente, al analizar el artículo 232 de la ley 906 (que se refiere a la regla de exclusión en materia de registros y allanamientos ilegales), la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 entendió que limitar la calificación de prueba derivada sólo a aquellas que fueran consecuencias "directa y exclusiva" de la ilícita, resultaba contrario a la Constitución, pues debían ser tenidas por derivadas todas las que fueran consecuencia directa o indirecta. Pero no aplicó el mismo criterio al analizar la constitucionalidad de los criterios contenidos en el artículo 455, que limitan la calificación como pruebas derivadas sólo a las pruebas directamente vinculadas con la ilícita.

45 C. Fidalgo Gallardo, cit., pp. 444 y ss.

46 Esta "teoría", duramente criticada por la doctrina española, fue introducida por el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada cuando decidió, por primera vez, que no todas las pruebas ilícitas debían ser excluidas. Consiste, en pocas palabras, en admitir las pruebas derivadas siempre que "la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba que se pretende hacer valer en el proceso, sean independientes entre sí" J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍNEZ MORALES, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", en *Jueces para la democracia*, vol. 43, 2002, p. 43. En general, la doctrina de la conexión de antijuridicidad abre la puerta a las excepciones construidas por la jurisprudencia norteamericana, pero no sólo a ellas. Una condensada crítica a la teoría, en *Ibid.*

tuvieron alguna trascendencia o en el debate parlamentario, o en el desarrollo y “vida” de la ley con posterioridad a su promulgación.

5. Las excepciones reales

a. La excepción de buena fe

La excepción de buena fe es hija legítima del efecto disuasorio estadounidense. Consiste en admitir la valoración de pruebas ilícitas cuando en su producción el agente estatal ha obrado de buena fe, creyendo razonadamente que su actuación estaba amparada por el Derecho, como en un caso de órdenes ilegales que el agente cree válidamente emitidas. Aunque el proyecto inicialmente presentado la incluía entre muchas otras, con buen tino fue desechada⁴⁷ en el trámite legislativo de la ley 906 de 2004. Ya desde el informe de ponencia para el primer debate al proyecto, que se desarrolló en la Cámara de Representantes, se advertían los riesgos de la excepción de buena fe incluida en la redacción original. En su momento se dijo así por los ponentes del proyecto: “Este artículo podría, en la práctica, dar al traste con la aplicación de la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado en el proyecto de Código de Procedimiento Penal en artículos como el 23 y 224, entre otros, pues podría llegarse a la situación no lejana de que las actuaciones que tengan visos de irregularidad sean tenidas como de buena fe. Se considera que esta norma puede llegar al caso extremo de convalidar la prueba ilícita”⁴⁸. La sugerencia tuvo eco en esa Cámara, pues en efecto se eliminó la excepción de buena fe ajustando el desarrollo de la regla de exclusión a la justificación anclada en los derechos fundamentales, pero el tema pasó inadvertido en el Senado hasta el último debate. En el informe de ponencia para el primer debate en el Senado (es decir, para el tercero de los cuatro debates obligatorios antes de que el proyecto se convierta en ley), se incluía expresamente en el artículo 234 (finalmente el 232), la excepción de buena fe, que habría permitido valorar las pruebas derivadas de registros y allanamientos ilegales, cuando éstos hubieran sido practicados de buena fe por la policía judicial, en los siguientes términos: “Se exceptúan de la exclusión anterior aquellos registros en donde la Policía Judicial actuó de buena fe, derivada del convencimiento, objetiva y razonablemente fundado, de que la orden fue correctamente expedida por la Fiscalía General de la Nación”.

Para el cuarto y último debate⁴⁹, en el informe de ponencia todavía aparecía la excepción de buena fe en el texto del artículo 234, pero no se encuentra en el texto

47 Véase la nota 34. Se desecharon también otras excepciones importadas irreflexivamente de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos.

