

VIA DE HECHO-No se constituye por seguir una línea dogmática y jurisprudencial consolidada

¿Se puede considerar que la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error sustantivo cuando en una sentencia decide aplicar una línea doctrinal en la apreciación de un delito que el peticionario considera equivocada? La Corte concluye que no porque la posición esbozada por el apoderado del peticionario hace eco de una posición dogmática minoritaria que en modo alguno adquiere una trascendencia tal como para concluir que los órganos judiciales demandados -al mantenerse en la línea dogmática y jurisprudencial consolidada- hayan incurrido en una vía de hecho. Tampoco está llamado a prosperar el argumento que ve una alteración en la adecuación típica debido a la exclusión del otro procesado del juicio efectuado al petente por la Corte Suprema de Justicia, pues los términos de comparación y las normas aplicadas en uno y otro caso fueron las mismas. Adicionalmente el accionante alega que su conducta estaba justificada por cuanto cumplió la orden del Procurador General de abstenerse de escoger al adjudicatario mediante un sistema de azar. Este argumento tampoco prospera porque el Procurador no es su superior, los conceptos que éste profiere no son órdenes, y en cualquier caso el accionante al decidir sobre la adjudicación debía respetar la ley.

VIA DE HECHO-Defecto procedimental no se configura simplemente por dejar de practicar unas pruebas solicitadas por la defensa

Respecto de la existencia de una vía de hecho por defecto procedimental, el punto a estudiar es si el juzgador desconoció los derechos del procesado al dejar de practicar unas pruebas solicitadas por su defensor. La respuesta es negativa porque durante el proceso ordinario el imputado tuvo todas las posibilidades para exigir el cumplimiento de su solicitud o alegar ésta supuesta irregularidad, pero, sin embargo, decidió adoptar una actitud pasiva que el mismo juez reprochó en su momento.

VIA DE HECHO-Defecto fáctico no se configura cuando la presunta prueba ilícita no es el fundamento de las decisiones atacadas

¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal

dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas? No. La Corte constata que la grabación no fue el fundamento de la resolución de acusación de la Fiscalía y que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia cuestionada sostuvo que la grabación era ilícita y no podía ser valorada como prueba. Así, la Sala Penal aplicó correctamente la regla de exclusión de la grabación telefónica obtenida con violación del debido proceso.

VIA DE HECHO-Requisitos para que se configure el defecto fáctico ante la no exclusión de pruebas ilícitas

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 éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena. En este caso, dichas pruebas no sólo no fueron determinantes sino que obran en el expediente otras pruebas valoradas por la Sala Penal y cuya suficiencia para fundar la sentencia condenatoria no ha sido ni cuestionada ni desvirtuada. Esta Corte también analizó si todas las pruebas del acervo, sin nexo alguno con la grabación ilícita, no podían ser valoradas por la Sala Penal en conjunto con aquellas pruebas que –en gracia de discusión– podrían ser consideradas ilícitas por ser derivadas de dicha grabación. Es preciso responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes.

VIA DE HECHO-Concepto

Es un concepto elaborado por la jurisprudencia para referir aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que decide un conflicto jurídico asume una conducta que contraría de manera evidente el ordenamiento vigente violando derechos fundamentales. Tal comportamiento puede traducirse en (1.) la utilización de un poder concedido al juez por el derecho para un fin no previsto en las disposiciones legales (defecto sustantivo), (2.) en el ejercicio de una

atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), (3.) en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas (defecto fáctico), o (4.) en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). Esta carencia sustancial de poder o de desviación del otorgado por la ley, revelan (i.) una manifiesta desconexión entre lo establecido en el ordenamiento y la voluntad del funcionario judicial (que aparejará su descalificación como acto judicial) y (ii.) una clara violación de los derechos fundamentales de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario.

#### ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

El recurso de amparo que se intenta contra las vías de hecho judiciales -cuando sea procedente ante la ausencia de otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se endereza a garantizar el respeto al debido proceso y el derecho de acceso a la justicia.

#### VIA DE HECHO-Defecto sustantivo

La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

#### VIA DE HECHO-Defecto procedimental

Respecto de la presunta existencia de una vía de hecho sustentada en la constatación de un defecto procedimental, la Corte ha señalado que, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando

“en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad”. Así, por vía de ejemplo, está viciado todo proceso en el que se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario –, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comuniquen de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas.

**AUTONOMIA JUDICIAL**-Sala Penal de la Corte puede decidir sobre el decreto de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y relevantes

La Corte Constitucional reconoce un amplio margen de autonomía de los funcionarios judiciales, en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema, para decidir sobre el decreto de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y relevantes para determinar los hechos que son objeto de juzgamiento. En este sentido, el juez puede ordenar la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, decretar su práctica de oficio y denegar las que considere que no aportan elementos de juicio para el esclarecimiento de la verdad. Esta decisión se toma mediante una providencia interlocutoria, contra la cual proceden los recursos de ley y que, de conformidad con lo observado en el expediente que ahora es estudiado, no fueron objeto de recurso alguno por parte del defensor del actor. La acción de tutela resulta improcedente como recurso extraordinario o adicional cuando el sujeto procesal ha coadyuvado con su comportamiento omisivo en la ocurrencia del evento procesal que ataca dejando transcurrir la actuación ordinaria sin hacer uso de los medios de defensa que le concede la ley, lo cual forma parte del principio general de lealtad procesal.

**VIA DE HECHO**-Clases de defectos fácticos

Los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución.

## VIA DE HECHO-Defecto fáctico por valorar una prueba viciada

### REGLA DE EXCLUSION-Elementos

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo

fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad. A la cuestión de sí la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.

#### REGLA DE EXCLUSION CONSTITUCIONAL DE PRUEBAS-Condiciones de aplicación

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales. En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

#### INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD-Condiciones de

## validez/DERECHO A LA INTIMIDAD-Grabación telefónica

En cuanto a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas privadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados. Esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado, por ejemplo, que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece prima facie sobre el derecho a la intimidad. En este caso, varias son las particularidades de la grabación telefónica que hubieran podido ser analizadas. Por ejemplo, se trataba de la grabación de conversaciones de dos funcionarios públicos, uno de ellos en ejercicio de sus funciones, usando los servicios del ministerio, a través de un teléfono no propio sino oficial, en relación con un asunto de interés público –una licitación–, sin que exista certeza de que la interceptación haya sido realizada por agentes del estado. ¿Significa eso que no estaba amparada la conversación por el derecho a la intimidad? La Corte no entra a examinar este punto. Le basta con que la Fiscalía General y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su autonomía judicial, hayan considerado que sí lo estaba y que debía excluirse dicha prueba por haber sido obtenida con violación de este derecho fundamental. Dentro del respeto al margen de apreciación de que goza el juez, tal decisión es compatible con el debido proceso, por lo que esta Corte no encuentra cuestionable tal determinación sino, por el contrario, plenamente compatible con la Constitución. Para esta Corte es claro que la apreciación de las pruebas que efectuó la Corte Suprema de Justicia se fundó en un análisis objetivo, racional, y riguroso de las mismas en el que se omitió la valoración de la prueba ilícitamente obtenida y se estudió el resto del material probatorio recaudado, el cual se estimó suficiente por sí mismo para proferir la decisión condenatoria.

## PRUEBAS EN PROCESO PENAL-Exclusión de grabación telefónica ilícita

La exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución, y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento

ni contaminan todo el acervo probatorio, así ésta haya sido elemento integral de la noticia criminis, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de ésta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado.