48 Gaceta del Congreso No. 564 de 2003, disponible en internet en el sitio web del Senado de la República [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

49 Gaceta del Congreso No. 248 de 2004, disponible en internet en el sitio web del Senado de la República [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

del artículo finalmente aprobado⁵⁰, lo que indica su eliminación en el trámite del correspondiente debate, seguramente atendiendo a que idéntica solución había tenido en la Cámara de Representantes. Puede decirse entonces que en cuanto a esta excepción, quizás la más peligrosa de todas las desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana, el legislador colombiano mantuvo firme el timón de la coherencia y racionalidad legislativas.

b. La excepción de tacha o impugnación

No pasó lo mismo con esta excepción. Señalábamos anteriormente que en el artículo 232 (como también en el 455) se había incluido de forma aparatosa un conjunto de criterios que, contruidos “a fuego lento” por la jurisprudencia norteamericana, ampliaban o restringían el campo de acción de la regla de exclusión. Uno de los que en el Derecho norteamericano restringe la aplicación de la regla de exclusión es la llamada *impeachment exception*⁵¹, excepción de tacha o de impugnación, que tiene por finalidad evitar que el acusado se beneficie indebidamente de la protección de la regla. De acuerdo con esta excepción, se permite utilizar las pruebas desechadas conforme al régimen general, para un único fin: impugnar la credibilidad del acusado cuando, en lugar de acogerse al derecho a no declarar, rinde su versión en el juicio. Supóngase el caso de un registro ilegal en el que se encuentran armas o drogas. Una vez excluido el registro del acervo probatorio, supóngase que el acusado, en lugar de acogerse a su derecho a guardar silencio, declara en el juicio negando la existencia de las armas o las drogas que efectivamente fueron encontradas, aunque de forma ilegal. Para el único efecto de minar la credibilidad del acusado en tal declaración, que contiene una falsedad, la *impeachment exception* permite hacer valer las pruebas declaradas ilegales.

Aunque no hay referencias expresas en los antecedentes del proyecto de ley en el sentido que diremos, dados los orígenes de la puesta en marcha del sistema acusatorio en Colombia, resulta plausible creer que el legislador utilizó la expresión “impugnación”, para referirse a la *impeachment exception*, cuando dijo en la redacción original del artículo 232 del Código lo siguiente: “La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y *sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*” (resaltado intencional, que fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-210 de 2007). Decimos que es plausible pensar que a eso se refería, no sólo porque en la redacción original de ese artículo en el proyecto de ley se habían

50 Gaceta del Congreso No. 273 de 2004, disponible en internet en el sitio web del Senado de la República [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

51 Sobre ella, véase C. FIDALGO GALLARDO, cit., pp. 452 y ss.

consagrado otras excepciones a la regla de exclusión⁵² y que fueron eliminadas en el curso del debate parlamentario -entre ellas la de buena fe, como se vio-, sino porque cualquier otro entendimiento de la norma llevaría a consecuencias absurdas que permitirían calificar esa disposición como teleológicamente irracional.

Esa falta de claridad del legislador se tradujo en una sentencia de la Corte Constitucional⁵³ que declaró contrario a la Constitución el aparte “ *y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación*” porque entendió la Corte que “impugnación” en ese caso se refería al recurso de apelación contra la sentencia de fondo pronunciada en un caso en el que pruebas ilícitas hubieren sido excluidas, y no a la impugnación de la credibilidad del acusado al declarar en juicio.

Ciertamente, bajo el entendido de la regla general de exclusión, parece absurdo desde todo punto de vista que las pruebas ilícitas no puedan ser empleadas para construir la decisión de fondo tomada por el juez que ha tenido la oportunidad de valorar todo el acervo probatorio, pero que sí puedan ser utilizadas por las partes para fundamentar su disenso respecto del fallo, o por el juez de segunda instancia. Tal idea es evidentemente inconstitucional, y así lo declaró la Corte, sobre todo, porque el respeto de los derechos fundamentales no puede depender irracionalmente de la instancia en la que el proceso se encuentre. Pero suponer que eso fue lo que quiso decir el legislador al admitir para efectos de impugnación “los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro” declarado ilícito, es casi un insulto a su inteligencia, pues la inconstitucionalidad saltaría a la vista. Ni quien demandó la constitucionalidad de la norma, ni la Corte, ni ninguno de quienes intervinieron en el trámite de la demanda de constitucionalidad hicieron ver el aparente equívoco que proviene, creemos, de una traducción oscura de los textos jurisprudenciales estadounidenses que sirvieron para la redacción del proyecto de Código.

Ahora bien, es posible que entendiendo “impugnación” de la forma que consideramos correcta, se hubiere podido “salvar” la excepción con una sentencia de efectos modulados, por ejemplo, declarando que la norma es constitucional, *siempre y cuando se entienda que la impugnación a la que se refiere, es la de la credibilidad del acusado*, con lo cual se habría incorporado en toda regla la *impeachment exception*. Sin embargo, la excepción de tacha en su sentido original sería a nuestro juicio, en sí misma, inconstitucional porque, creemos, la regla del párrafo quinto del artículo 29 constitucional no permite al legislador incluir excepciones de ninguna clase⁵⁴.

52 Véase el Informe de ponencia para primer debate en el Senado, Gaceta del Congreso número 200 de 2004, disponible en internet en [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

53 Sentencia C-210 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

54 Este argumento, como decíamos antes, sirvió en las discusiones parlamentarias para eliminar de la ley 906 la excepción de buena fe y una norma general que autorizaba a incluir otras excepciones. Cfr. Informe de ponencia para primer debate Cámara de Representantes, Gaceta del Congreso No. 564 de 2003, y el Informe de ponencia para segundo debate Senado, Gaceta del Congreso No. 248 de 2004, disponible en internet en [<http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>].

c. La excepción del error inocuo

En rigor, esta excepción no parece haber sido considerada por el legislador en materia de prueba ilícita, aunque una institución profundamente arraigada en el Derecho procesal colombiano (el llamado principio de trascendencia de la nulidad) se le asemeja bastante. Esta doctrina, que afecta la apreciación de la prueba ilícita directa (no de la derivada), consiste en que si el “error” (esto es, la violación al derecho fundamental, la irregularidad probatoria) no influyó en la condena⁵⁵, se le considera un error inocuo y, por lo tanto, la prueba puede ser valorada. Parece por lo menos curioso, aunque saludable, que esta excepción no haya estado incluida dentro del catálogo de *quiebras* a la regla de exclusión, siendo tan similar a algunas de las denominadas excepciones aparentes que sí fueron incluidas.

En efecto, esta excepción supone un juicio hipotético sobre el *peso* de la evidencia en una sentencia condenatoria concreta, similar al juicio hipotético sobre el *descubrimiento inevitable* que sustenta el criterio del mismo nombre para identificar la prueba derivada, del que nos ocuparemos más adelante. Descansando en un juicio hipotético, resultaría prácticamente imposible que la excepción pudiera aplicarse por el juez que directamente juzga los hechos, ya que tendría que decidir que la prueba ilícita no tiene peso en la sentencia condenatoria, y por esa misma razón tendría que valorarla para la adoptar la decisión de fondo. Lo que resultaría paradójico es que la valoración de la prueba dependería precisamente de que se haya considerado que no tiene peso en la construcción de la determinación de los hechos.

Baste señalar finalmente, que el *error inocuo* no tiene nada que ver con la entidad o la importancia del derecho o garantía violados, sino con el peso que tendría la prueba resultante de esa violación en la sentencia condenatoria. En otras palabras, la doctrina del error inocuo es un reflejo más del efecto disuasorio como justificación de la regla norteamericana (que no podría trasladarse a Colombia), ya que se admite la violación del derecho fundamental si la prueba resultante no tiene peso en la sentencia, lo cual, en teoría, desalentaría futuras violaciones similares pero no protegería en absoluto el derecho violado en el caso concreto. Parece, entonces, que no sólo resulta saludable sino también un acierto del legislador en este sentido, no haberla incluido.

6. Las llamadas “excepciones aparentes”

El panorama con las llamadas excepciones aparentes a la regla de exclusión es un poco diferente. Se dice por algunos que son aparentes porque en realidad no impiden la aplicación de la regla de exclusión sino que la refuerzan al delimitar claramente cuáles pruebas son realmente ilícitas y cuáles no⁵⁶, o, en mejores términos, delimita a cuáles

55 Cfr. C. FIDALGO GALLARDO, cit., p. 460.

56 Así, por ejemplo, *Ibid.*, pp. 443 y ss.

pruebas, que en apariencia son derivadas de la que es claramente ilícita, se les comunica o no la ilicitud. El legislador colombiano recogió las tres llamadas excepciones aparentes en el artículo 455 de la ley 906, al señalar, como decíamos, que son criterios a ser tenidos en cuenta para valorar la prueba derivada. Por razones de espacio, no haré mención de los otros que eventualmente podrían introducirse.