Referencia: expediente T-426353

Acción de tutela instaurada por Saulo Arboleda Gómez contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D. C., seis (6) de marzo de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

El proceso fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Cinco mediante auto de mayo 2 de 2001 y repartido, por sorteo, a la Sala Primera de Revisión. En atención a los problemas constitucionales relevantes que el caso propone, el conocimiento del mismo fue asumido por la Sala Plena de la Corte, la cual no aprobó el proyecto originalmente presentado por el Magistrado Ponente. Así, la tarea de sustanciación de la sentencia correspondió al Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, por orden alfabético.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

El actor, obrando a través de apoderado especial, interpuso acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invocando la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad y debido proceso, apoyándose al efecto en los hechos que a continuación se resumen:

1.1. La revista “Semana” en su edición No. 798, correspondiente al período del 18 al 25 de agosto de 1997, publicó el artículo “Conversación entre ministros” en la cual dio a conocer una comunicación telefónica donde el Ministro de Minas y Energía, Rodrigo Villamizar Alvargonzález, hablaba con el Ministro de Comunicaciones, Saulo Arboleda Gómez, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, a Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

1.2. La Fiscalía General de la Nación ordenó apertura de investigación preliminar mediante Resolución del 20 agosto de 1997, motivando la decisión en la noticia difundida por los medios de comunicación.

1.3. Después de adelantarse la correspondiente investigación preliminar se ordenó la iniciación formal de la investigación, la cual culminó con la acusación de Rodrigo Villamizar Alvargonzález y Saulo Arboleda Gómez, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, como determinador y autor respectivamente, mediante Resolución de 21 de octubre de 1998. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición el cual fue definido el 17 de noviembre de 1998 mediante resolución adversa a la defensa.

1.4. La etapa del juicio se llevó a cabo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia del 25 de octubre de 2000 condenó a Saulo Arboleda Gómez por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, a la pena principal de 54 meses de prisión y multa equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al establecido para la pena de prisión. Igualmente se abstuvo de condenar al señor Arboleda Gómez a la indemnización de perjuicios, por considerar que los mismos no se causaron.

1.5. Si bien la Fiscalía acusó a los ministros Saulo Arboleda Gómez y Rodrigo Villamizar Alvargonzález, la Sala Penal durante la etapa del juicio, en especial en la sesión del 14 de mayo de 1999 dentro de la audiencia pública, declaró la nulidad parcial del diligenciamiento en lo concerniente a la actuación adelantada contra el doctor Villamizar por considerar que éste carecía del fuero establecido en el artículo 235 de la Constitución. La Sala Penal estimó

que “si bien cuando sucedieron los hechos investigados y al inicio de la indagación preliminar dicho acusado se desempeñaba como Ministro de Minas y Energía, ya no lo hacía; no teniendo relación la conducta punible atribuida con ese cargo ni con las funciones que le correspondía desempeñar”.<sup>1</sup> El defensor del petente solicitó a la Corte Suprema que anulara toda la actuación cumplida a partir del cierre de la investigación alegando que en la resolución de acusación se había incurrido en el yerro de tratar al doctor Villamizar como funcionario en ejercicio lo cual variaba sustancialmente los elementos fácticos de la acusación. La Corte Suprema de Justicia resolvió dicha solicitud en la misma sentencia y concluyó que además de ser extemporánea la situación del petente “se mantiene sin modificación en ese sentido al resultarle indiferente el cambio de competencia funcional para el otro acusado que en nada altera la adecuación típica de la conducta señalada por la Fiscalía al formular la acusación”<sup>2</sup>

## 2. Argumentos y pretensiones

El accionante considera que en su proceso se incurrió en varios tipos de vías de hecho que se pueden resumir de la siguiente forma: (a) vía de hecho por defecto sustantivo por cuanto la adecuación típica de la conducta realizada tanto por la Fiscalía como por la Corte Suprema de Justicia fue errada; (b) vía de hecho por defecto procedimental en la medida que no se practicaron algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, y (c) vía de hecho por defecto fáctico en tanto que, en opinión del petente, las decisiones judiciales que se adoptaron dentro del proceso se tomaron con base en una prueba obtenida ilícitamente, así como otras pruebas también ilícitas, en tanto derivadas de la primera. Los tres tipos de vías de hecho son desglosados en la acción de tutela de la siguiente forma:

“18.1. Vía de hecho derivada de la obtención de prueba ilícita. Nulidad del proceso en razón de haberse hecho la construcción probatoria de este en una prueba ilícita”

“18.2. Vía de hecho derivada de la incorporación al proceso de una prueba inadmisiblemente legalmente.”

“18.3. Vía de hecho originada en el cambio sustancial de la Resolución de Acusación, debido a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de mayo 14/99, que excluyó a Rodrigo Villamizar Alvargonzález del proceso.”

“18.4. Vía de hecho, consistente en haberse condenado por un hecho que se justifica por haber sido cometido en cumplimiento de orden legítima de autoridad.”

“18.5. Vía de hecho originada en la arbitraria valoración de la prueba (abuso de poder)”.

“18.6. Vía de hecho por haberse negado, sin fundamento razonable, pruebas solicitadas por la defensa dentro de la audiencia pública”.

“18.7. Vía de hecho derivada de la aplicación de requisitos administrativos para efectos de hacer la adecuación típica del delito previsto en el artículo 145 del C. P.”.

“18.8. Vía de hecho consistente en haberse acusado y condenado por fuera de la estructura típica prevista en el artículo 145”.

“18.9. Vía de hecho estructurada en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, al descartar la existencia de la generación de perjuicios por la conducta atribuida al procesado y sin embargo condenarlo por el delito previsto en el artículo 145 del C.P”3.

Con fundamento en los hechos narrados el actor solicita se hagan las siguientes declaraciones:

“1. Que se declare sin ningún valor ni efecto la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2000 proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, así como todo lo actuado en el proceso seguido a Saulo Arboleda Gómez.”

“2. En subsidio de la anterior petición, que se declare sin ningún valor ni efecto la aludida sentencia y que se ordene invalidar la actuación viciada, de modo que se logre el restablecimiento del goce de los derechos fundamentales vulnerados a Saulo Arboleda Gómez”4.

### 3. Contestación de las entidades accionadas

La Fiscalía General de la Nación, una vez surtido el correspondiente traslado ejerció su derecho de contradicción y defensa solicitando el rechazo de la petición de tutela, pues en su entender la actuación del ente acusador fue ajustada a los mandamientos constitucionales y legales que imponen la investigación de oficio de la presunta comisión de un hecho punible

que haya sido conocido por cualquier medio.

A su juicio “no se puede confundir lo perfectamente diferenciable: la noticia reportó la presunta transgresión del estatuto contractual, por parte de un funcionario amparado con fuero constitucional, luego conforme a la Carta Política y la ley, la obligación del Fiscal era iniciar oficiosamente la investigación”.

Añade a lo anterior que el actor pretende revivir un debate probatorio reservado a la jurisdicción ordinaria “al punto de elaborar las argumentaciones en manifiesta contradicción con el otrora defensor del doctor ARBOLEDA”.

A su turno la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia solicitó se desestimaran las pretensiones del demandante por cuanto consideró que la acción adelantada “simplemente es una muestra más de los intentos que se han presentado para convertir la acción de tutela en una instancia más, intemporal, irregular, arbitraria, sin sometimiento a niveles ni especialidades, que permita desconocer a discreción la seguridad jurídica, el régimen de competencias y en general, allí sí y de manera muy grave, el debido proceso”.

#### 4. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Mediante auto del 1º de agosto de 2001 esta Corte solicitó a las entidades competentes la remisión de una copia, o en su defecto el original a título de préstamo, del expediente contentivo del proceso penal seguido contra Saulo Arboleda Gómez; así mismo se solicitó copia de los documentos relativos al proceso de contratación directa para la adjudicación de licencias concernientes a la prestación del servicio de radiodifusión sonora en Cali, realizada en el año de 1997. A estas pruebas y las demás que reposan en el expediente la Corte hará referencia en los fundamentos y consideraciones del presente fallo.

## II. DECISIONES OBJETO DE REVISION

### 1. Primera Instancia

En primera instancia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca negó la protección solicitada por el actor mediante sentencia del 1º de diciembre de 2000, sustentándose al efecto en las siguientes consideraciones:

1.1. Luego de un examen del acervo probatorio se determinó que la Sala de Casación Penal mantuvo una posición consecuente con el razonamiento reiterado frente a la existencia de pruebas ilícitamente allegadas en otros procesos. En este orden de ideas, “para la Corte, la informalidad e ilicitud de una prueba, como en este caso de las grabaciones clandestinas, de una llamada telefónica, no afecta la estructura integral del proceso, si existen otros medios de prueba legalmente válidos para fundamentar la responsabilidad penal”.