Las doctrinas del vínculo atenuado (*attenuated connection*), de la fuente independiente (*independent source*) y del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) no son en estricto sentido instrumentos para delimitar causalmente el concepto de prueba derivada. Dicho más claramente, no son criterios para identificar cuáles pruebas son consecuencia de otras que se consideran ilícitas; son, más bien, pautas ad hoc para escoger a qué pruebas se le extienden o no, artificialmente, los efectos de la declaratoria de ilicitud. Ciertamente sólo la doctrina de la fuente independiente parece establecer en ciertos casos un criterio de contenido causal que permitiría determinar si se ha roto el nexo que uniría a la prueba declarada ilícita con otras pruebas aparentemente legales pero conectadas con aquella. Pero en últimas, todas ellas tienen un claro carácter restrictivo de la regla de exclusión y privilegian el interés en la averiguación de la verdad sobre la protección de la garantía del debido proceso, lo que en últimas, como he sostenido, choca con algunos de los propósitos declarados del legislador. Curiosamente, como anotamos antes, la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 entendió que en materia de registro y allanamientos, regulados por el artículo 232 de la ley, todas las pruebas derivadas *directa o indirectamente* del registro ilegal debían considerarse ilícitas, pero avaló la introducción de estos criterios (que buscan precisamente determinar cuándo la vinculación es directa o no) en los demás casos de prueba derivada, brindando así un tratamiento diferente a situaciones semejantes.

a. El vínculo atenuado

En el caso del vínculo atenuado parece no haber duda de que hay conexión causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada y que, sin aplicación de una doctrina correctora, esa prueba derivada tendría que ser excluida. Lo que hace el criterio introducido por el artículo 455 de la ley 906, según la jurisprudencia norteamericana, es recoger con un único nombre parámetros dispersos que indican que esa relación causal es débil. El problema es que los elementos que componen la "atenuación" no tienen necesariamente virtualidad de disolver ese nexo causal y por ello, al no poder negar la relación entre una prueba y otra, lo que hace es permitir la excepción a la regla de exclusión.

FIDALGO GALLARDO enumera cuatro diferentes parámetros a partir de los cuales la Corte Suprema de los Estados Unidos ha encontrado un vínculo atenuado que permite limitar los efectos de la regla de exclusión y, por lo tanto, valorar la prueba derivada⁵⁷: el "tiempo transcurrido entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas",

57 Ibid, pp. 441 y ss.

los “acontecimientos intervinientes entre la ilegalidad primera y la obtención de las pruebas derivadas”, la “gravedad de las violaciones originarias” y la “naturaleza de la prueba derivada”. Sólo el segundo de esos cuatro parámetros tiene realmente un alcance causal, es decir, sólo la sucesión de varios acontecimientos entre la ilegalidad declarada y la prueba derivada, tiene relación directa con la causalidad entre una y otra. Los tres parámetros restantes no dicen nada sobre la causalidad. En efecto, el mero transcurso del tiempo (sin más consideraciones) entre una prueba y otra, no dice nada sobre el origen de la segunda. Un investigador policial conocedor de la doctrina, bien podría dejar pasar un tiempo prudencial entre la ilicitud original (un allanamiento sin orden judicial, una confesión obtenida bajo presión), y la prueba derivada (un registro legal, una declaración de testigos que corroboren la confesión presionada). El paso del tiempo parece más un saneamiento de la ilicitud que un criterio que rompa el vínculo causal. Y siendo así, ¿qué tiempo debe transcurrir para estimarse que el vínculo es débil?

De la misma manera, que una violación que haya permitido otras pruebas sea más o menos grave, tampoco dice nada sobre el vínculo entre unas y otras. Una violación poco grave puede tener un nexo causal fuerte con pruebas derivadas, y una violación muy grave puede no tener nada que ver con pruebas posteriores. Luego, la gravedad de la violación tampoco dice nada sobre la conexión entre una prueba y otra. Y tampoco resulta claro cómo la naturaleza de la prueba derivada (que sea una confesión obtenida con presiones, o sin la presencia de un abogado, o un allanamiento sin orden judicial) le puede decir algo a un juez sobre su conexión con otras pruebas. No es el medio de prueba, sino la información obtenida de la prueba ilícita lo que determina la conexión con otras pruebas.