1.2. En lo atinente a la valoración de las pruebas que reposan en el expediente se descarta la vía de hecho alegada por el demandante, toda vez que los dos entes demandados en ejercicio de la autonomía judicial hicieron en sus pronunciamientos “la relación juiciosa y pormenorizada de las pruebas hechas por la Fiscalía en la Resolución de Acusación y las aducidas por la Corte en la providencia de sentencia condenatoria”. En este orden de ideas, partiendo de la aplicación del principio argumentación suficiente en la incriminación de Saulo Arboleda Gómez, manifestó la instancia que “nosotros como jueces de tutela no podemos enseñarle a la Corte cómo ha debido interpretar el problema, so pena de violar el principio de autonomía judicial”.

1.3. Respecto a la no anulación del proceso por la presunta existencia de una vía de hecho, se estimó que el asunto fue debatido en la instancia procesal correspondiente, siendo claro que el juez constitucional no está llamado a revivir procesos ni a calificar como vía de hecho cualquier omisión.

1.4. Finalmente, respecto de la equivocada apreciación en la que incurrió el juez a la hora de adecuar la conducta reprochada al tipo penal señalado en la ley, en criterio del cuerpo colegiado, adentrarse en este tema implica inmiscuirse en temas propios del juez ordinario, dado que: “en verdad todos los aspectos referidos a la presente acción son objeto de discusión en la doctrina penal y cuando el juez ordinario acoge uno u otro criterio, no por ello incurre en vía de hecho, pues aún los considerados “más acertados” son criterios auxiliares”.

## 2. Segunda Instancia

En segunda instancia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó el 1º de febrero de 2001 la sentencia del a quo. Esta es la razón en las que se sustenta tal decisión:

2.1. Discurrió el superior jerárquico en el análisis de cada una de las vías de hecho alegadas por la parte actora, las cuales fueron desestimadas en el entendido de que “la sentencia, ni varió la imputación, ni violentó ninguna garantía al procesado”; por lo tanto se consideraron infundados los argumentos del impugnante orientados hacia la demostración de una actuación por fuera del procedimiento establecido y una desacertada adecuación típica. Así mismo, rechazó la documentación anexa al escrito de impugnación por ser manifiestamente improcedente frente a la decisión de tutela, ya que la misma debió hacerse valer dentro del respectivo proceso penal<sup>5</sup>.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

#### 1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, en el expediente de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento a lo dispuesto en la Sala de Selección N° 5 del 2 de mayo de 2001.

#### 2. Problemas jurídicos y resumen de las conclusiones

De los hechos enunciados, de las solicitudes del accionante y de los planteamientos de las partes, se concluye que la Corte debe resolver varios problemas jurídicos relativos a cuándo una providencia judicial es contraria a la Constitución y ha violado en tal grado el debido proceso que se constituye en una vía de hecho.

Primero, respecto de la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo, la cuestión principal a analizar es la siguiente: ¿Se puede considerar que la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error sustantivo cuando en una sentencia decide aplicar una línea doctrinal en la apreciación de un delito que el peticionario considera equivocada? La Corte concluye que no porque la posición esbozada por el apoderado del peticionario hace eco de una posición dogmática minoritaria que en modo alguno adquiere una trascendencia tal como para concluir que los órganos judiciales demandados -al mantenerse en la línea dogmática y jurisprudencial consolidada- hayan incurrido en una vía de hecho. Tampoco está llamado a prosperar el argumento que ve una alteración en la adecuación típica debido a la exclusión del doctor Villamizar del juicio efectuado al petente por la Corte Suprema de Justicia, pues los

términos de comparación y las normas aplicadas en uno y otro caso fueron las mismas. Adicionalmente el accionante alega que su conducta estaba justificada por cuanto cumplió la orden del Procurador General de abstenerse de escoger al adjudicatario mediante un sistema de azar. Este argumento tampoco prospera porque el Procurador no es su superior, los conceptos que éste profiere no son órdenes, y en cualquier caso el accionante al decidir sobre la adjudicación debía respetar la ley. (apartado 3.2.1. del presente fallo).

Segundo, respecto de la existencia de una vía de hecho por defecto procedimental, el punto a estudiar es si el juzgador desconoció los derechos del procesado al dejar de practicar unas pruebas solicitadas por su defensor. La respuesta es negativa porque durante el proceso ordinario el imputado tuvo todas las posibilidades para exigir el cumplimiento de su solicitud o alegar ésta supuesta irregularidad, pero, sin embargo, decidió adoptar una actitud pasiva que el mismo juez reprochó en su momento (apartado 3.2.2. del presente fallo).

Se alega además que de la grabación ilícita se derivaron otras pruebas que fueron valoradas en la resolución de acusación y que no fueron excluidas en la sentencia, tales como las declaraciones de los dos Ministros a un medio de comunicación en las cuales reconocen que la conversación, en efecto, sucedió, así como los testimonios de una(s) secretaria(s) que confirmaron la existencia de llamadas telefónicas entre los dos ministros, una de las cuales fue la ilícitamente grabada. Entonces, es preciso preguntarse lo siguiente: ¿Están dichas pruebas afectadas por la ilicitud de la grabación y, por ende, han debido ser excluidas expresamente del acervo probatorio? No. 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 (apartado 4.3.2.2 del presente fallo). Ahora bien, en gracia de discusión cabe analizar otro problema: ¿en caso de que dichas pruebas fueran también ilícitas, se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico al no haber sido excluidas del acervo probatorio? No. 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 éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena. En este caso, dichas pruebas no sólo no fueron determinantes sino que obran en el expediente otras pruebas

valoradas por la Sala Penal y cuya suficiencia para fundar la sentencia condenatoria no ha sido ni cuestionada ni desvirtuada (apartado 4.3.2.2 del presente fallo). Esta Corte también analizó si todas las pruebas del acervo, sin nexo alguno con la grabación ilícita, no podían ser valoradas por la Sala Penal en conjunto con aquellas pruebas que –en gracia de discusión– podrían ser consideradas ilícitas por ser derivadas de dicha grabación. Es preciso responder el siguiente interrogante: ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes (apartado 4.2.1 del presente fallo).

Pasa la Corte a analizar los problemas jurídicos mencionados y a justificar las conclusiones a las que arribó la Sala Plena anteriormente esbozadas, en el orden en que fueron resumidos.

### 3. Sobre la presunta existencia de una vía de hecho

Para el peticionario, la actuación surtida por la Fiscalía General de la Nación y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso que culminó con su condena por la comisión del delito de interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145 del antiguo Código Penal), configura una vía de hecho, pues se trata de un pronunciamiento judicial que adolece de tres defectos separables: de una parte, se alega la existencia de un defecto sustantivo principalmente por la indebida adecuación típica del delito por el cual se le condenó y por no aplicar una causal de justificación; al mismo tiempo, se refiere a la presencia de un defecto procedimental al negarse la práctica de algunas pruebas solicitadas durante el proceso; y, finalmente, se argumenta la comisión de un error fáctico, puesto que el acervo probatorio que sirvió de base para tomar las decisiones que ahora se impugnan, a juicio del accionante se construyó alrededor de una grabación ilícitamente obtenida que se incorporó al proceso<sup>6</sup>.

En el análisis que le corresponde hacer a la Corte con el propósito de establecer la presunta existencia de una vía de hecho se procederá a (3.1) hacer una breve alusión al concepto

mismo de vía de hecho, tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, para luego (3.2) establecer si los demandados incurrieron en un defecto sustantivo o procedimental que vicie su actuación<sup>7</sup>. Posteriormente, en un acápite separado, se verificará si las conductas de la Fiscalía y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia evidencian un defecto fáctico (apartado 4).