Por lo anterior, los criterios que conforman la doctrina del vínculo atenuado no son criterios propiamente causales sino verdaderas excepciones a la regla de exclusión y, por lo tanto, su utilización para calificar como “derivadas” o no a unas determinadas pruebas, tiene consecuencias directas sobre la armonía y coherencia del sistema con los valores justificadores del debido proceso.

b. *La fuente independiente*

Según la excepción de la fuente independiente, no puede considerarse que una prueba se ha derivado de otra cuando ésta se explica suficientemente por la existencia de una tercera prueba obtenida en forma lícita. Su denominación es suficientemente clara y el elemental principio lógico de identidad la explica suficientemente. El problema que representa su aplicación (y que no es un embeleco propio del ordenamiento colombiano que la recibe ya elaborada por la jurisprudencia norteamericana, sino una deficiencia estructural) es que no se dirige a los casos fáciles. Es decir: cuando está claro que una prueba no se deriva de otra contaminada, no hace falta un criterio especial que le diga al juez que esa segunda prueba es lícita, porque respecto de éstas, no hay ninguna posibilidad de excluirlas. Por el contrario, la doctrina se dirige a tirar un salvavidas a los casos difíciles, esto es, a aquellos en los que no está tan claro que la prueba cuestionada

sea independiente de la ilícita: para los casos fáciles no haría falta la construcción de la doctrina de la fuente independiente como ésta.

Hay por lo menos dos supuestos de hecho identificados por la doctrina a los cuales se aplicaría la fuente independiente. El primero es el de los casos en los que hay por lo menos dos pruebas originarias (una viciada y otra no) que explicarían una tercera prueba de cargo. Un ejemplo es el de los llamados “actos de voluntad libre” prohijados por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia SU-159 de 2002, antes de la promulgación de la ley 906 de 2004, cuando entendió que una confesión producida libremente después de la prueba declarada ilícita, no podía ser considerada fruto del árbol envenenado, porque había mediado una confesión voluntaria del acusado. Pero aún en estos casos, es posible distinguir entre casos fáciles y difíciles, pues no siempre será tan fácil determinar cuándo la voluntad fue libre, ni será tan fácil desligarla de la prueba originaria, pues suprimida ésta, resulta difícil imaginar cómo se habría podido producir la confesión. Lo que parece, con esta doctrina es que, al no ser posible negar la causalidad con la prueba ilícita, lo que hace esta doctrina es pasarla por alto y “perdonarla” en virtud de la causalidad concurrente con otra fuente no viciada.

Pero en el segundo supuesto resulta todavía más cuestionable que se trate de una verdadera fuente independiente. Un sector de la doctrina española que critica la recepción de esta misma excepción por la jurisprudencia de ese país, ataca duramente algunas decisiones judiciales en las que se ha aplicado, porque la tensión entre las dos posibles pruebas de las que es posible considerar que la tercera en disputa es derivada, se plantea entre una prueba claramente ilícita y otra que a su vez se derivó de la ilícita y se convalidó por algún otro criterio⁵⁸. Es decir: la fuente alternativa no sería en realidad independiente, porque esa fuente se deriva a su vez de la prueba ilícita.

En consecuencia, el criterio de la fuente independiente tampoco es *tan* claramente un criterio de exclusión causal de la prueba derivada. Resulta siendo una verdadera excepción a la aplicación de la regla de exclusión en la mayoría de los casos imaginables y, por lo tanto, un verdadero repliegue en favor de la averiguación de la verdad y en detrimento del respeto de la garantía al debido proceso.

c. *El descubrimiento inevitable*

Más dudoso aún es el caso del descubrimiento inevitable, pues no sólo no supone de entrada que sí hay, en efecto, una conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada, sino que para perdonar esa conexión causal, acude a un juicio hipotético adicional: a pesar de la ilicitud, la prueba derivada iba de todas maneras a formar parte del acervo probatorio porque las pesquisas policiales habrían dado con ella. Se diferencia de la doctrina de la fuente independiente sólo por el hecho de que en aquélla efectivamente existió la

58 M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 122 y ss.

fuente de conocimiento alterna, mientras que en ésta el juicio es apenas hipotético. Es decir: con arreglo al criterio del descubrimiento inevitable, una prueba que a priori sería ilícita por estar conectada causalmente con una viciada, podría ser convalidada siempre que se demuestre que, suprimida la violación, de todas maneras iba a producirse el descubrimiento de la prueba derivada: al no poder negar la causalidad, se le superpone el juicio hipotético para convalidarla.