### 3.1. Breve alusión al concepto de vía de hecho

La doctrina constitucional establecida por esta Corte, ha señalado con claridad que la acción de tutela procede contra las providencias judiciales, en forma estrictamente excepcional<sup>8</sup>, cuando aquellas configuren una vía de hecho. Este es un concepto elaborado por la jurisprudencia<sup>9</sup> para referir aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que decide un conflicto jurídico asume una conducta que contraría de manera evidente el ordenamiento vigente violando derechos fundamentales. Tal comportamiento puede traducirse en (1.) la utilización de un poder concedido al juez por el derecho para un fin no previsto en las disposiciones legales (defecto sustantivo), (2.) en el ejercicio de una atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), (3.) en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas (defecto fáctico), o (4.) en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)<sup>10</sup>. Esta carencia sustancial de poder o de desviación del otorgado por la ley, revelan (i.) una manifiesta desconexión entre lo establecido en el ordenamiento y la voluntad del funcionario judicial (que aparejará su descalificación como acto judicial)<sup>11</sup> y (ii.) una clara violación de los derechos fundamentales de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario<sup>12</sup>.

Ahora bien: el recurso de amparo que se intenta contra las vías de hecho judiciales -cuando sea procedente ante la ausencia de otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>13</sup>, se endereza a garantizar el respeto al debido proceso (artículo. 29 C.P.) y el derecho de acceso a la justicia (artículo 229 C.P.). La revisión de una decisión judicial en sede de tutela, por la presunta existencia de una vía de hecho, en cierta forma, y en algún grado, limita los principios que garantizan la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales (artículo. 228 C.P.); sin embargo, el principio de independencia judicial se funda en la necesaria relación de obediencia y acatamiento que en todo momento ha de observar el juez frente al ordenamiento jurídico, el cual constituye,

como lo expresa la Constitución, la fuente de sus poderes y el fundamento de sus decisiones. La independencia judicial no significa autonomía para desconocer los derechos constitucionales fundamentales. La especialidad de las jurisdicciones no justifica dejar de aplicar el derecho común a todas ellas que es el derecho constitucional. Pero no cualquier irregularidad del juez constituye una vía de hecho. Corresponde en este caso analizar si lo alegado por el actor en efecto sucedió y si ello representa una vía de hecho.

### 3.2. De los defectos sustantivos y procedimentales en la actuación de los demandados. Ausencia de vías de hecho

3.2.1. El primero de los reparos que presenta el actor para sustentar la existencia de una vía de hecho, tanto en la resolución de acusación que en su caso profirió la Fiscalía General de la Nación como en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que lo condenó por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, tiene que ver con la presencia de un defecto sustantivo consistente en la indebida adecuación típica de las actuaciones que fueron objeto de estudio por parte de los funcionarios que adelantaron la investigación y juzgamiento dentro del proceso penal al contenido específico del artículo 145 del antiguo Código Penal.

La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto<sup>14</sup>, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad<sup>15</sup>, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional<sup>16</sup>, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional<sup>17</sup> o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

El reclamo presentado por el actor en esta oportunidad tiene que ver, precisamente, con la manera como los funcionarios judiciales desarrollaron las etapas de investigación y juzgamiento dentro de un proceso penal, en el que se le condenó por la comisión del delito

de interés ilícito en la celebración de contratos, quienes, a su juicio, desconocieron las circunstancias concretas en las que se desarrolló la conducta que consideraron típica a la luz del contenido del artículo 145 del antiguo Código Penal. En consecuencia, el juicio de adecuación contradice el contenido propio y las características con las que el legislador describió el delito por el cual se le castigó.

“ART. 145. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.”

La posición mayoritaria de la doctrina ha señalado que este es un delito de mera conducta, pues “el interés que en el contrato u operación pone el funcionario es siempre ilícito, pero no porque trate de obtener una ganancia fraudulenta, ni siquiera proporcionada al interés del capital, sino porque es contraria a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad, actuar en un mismo como parte o contraparte, en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses”<sup>18</sup>. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido desde los primeros fallos pronunciados luego de la expedición del Código Penal de 1980 que “la jurisprudencia da por consumado el delito, inclusive cuando el empleado oficial se interesa en favor de la administración, esto es, cuando el contrato o la operación se piensa llevar a cabo sin beneficio para el propio empleado o para una tercera persona”<sup>19</sup>. Así, “si el interés particular deviene en favor de la administración verbigracia, el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración o de mayor rendimiento para esta, el delito se ha consumado, porque en ésta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios prohibidos sino disconformes con el ejercicio de la función pública”<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, la posición esbozada por el apoderado del peticionario, de acuerdo con la cual se considera que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos es un tipo penal de resultado, hace eco de una posición dogmática minoritaria que en modo alguno adquiere una trascendencia tal como para concluir que las corporaciones de justicia demandadas – al mantenerse en la línea dogmática y jurisprudencial mayoritariamente aceptada y aplicada – hayan incurrido en una vía de hecho.

Por lo anterior, tampoco acierta el petente al plantear que la ausencia de daño, aceptada por la Corte Suprema de Justicia, al no condenarlo en perjuicios, constituye una contradicción en la sentencia, puesto que, como se ha anotado, el interés ilícito en la celebración de contratos no exige para su realización que la administración haya sufrido un daño patrimonial.

Además, dentro del proceso penal que ahora es objeto de estudio hubo concordancia entre los elementos típicos de la norma penal que fueron estudiados por la Fiscalía y por la Sala Penal de la Corte. Así, luego de una extensa motivación por parte del señor Fiscal General de la Nación, con cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales establecidos en los artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal, se decidió acusar al peticionario por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos (al que se refiere el artículo 145 del antiguo Código Penal); posteriormente, partiendo del marco establecido por la acusación del señor Fiscal General de la Nación -contra la cual la defensa esgrimió de manera amplia sus argumentos de contradicción-, se llegó al momento de la sentencia en la cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respetó el universo señalado por la acusación y tomó una decisión sin rebasar el mismo.

El petente considera que la exclusión del doctor Villamizar del juicio en razón a que la Corte Suprema de Justicia estimó que éste carecía de fuero constitucional (hecho 1.5) alteró los elementos fácticos de la adecuación típica en tal grado que se ha debido anular todo lo actuado a partir de la resolución de acusación. La Corte Constitucional constata que la Sala Penal analizó esta petición y decidió negar la nulidad solicitada. No es la acción de tutela la vía para volver a plantear la misma cuestión. Además, esta Corte estima que el cambio en la competencia para juzgar al doctor Villamizar no cambió el tipo penal por el cual fue acusado y juzgado el petente. Tampoco se configura una violación del derecho a la igualdad del accionante por el sólo hecho de que otros particulares con los cuales éste pudiera haber conversado sobre la adjudicación de las emisoras no hayan sido investigados ni acusados por la Fiscalía. No es la tutela, sino la denuncia penal correspondiente, la vía para conseguir que dichos particulares sean investigados. El que no lo hayan sido no significa que las providencias acusadas por el petente constituyan una vía de hecho.

Tanto la resolución de acusación como la sentencia son consonantes, al tiempo que esclarecen y motivan no solamente la responsabilidad que se le dedujo al procesado respecto del delito por el cual se le llamó a juicio, sino también con las circunstancias que

rodearon la dosificación punitiva.

Adicionalmente el accionante invoca otro defecto sustantivo. Alega que su conducta estaba justificada, según el artículo 29 del antiguo Código Penal por cuanto cumplió la orden del Procurador General de abstenerse de escoger al adjudicatario mediante un sistema de azar. Este argumento tampoco prospera. En primer lugar, el Procurador no es su superior. En segundo lugar, los conceptos que éste profiere no son órdenes. En tercer lugar, en cualquier caso, el accionante al escoger al beneficiario de la adjudicación ha debido decidir dentro del respeto a la ley, lo cual fue investigado y juzgado de conformidad con la Constitución. Cuando el Procurador conceptuó que no podía adjudicar el contrato con base en un sistema de azar, en ningún caso lo autorizó para desconocer la ley.