No sólo la garantía de presunción de inocencia se atraviesa como obstáculo para entender cómo podría justificarse un juicio hipotético como respaldo (garantía, nuevamente en términos de TOULMIN) de una excepción a una regla de rango constitucional. La principal complejidad de este juicio tiene que ver con la distribución de la carga de la prueba y con las dificultades propias del estándar de prueba que se requiere para dar por establecido ese descubrimiento inevitable. En principio, si la defensa solicita la exclusión de la prueba derivada por considerarla ilícita, corresponde a la acusación demostrar el fundamento fáctico de la excepción de descubrimiento inevitable. Curiosamente, en el Derecho norteamericano el estándar de prueba que rige para este caso (es decir, para la prueba del fundamento fáctico de ese juicio hipotético) es más flexible que el necesario para condenar, a pesar de que se trata de demostrar algo "inevitable", algo que con toda certeza habría llegado a ocurrir. Según afirma FIDALGO GALLARDO, la regla jurisprudencial vigente se conforma con el estándar de preponderancia de las pruebas (*preponderance of evidence*)⁵⁹ que se contenta con que puestas en una balanza dos hipótesis, con el material probatorio disponible sea más probable una de las dos.

Aunque no conocemos todavía decisiones judiciales en Colombia sobre este punto, no vemos por qué, tratándose de probar un juicio hipotético sobre un evento inevitable, tenga que aplicarse un estándar de prueba tan poco riguroso, sobre todo si se tiene en cuenta que ese juicio hipotético hace parte de los "hechos y circunstancias materia del juicio" a los que se refiere el artículo 372 que define el estándar de prueba aplicable al proceso penal.

En suma, el criterio del descubrimiento inevitable también es en sí mismo una verdadera excepción a la regla de exclusión, que socava la integridad de la garantía del debido proceso, con el agravante de descansar sobre un juicio hipotético de dudosa realización.

D. Conclusión

El proceso penal, se tramite por un sistema inquisitivo o dispositivo, tiende naturalmente en los Estados democráticos al descubrimiento de la verdad, aunque se trate de un concepto relativo de verdad. Algunos ordenamientos admitirán la introducción de límites a esa averiguación, todo lo cual simplemente confirma el carácter relativo de la verdad. Entre esos límites posibles se encuentran las reglas

59 C. FIDALGO GALLARDO, cit., p. 437.

que excluyen la valoración de la prueba ilícita, que en algunos países se introducen como una forma de evitar violaciones futuras, y en otros, como Colombia, se justifican por considerar que para el Estado es más importante la protección de las garantías fundamentales y en concreto del debido proceso, que la verdad por sí misma. En consecuencia, el inicial compromiso con la verdad como condición de legitimidad de las sentencias penales y su limitación en función de la protección de garantías fundamentales, es plenamente compatible en general con un modelo de juzgamiento dispositivo, aún como el acusatorio norteamericano. La regla de exclusión, por lo tanto, es una garantía que no tiene relación necesaria con el sistema procesal adoptado y por ello conviene evaluar muy bien cuáles de las instituciones que se le aparejan a ese sistema son esenciales para evitar la desfiguración del mismo y cuáles pueden estar o no estar, según encajen o no en el conjunto de derechos y garantías que justifican el enjuiciamiento en un ordenamiento determinado.

Son ejemplo de lo anterior las excepciones introducidas a la regla de exclusión de la prueba ilícita, que se explican perfectamente en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, porque en ese país se tiende a reducir al máximo la regulación jurídica de las pruebas⁶⁰ y sólo prohíbe las pruebas obtenidas con violación del debido proceso en tanto en cada caso concreto pueda justificarse que, al excluirlas, disuadirá en el futuro a los agentes estatales de cometer nuevas violaciones. Por el contrario, en un sistema como el colombiano, la regla de exclusión se encuentra anclada al debido proceso y no al efecto disuasorio y, por lo tanto, la introducción de excepciones a la regla de exclusión probatoria comporta la erosión del sistema de garantías de los derechos fundamentales y, por lo tanto, constituye un ejemplo de irracionalidad legislativa.