Se descarta, entonces, cualquier vía de hecho por defecto sustantivo.

3.2.2. Respecto de la presunta existencia de una vía de hecho sustentada en la constatación de un defecto procedimental, la Corte ha señalado que, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando “en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad”<sup>21</sup>. Así, por vía de ejemplo, está viciado todo proceso en el que se pretermiten eventos o etapas señaladas en la ley para asegurar el ejercicio de todas las garantías que se le reconocen a los sujetos procesales de forma tal que, por ejemplo, (i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica<sup>22</sup>, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario –, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comuniquen de la iniciación del proceso y se permita su participación en el mismo<sup>23</sup> y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas<sup>24</sup>.

En el presente caso, el peticionario señala que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de marzo 11 de 1999 “negó, por estar debidamente allegados al proceso y ofrecer suficiente información sobre el punto expresado por la defensa”, la petición del abogado defensor sobre la práctica de unos testimonios, lo cual, a su juicio, constituye una vía de hecho –por defecto procedimental– que vicia la sentencia condenatoria proferida dentro del proceso. Adicionalmente, se censuró el decreto y admisión, como prueba, de la

decisión proferida por la Procuraduría General de la Nación que en primera instancia sancionó disciplinariamente al peticionario por la comisión de los actos que fueron objeto del proceso penal.

Sobre este particular se deben hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, la Corte Constitucional reconoce un amplio margen de autonomía de los funcionarios judiciales, en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema, para decidir sobre el decreto de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y relevantes para determinar los hechos que son objeto de juzgamiento. En este sentido, el juez puede ordenar la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, decretar su práctica de oficio y denegar las que considere que no aportan elementos de juicio para el esclarecimiento de la verdad. Esta decisión se toma mediante una providencia interlocutoria, contra la cual proceden los recursos de ley y que, de conformidad con lo observado en el expediente que ahora es estudiado, no fueron objeto de recurso alguno por parte del defensor del actor<sup>25</sup>. La acción de tutela resulta improcedente como recurso extraordinario o adicional cuando el sujeto procesal ha coadyuvado con su comportamiento omisivo en la ocurrencia del evento procesal que ataca dejando transcurrir la actuación ordinaria sin hacer uso de los medios de defensa que le concede la ley, lo cual forma parte del principio general de lealtad procesal.

La segunda precisión que deba hacer la Corte está relacionada con la presunta admisión y valoración de una decisión de la Procuraduría -dentro de un proceso disciplinario adelantado contra el peticionario por los mismos hechos que fueron objeto del proceso penal-, que no se encontraba en firme. La sentencia condenatoria en modo alguno aparece respaldada en la decisión de la Procuraduría que se refiere a una materia diferente a la penal que obedece a una estructura de responsabilidad también distinta. Ésta, si bien fue aportada al proceso por solicitud del Ministerio Público y, no sobra reiterarlo, su inclusión no fue controvertida por ninguna de las partes, no fue fundamento de la decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual carece de trascendencia frente a la sentencia. Vale decir, que en ninguna parte de la motivación del fallo condenatorio se utiliza la decisión del Ministerio Público como prueba de cargo. La resolución de acusación de la Fiscalía General tampoco se funda en dicha decisión de la Procuraduría; tan solo hace referencias puntuales a aspectos del proceso disciplinario.

4. De la configuración de un defecto fáctico en el juicio penal adelantado en contra del

petionario

El último argumento en el que se sustenta la presunta existencia de una vía de hecho en el proceso que culminó con la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en contra del petionario tiene que ver con la presencia de un defecto fáctico, pues, en opinión del demandante, el acervo probatorio que sirvió de base a la referida decisión se construyó alrededor de una grabación ilícitamente obtenida que se incorporó al proceso. La Corte procederá entonces a (4.1) aludir brevemente a la jurisprudencia constitucional sobre vía de hecho por defecto fáctico; en segundo lugar, (4.2) abordará concretamente la regla de exclusión para, finalmente, (4.3) analizar su aplicación respecto de las pruebas que el petente tacha de ilícitas.

#### 4.1. Jurisprudencia constitucional sobre la vía de hecho por defecto fáctico

La existencia de un defecto fáctico que convierte a una decisión judicial en una vía de hecho es un asunto al que ya se ha referido esta Corporación al constatarse que “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”<sup>26</sup>.

Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L)”<sup>27</sup>, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria; su actividad evaluativa probatoria implica, necesariamente, la adopción de criterios objetivos<sup>28</sup>, no simplemente supuestos por el juez, racionales<sup>29</sup>, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos<sup>30</sup>, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.

Así, los defectos fácticos pueden agruparse en dos clases. La primera, la dimensión omisiva, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>31</sup>. La segunda, la dimensión positiva, abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución<sup>32</sup>.

Por eso, en lo que respecta a la dimensión omisiva, “no se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba”<sup>33</sup> que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración<sup>34</sup>, cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>35</sup>.

En lo relativo a la dimensión positiva, el defecto fáctico se presenta generalmente cuando aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). Al respecto, resulta particularmente ilustrativo recordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este punto específico, pues, en materia penal, aún en el evento en el que en el conjunto de pruebas sobre las que se apoya un proceso penal se detecte la existencia de una ilícitamente obtenida, los efectos de esta irregularidad son limitados. Para la Corte, “el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como vía de hecho”<sup>36</sup>. Así, “sólo en aquellos casos en los que la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción”<sup>37</sup>. De tal manera que la incidencia de la prueba viciada debe ser determinante de lo resuelto en la providencia cuestionada.

Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”<sup>38</sup>.

4.2. De la vía de hecho por defecto fáctico por valorar una prueba viciada. Consideraciones sobre la regla de exclusión en materia probatoria

4.2.1. Los elementos de la regla general constitucional de exclusión. Análisis del inciso final

del artículo 29 de la Constitución Política

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos:

Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado<sup>39</sup>. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.<sup>40</sup>

La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991).<sup>41</sup> Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo

250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial “rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces.” En este sentido también son pertinentes los artículos 161,42 246,43 247,44 254,45 y 44146 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.

Ahora bien: una revisión cuidadosa del origen del artículo 29 Superior revela las consideraciones del constituyente al fijar la regla contenida en el inciso final del artículo 29. El tema de la validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales fue tratado en la Comisión Primera y por la Comisión Cuarta de la Asamblea Constituyente.

En la Comisión Primera, el tema surgió en dos contextos distintos<sup>47</sup>. Primero, en relación con la prohibición de la tortura, donde se planteó la necesidad de excluir las pruebas así obtenidas y además sancionar a los funcionarios que incurrieran en tales actos.<sup>48</sup> En segundo lugar, el tema se discutió en el contexto de las garantías al debido proceso, pero ya no sólo en relación con las pruebas obtenidas mediante tortura, sino mediante violaciones a los derechos y garantías fundamentales.<sup>49</sup>

Durante el debate en la Comisión Primera, la Constituyente Aída Abella propuso que se hiciera mención expresa a la invalidez de las pruebas obtenidas mediante tortura y por ello, propuso la adición de la expresión “es nula toda declaración obtenida mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>50</sup>. Posteriormente, la Comisión reabrió la discusión del artículo,<sup>51</sup> oportunidad en la cual el Delegatario Darío Mejía cuestionó el inciso final de la norma propuesta. Para el Delegatario, indicar que una declaración obtenida por tortura es nula, podía ser leído como una aceptación de que ocurra semejante clase de violaciones a las garantías fundamentales, limitándose únicamente su sanción a un juicio sobre su validez probatoria. Ante la posibilidad de dicha interpretación, sugirió una nueva fórmula: “es nula toda declaración o prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución”<sup>52</sup>.

El Delegatario Augusto Ramírez Ocampo, miembro de la Comisión Primera y uno de los autores de la versión original del inciso, indicó que el propósito de la norma era el de recoger la garantía contemplada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>53</sup>, debido a la gravedad que ese problema representa para el país, por lo que manifestó su disposición a

modificar la redacción propuesta, si con ella se estaba abriendo la posibilidad de interpretar la norma de tal forma que se pudiese admitir, bajo cualquier forma, la tortura.<sup>54</sup> A su juicio ampliar la garantía era una virtud de la sugerencia del Delegatario Mejía. El Delegatario Alberto Zalamea también intervino en el debate y coincidió con su compañero de Comisión en la justificación de la norma, e hizo una mención especial de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.<sup>55</sup>

El inciso, junto con el resto del artículo sobre debido proceso, fue presentado por la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente ante la Plenaria de la misma, con ponencia del Delegatario Diego Uribe Vargas, en la que se sostuvo:

“Del debido Proceso. Tanto la doctrina nacional como la internacional de los autores, como las normas contenidas en tratados públicos y leyes extranjeras, le otorgan lugar preeminente dentro de las garantías individuales a los requisitos procesales mínimos de que deben rodearse a las personas que se encuentren acusadas, y que deban responder ante las autoridades. (...) el que toda prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías previstos en la Constitución, es nula. Durante las deliberaciones de la Comisión se hizo particular hincapié respecto de aquellos testimonios obtenidos por la tortura o tratos degradantes, que necesariamente deben invalidarlos (...)”<sup>56</sup>.

Por otra parte, en la Comisión Cuarta,<sup>57</sup> al discutir los principios de la administración de justicia, el tema de la exclusión de pruebas se propuso como una de las garantías procesales, especialmente en materia penal, que debían ser tratadas expresamente en la Constitución Política.<sup>58</sup> El texto aprobado por la Comisión Cuarta contenía una referencia general a la “invalidez de pruebas obtenidas ilícitamente”, como parte de los principios del derecho penal<sup>59</sup> aprobado por unanimidad en dicha Comisión.<sup>60</sup>

En relación con la expresión nula “de pleno derecho” contenida en el texto del inciso final del artículo 29, ésta fue adicionada durante el primer debate en plenaria.<sup>61</sup> El texto propuesto por la Comisión Primera a la Plenaria, sólo hacía referencia a la expresión “nula”, la cual, así se entendió, comprendía el término jurídico de la ineficacia<sup>62</sup>. Posteriormente, durante el Primer Debate en Plenaria, se nombró una Comisión Accidental<sup>63</sup> para conciliar los textos propuestos por las Comisiones Primera y Cuarta. El texto aprobado en Primer Debate en Plenaria, adicionó la expresión “de pleno derecho”.

El inciso final del artículo 29, tal y como hoy se encuentra consignado en la Carta Política, fue aprobado el 15 de junio de 1991, en primer debate de la Plenaria de la Asamblea Constituyente. Los delegatarios que introdujeron las modificaciones finales para someterlas a consideración de la Plenaria, las sustentaron de la siguiente manera,

“Señor Presidente, este artículo es tal vez el más importante de ahí, no es nada original, está en la Constitución actual, está en todas las constituciones de los países civilizados, está en la jurisprudencia, está en la doctrina con el nombre de “el debido proceso”, eso ya prácticamente lo sabemos de memoria (...) el doctor Zalamea y yo trabajamos sobre unos artículos, con una novedad al final del “debido proceso” que se refiere a las pruebas que son nulas de pleno derecho, toda prueba obtenida con la violación del debido proceso, de resto es muy similar al artículo correspondiente de la Constitución Nacional, simplemente quitándole o arreglando algunas partes que se consideraban de más o que no estaban con la doctrina actual (...)”<sup>64</sup>.

El proyecto de artículo fue aprobado por la Plenaria de la Asamblea con cuarenta y cuatro (44) votos afirmativos, ningún voto negativo y ninguna abstención<sup>65</sup>.

La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos.<sup>66</sup> Sin embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i.) la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y (ii.) la nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba<sup>67</sup>.

La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías

básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.

Durante los debates en las Comisiones I y IV y en la Plenaria sólo se trataron este tipo de casos: violaciones graves a las garantías básicas. El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional.

También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (“la prueba”) resultado directo e inmediato (“obtenida”) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.

La jurisprudencia de esta Corporación ya había abordado algunos de los puntos anteriores manifestándose en el mismo sentido pero ampliando el ámbito del debido proceso a las formalidades legales esenciales. Así, en la sentencia C-491 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) esta Corte indicó que en principio es al legislador a quien corresponde establecer las causales de nulidad de los procesos, en todo o en parte. Dijo en aquella ocasión la Sala,

“(...) estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión “solamente” que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiéndolo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo

tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia”<sup>68</sup> (resaltado fuera del original).

En este orden de ideas, la Corte ha indicado, precisamente, que el efecto que se sigue de la declaración de nulidad de una prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso constitucional es solamente ese, la nulidad de la prueba. Dijo la Corte en la sentencia C-372 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía),

“De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal” (resaltado fuera del original).

Así pues, a la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.

La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como “chivos expiatorios”. El artículo 29 inciso último busca evitar que la historia se repita.

#### 4.2.2. Las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional.

La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera “de pleno derecho” y cubija a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica. Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario

tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades<sup>69</sup>, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una

prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es “nula de pleno derecho”, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución.

La Corte constata que en varias sentencias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no todo desconocimiento de las formalidades que establece el legislador para el decreto y la práctica de una determinada prueba, hace necesaria su exclusión. Para la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de irregularidades menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no resulta imperativa su exclusión.<sup>70</sup> También ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que en el evento en que una prueba viciada deba ser excluida del proceso, ello no supone necesariamente la nulidad de todo lo actuado, pues sólo cuando se trata de una prueba esencial, cuya incidencia dentro del proceso o en la decisión sea tal que sin ella no se hubiera llegado a la sentencia condenatoria, procede la anulación de todo lo actuado.<sup>71</sup>

4.2.3. La regla de exclusión en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos

Como se anotó cuando se observó el origen del artículo 29, inciso último, en la Asamblea Constituyente, una de las justificaciones para incluir expresamente una regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, fue que ésta era una sanción común a las democracias más garantistas de los derechos y un mandato contenido en varios tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia. Por ello, resulta pertinente referirse a dicha experiencia, así sea brevemente y sin pretender agotar una materia tan extensa como compleja.

La pertinencia de esta alusión al derecho comparado y a los tratados está determinada por algunos puntos específicos abordados en la presente providencia y, por lo tanto, no es necesario adentrarse en todos los aspectos del régimen de las pruebas en otros países. Los puntos específicos relevantes son los siguientes: primero, dado que en los debates en la Asamblea Constituyente se dijo que la regla establecida finalmente en el inciso último del artículo 29 existía en las democracias más garantistas, se hará referencia a la forma como en otros países se trata el problema de las pruebas viciadas para determinar si hay diferencias significativas entre ellos o si por el contrario hay una tendencia caracterizada por una serie de coincidencias básicas; y, segundo, dado que una de las cuestiones centrales a analizar en este caso es si fue acorde con la Constitución el tratamiento que se le dio a la grabación de la conversación telefónica del petente con otro Ministro así como a otras pruebas que se dice provienen de tal grabación, se aludirá al punto de las llamadas pruebas derivadas y en qué condiciones a dichas pruebas derivadas de la primaria viciada se extiende la prohibición de su inclusión dentro del acervo y de su utilización.

La Corte advierte que para abordar estos dos puntos se hará énfasis en los sistemas y su lógica interna, más que en el régimen de cada país. La mención de uno u otro país se hace a título de ejemplo de un sistema. Se escogen los sistemas que ilustran diversas tradiciones jurídicas, en especial la romano germánica y la anglosajona.

#### 4.2.3.1. Alusión a los tratados internacionales que exigen excluir pruebas

Como varios delegatarios hicieron mención específica de algunos tratados internacionales, la Corte empezará por verificar la forma en que el tema de la prueba viciada ha sido abordado en dichos instrumentos internacionales.