El legislador colombiano acertó, entonces, al eliminar del proyecto de ley que se convirtió en Código de Procedimiento Penal, algunas de las excepciones a la regla de exclusión que fueron creadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos a lo largo del siglo XX, porque consideró que no se ajustaban a los valores del ordenamiento colombiano. Pero su esfuerzo limitador de la influencia angloamericana en el proyecto de ley se quedó corto, pues la introducción de "criterios" evaluadores de la prueba derivada -con arreglo a los cuales los efectos reflejos de la ilicitud probatoria pueden ser eventualmente admitidos en el proceso- comportan verdaderas restricciones a la regla de exclusión y no meros indicadores causales sobre el vínculo entre la prueba originalmente viciada y pruebas independientes de aquélla.

No está, en suma, justificada la introducción de excepciones a la regla de exclusión, ni siquiera por la vía de los llamados "criterios" para evaluar la prueba derivada, todo lo cual tiene como consecuencia la irracionalidad ética, jurídico formal y, en menor medida, lingüística, de la ley 906 de 2004 en esos puntos concretos.

60 M. GASCÓN ABELLÁN, "¿Freedom of Proof?", cit., p. 75.

E. Bibliografía

AGUILERA MORALES, MARIEN, "Regla de exclusión y acusatorio", en BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 73-108.

ATIENZA, MANUEL, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

BACHMAIER WINTER, LORENA, "Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal", en BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.

DIAMOND, HENRY A., "Reasonable Doubt; To Define or not to Define", en *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 1716-1736.

DIAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO y MARTÍNEZ MORALES, RICARDO, "La teoría de la conexión de antijuridicidad", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, vol. 43, 2002, pp. 39-49.

FERRER BELTRÁN, JORDI, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

FIDALGO GALLARDO, CARLOS, *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, "Sobre el modelo cognoscitivista de prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIX, Madrid, Ministerio de Justicia-Ministerio de la Presidencia, 2002, pp. 489-496.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, No. 52, 2005, pp. 74-85.

LAUDAN, LARRY, "Is Reasonable Doubt Reasonable?", en *Legal Theory*, vol. 9, 2003, pp. 295-331.

LAUDAN, LARRY, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" (Trad. Raúl Calvo Soler), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 28, 2005, pp. 95-113.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO E., *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2005.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa", en Díez Ripollés, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (coords.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Madrid - Montevideo - Buenos Aires, B de F.- Edisofer, 2008, pp. 75-118.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: El caso colombiano", en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y otros, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Madrid, Colex, 2008.

PASTOR, DANIEL R., "¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 59, 2007, pp. 95-126.

TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.

TARUFFO, MICHELE, "Rethinking the Standards of Proof", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, pp. 659-677.

TARUFFO, MICHELE, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Trad. Beatriz Quintero, Bogotá, Temis, 2008.

Jurisprudencia

Además de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y la Corte Constitucional citadas en el texto, son referencia de este trabajo las siguientes:

- Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-210 de 21 de marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Gacetas del Congreso de la República de Colombia

[<http://winaricaurte.imprensa.gov.co:7778/gacetap/gaceta.portals>], visitado los días 1, 2, 3, 9, 10 y 15 de 2008.

- No. 339 de 2003 (que contiene la redacción original del proyecto presentado a la Cámara de Representantes por la Fiscalía General de la Nación).

- No. 564 de 2003 (que contiene el informe de ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes del proyecto de ley).

- No. 104 de 2004 (que contiene el informe de ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes del proyecto de ley).

- No. 167 de 2004 (que contiene el texto del proyecto aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes).

- No. 200 de 2004 (que contiene el informe de ponencia para el primer debate en el Senado del proyecto de ley).

- No. 248 de 2004 (que contiene el informe de ponencia para el segundo debate en el Senado del proyecto de ley).

- No. 273 de 2004 (que contiene el texto del proyecto aprobado por la plenaria del Senado).

- No. 285 de 2004 (que contiene la primera conciliación de los textos diferentes aprobados por Senado y Cámara de Representantes).

- No. 286 de 2004 (que contiene la segunda conciliación de los textos diferentes aprobados por Senado y Cámara de Representantes).

- No. 296 de 2004 (que contiene la aprobación por la Cámara de Representantes del texto conciliado).

- No. 359 del 2004 (que contiene la aprobación del Senado al texto conciliado).