En el derecho internacional se encuentran algunas alusiones a la regla de exclusión, aunque

principalmente referidas a las pruebas obtenidas mediante tortura. Así, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”, se establece como parte de las garantías judiciales que “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”<sup>72</sup>. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura también contiene una disposición sobre este aspecto. El artículo 10 de dicha convención dice:

“Artículo 10: 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”.

Por otra parte, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>73</sup>, se establece lo siguiente:

“Artículo 15.- “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”.

A título meramente ejemplificativo, y sin que esta referencia signifique juicio alguno sobre su contenido puesto que aún no ha sido ratificado por Colombia, se estableció en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>74</sup> no sólo una regla de exclusión de pruebas, sino que se enunciaron también criterios para evaluar si la prueba obtenida en estas condiciones debe o no ser excluida. Dice el Estatuto lo siguiente:

Artículo 69. Práctica de las pruebas. (...) 7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando

- a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o
- b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando no ha analizado en detalle la regla de exclusión, ha declarado la responsabilidad del Estado por

violación directa de las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana, tales como la presunción de inocencia o la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura<sup>75</sup>, o la condena de personas con base en pruebas ilícitamente obtenidas.<sup>76</sup>

Algo similar ocurre en la Corte Europea de Derechos Humanos, donde se han encontrado violaciones a la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales durante la investigación criminal, como cuando ha habido tortura<sup>77</sup>. En cuanto a las pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, en especial de la intimidad, la Corte, en un caso en que la prueba no fue excluida, respaldó el sistema discrecional de exclusión de pruebas que existe en Gran Bretaña –el cual será descrito posteriormente– a pesar de que estimó que la grabación de la conversación, si bien no se practicó contra la ley, sí había sido efectuada en ausencia de regulación legal y, por ello, de una manera no conforme a la ley. La Corte sostuvo que el artículo 6 de la Convención garantiza un proceso equitativo, “pero no establece reglas relativas a la admisibilidad de las pruebas, la cual es por consiguiente una materia que ha de ser regulada por las leyes nacionales.”<sup>78</sup> Por eso, la cuestión que le competía era la de identificar si el proceso como un todo, incluyendo la manera como la evidencia fue obtenida, había sido equitativo. La Corte concluyó que, a pesar de ser la grabación la única prueba determinante de la incriminación, no fue inequitativo usarla porque el sindicado tuvo oportunidad de controvertir dicha prueba y los jueces británicos analizaron explícitamente si debía o no ser usada en su contra.

Se pasa entonces a describir brevemente los distintos sistemas relativos a la exclusión de pruebas viciadas.

#### 4.2.3.2. Breve referencia al derecho comparado

4.2.3.2.1. El tratamiento de las pruebas ilícitas o inconstitucionales. Coincidencia en cuanto a la no inclusión de la prueba viciada pero diferencias respecto a la función que cumple su exclusión y a la forma de decidir qué pruebas deben ser excluidas.

En el derecho comparado se pueden identificar tres grandes sistemas de regulación del problema de las pruebas ilícitas o inconstitucionales<sup>79</sup>.

En primer lugar, se encuentran los países de tradición anglosajona donde se aplica la llamada

regla de exclusión. Según ella, las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Sin embargo, dentro de estos países existe una diferencia importante. En Estados Unidos, a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia sentó una regla general de exclusión que debe ser aplicada por la policía, los fiscales y los jueces<sup>80</sup>, aunque con el paso del tiempo ha señalado que existen excepciones a la misma, cuya aplicación también corresponde a los mismos funcionarios, incluidos los jueces, según se verá más adelante. En cambio, en otros países de tradición anglosajona, como Canadá, Australia y Gran Bretaña, la regla de exclusión no sólo fue tardíamente introducida, sino que no funciona como una regla de exclusión imperativa puesto que el juez penal dispone de cierta discrecionalidad para aplicarla después de evaluar y sopesar diversos factores<sup>81</sup>.

En segundo lugar, están los países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades. En Francia, por ejemplo, se ha establecido un sistema de nulidades específicas basado en la legislación. Sin embargo, la base puede ser explícita y específica, evento en el cual se habla de nulidades textuales, o puede ser la violación de una formalidad sustancial prevista en las disposiciones de procedimiento, evento en el cual se habla de nulidades sustanciales. En uno y otro caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida<sup>82</sup>. En Italia, la nulidad de la prueba ilícita es ordenada por una disposición general de la ley procesal penal que tiene un tenor amplio (artículo 191) y que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado ni exceptúa las irregularidades menores, por lo cual se considera que el régimen italiano es el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas. El concepto empleado es el de la “inutilisabilidad” de la prueba que esteriliza los efectos de estas pruebas porque el juez no puede aprovechar los resultados logrados contra legem<sup>83</sup>. Dado el grado de severidad de esta regla general, la misma ley exige que el juez justifique de manera expresa por qué no se fundó en cada prueba identificada como irregular (artículo 546).

En tercer lugar, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes<sup>84</sup>.

Estas consideraciones generales son, sin embargo, insuficientes para apreciar las características de cada sistema, en especial, qué justifica la exclusión de pruebas en cada uno, cuál país es más favorable a la exclusión de la prueba, cómo se aplican en cada situación las normas relevantes, cuáles son las categorías y criterios de análisis que orientan al juez al momento de decidir si una prueba ha de ser excluida y cuál es la importancia relativa de la ley y de la jurisprudencia en la fijación de parámetros para resolver las cuestiones anteriores. El contraste entre las experiencias en Estados Unidos y Alemania es ilustrativo de esta complejidad.

En cuanto a la justificación de la exclusión o desestimación de las pruebas ilícita o inconstitucionalmente obtenidas, la principal diferencia radica en la importancia que ha cobrado en los Estados Unidos la función disuasiva de la regla de exclusión, en comparación a otros fundamentos de la misma, y el peso que se otorga en Alemania al interés público en evitar la impunidad de delitos graves en desmedro de la verdad real.

En efecto, como es bien sabido, la exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas puede cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.

Ahora bien, en Estados Unidos después del caso *Calandra*<sup>85</sup>, la función de disuasión ha pasado a ocupar un lugar preponderante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Aunque la Corte ha reconocido expresamente que no existe evidencia empírica para comprobar que la regla de exclusión efectivamente disuade a la policía de violar las garantías constitucionales, ha sostenido que mientras no se refute científicamente su potencial disuasivo, se debe presumir que cumple dicha función. Por eso, en Estados Unidos importa menos reparar la arbitrariedad en el caso juzgado con base en una prueba inconstitucional, que evitar que en el futuro se vuelva a repetir la misma arbitrariedad en desmedro de todo el sistema constitucional de derechos y libertades. De ahí que sospechosos de haber cometido graves crímenes sean dejados en libertad cuando la evidencia que los incrimina es inconstitucional.

En contraste con este enfoque prospectivo y sistémico estadounidense donde se sacrifica la verdad real del caso concreto en aras de disuadir no al delincuente sino a la policía, en Alemania pesa mucho más el fin de lograr que se haga justicia a partir de la verdad real en el caso concreto en el cual se incorporó una prueba inconstitucional o ilícita. Más que la función disuasiva hacia el futuro de la exclusión de ciertas pruebas, lo que cuenta es que en el caso presente se realicen cabalmente los principios e intereses públicos indispensables para que se haga justicia.

Así, en Alemania es más difícil que el autor de un crimen grave sea dejado en libertad a raíz de la obtención inconstitucional de la prueba que lo incrimina. Ello es ilustrado claramente por dos casos relativos a la incautación de diarios con violación del derecho a la intimidad de sus propietarios. En el primer caso, el diario permitía comprobar que el sindicato había cometido el delito de perjurio. La Corte excluyó dicha prueba. En el segundo caso, el diario conducía a demostrar la responsabilidad de un sindicato por tentativa de homicidio. La Corte admitió dicha prueba que, entonces, fue determinante para que se profiriera sentencia condenatoria<sup>86</sup>.

Lo anterior obedece a una segunda diferencia crucial entre Estados Unidos y Alemania en materia de exclusión de pruebas viciadas. En Alemania, el tratamiento diverso dado a los dos casos relativos a los diarios obtenidos de manera inconstitucional se debe a que la exclusión de pruebas viciadas no es inevitable sino el resultado de un método de ponderación que se aplica caso por caso. Dicho método busca determinar en una primera etapa si la prueba cuestionada representaría una afectación de la garantía esencial de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, la prueba viciada es excluida. En caso negativo, que es la conclusión más frecuente, se pasa a la segunda etapa del análisis en la cual se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto). Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad

del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real. Por eso, volviendo a los dos casos sobre los diarios como medio viciado de prueba, en el caso del perjurio –un delito menos grave que el homicidio– el diario fue excluido mientras que en el caso de la tentativa de homicidio –un delito que compromete el derecho a la vida– el diario fue admitido a pesar del vicio del cual padecía como prueba.

En cambio, en los Estados Unidos el método de aplicación de la regla de exclusión no es discrecional del juez en el caso concreto. Los jueces deben respetar las reglas y excepciones en materia de exclusión de evidencias ilícitas sentadas por la Corte Suprema de Justicia –como máxima autoridad judicial en la interpretación de la Constitución– y aplicarlas rigurosamente al caso concreto. Si bien las reglas y sus excepciones son construidas por la Corte Suprema de Justicia a partir de métodos de interpretación que comprenden formas de ponderación, como el balanceo o el análisis costo-beneficio, una vez que la regla y la excepción han sido establecidas, deben ser aplicadas rigurosamente sin introducir un análisis de ponderación en el caso concreto así éste pueda conducir a evitar que un crimen grave quede impune y que se sacrifique la verdad real. A grandes rasgos el conjunto básico de reglas y excepciones es el siguiente. La regla general es que las pruebas inconstitucionalmente obtenidas no pueden ser usadas contra el sindicado sino que deben ser excluidas del juicio. Dicha regla fue impuesta a los fiscales federales en 1914<sup>87</sup>. En 1961 la regla general fue extendida a los estados federados y así a todos los procesos, tanto federales como estatales.<sup>88</sup> Sin embargo, a partir de los años setentas la Corte Suprema fue reduciendo los alcances de la regla mediante la creación explícita de excepciones derivadas de precedentes anteriores<sup>89</sup>. En 1974, concluyó que la regla no impide que el fiscal le formule preguntas a un testigo ante un gran jurado sobre información obtenida ilícitamente<sup>90</sup>. En 1976, impidió que mediante un recurso de habeas corpus se invocara la regla de exclusión si ya había tenido la oportunidad de plantear en la apelación que una prueba estaba viciada<sup>91</sup>. En 1980 permitió que si el acusado acepta testimoniar durante el juicio, el fiscal use pruebas ilícitamente obtenidas para atacar dicho testimonio<sup>92</sup>. En 1984 creó la excepción de buena fe, según la cual, la evidencia ilícitamente obtenida por un policía que actuó de buena fe porque desconocía que la orden judicial que decretó la prueba estaba viciada y el magistrado que la emitió era neutral, puede ser utilizada y valorada en el

juicio<sup>93</sup>. Inclusive, la buena o mala fe es irrelevante cuando el error cometido es inofensivo, es decir, que las pruebas inconstitucionalmente obtenidas en virtud de un error intrascendente que el juez puede mostrar más allá de una duda razonable que no habrían afectado el resultado del caso no tienen que ser excluidas<sup>94</sup>.

Junto a estas grandes diferencias entre los enfoques alemán y estadounidense sobre la función de la exclusión de las pruebas viciadas y sobre la forma como se decide si una evidencia debe o no ser excluida de un proceso, hay otras significativas. Así, Estados Unidos es más favorable a la exclusión de pruebas viciadas que Alemania porque está dispuesto a sacrificar la verdad real y la justicia en el caso presente y porque el juez carece de discrecionalidad para dejar de excluir una prueba que según las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia debe ser excluida. La práctica judicial ha generado múltiples críticas en ambos países. Así, en Estados Unidos es famoso el cuestionamiento del Juez Cardozo contra el formalismo de la regla de exclusión<sup>95</sup>. En Alemania, la aplicación de la ponderación de forma tal que la seriedad del crimen permita admitir pruebas gravemente viciadas, también ha sido negativamente comentada. No obstante, el rigorismo estadounidense no siempre conduce a resultados diferentes a los alemanes. Ello se debe a que hay factores que pesan en ambos países. Entre estos se destaca, por ejemplo, el factor relativo a si la prueba obtenida mediante un procedimiento viciado podría haber sido conseguida por una vía independiente alternativa. Este factor conduce en Estados Unidos a una excepción a la regla de exclusión y en Alemania a que el resultado de la ponderación sea, igualmente, la no exclusión de la prueba<sup>96</sup>.

Esto es especialmente importante en materia de pruebas derivadas, una de las cuestiones centrales del presente proceso de tutela. Para terminar esta breve referencia al derecho comparado, la Corte se detendrá en este asunto.

#### 4.2.3.2.2. Las pruebas derivadas y las condiciones de su exclusión. Diferencias entre sistemas.

En el primer sistema, el juez penal tiene libertad para apreciar la extensión de los efectos de la invalidez de la prueba principal o primaria. Francia es un buen ejemplo de este sistema, sea en la etapa de instrucción o sea en la etapa de juzgamiento. En la primera, “la cámara de acusación decide si la anulación debe ser limitada a todo o a parte de los actos o piezas del

procedimiento viciado o extenderse a todo o parte del procedimiento ulterior”<sup>97</sup>. En la segunda, el juez puede aplicar analógicamente la regla citada si la petición de exclusión no proviene de la llamada jurisdicción de instrucción, pero en caso de que provenga de ella, el juez debe rechazar la petición porque se entiende que la decisión de la jurisdicción de instrucción purgó la nulidad.

En el segundo sistema el principio general es que la invalidez de la prueba primaria no se extienda a la prueba derivada. Alemania es uno de estos países. En él, la ley guarda silencio al respecto pero la jurisprudencia tiende a limitar el efecto de la invalidez a la prueba primaria viciada y a admitir la prueba derivada de ésta. No obstante, hay algunas decisiones en sentido inverso, y la doctrina tiende a ser favorable a admitir el principio del “efecto lejano”<sup>98</sup>.

En Inglaterra también existe una tendencia a admitir la prueba derivada aunque el juez, como se anotó, dispone de una facultad discrecional para excluirla o incorporarla, según ésta tenga o no un “efecto tan perjudicial para la equidad del proceso”.<sup>99</sup> Esto obedece a una tradición adversa inclusive a excluir la prueba primaria que sólo empezó a cambiar después de 1980<sup>100</sup> y a reglas específicas que admiten la prueba derivada. Así, “el hecho de que una confesión sea inadmisibile en todo o en parte, no convierte en inadmisibile los hechos descubiertos a raíz de la confesión.”<sup>101</sup>

En el tercer sistema los efectos de la invalidez o exclusión de la prueba primaria viciada se extienden a las pruebas derivadas de ella. El ejemplo paradigmático de este sistema es Estados Unidos. De nuevo, en dicho país existe un conjunto de reglas y excepciones específicas sobre la prueba derivada bastante complejo, a las cuales se suman las ya mencionadas sobre exclusión de la prueba principal porque obviamente si la evidencia primaria no debe ser excluida en virtud de una excepción –como la de la actuación de buena fe– entonces las pruebas derivadas de ella tampoco deben serlo y son, en consecuencia, mantenidas dentro del acervo. En Estados Unidos la regla general es que la exclusión de la prueba primaria también se extiende a la prueba derivada. Dicha regla es sustentada en un precedente de 1920 en el cual se concluyó que no era posible emitir una orden perentoria (sub poena) para que por una vía legal posterior sean entregadas a un gran jurado piezas probatorias (libros y documentos de la compañía) que ya habían sido incautadas de manera ilícita.<sup>102</sup> En dicho fallo la Corte sentó la regla general, invocando la Cuarta Enmienda. Dijo:

“la esencia de una disposición que prohíbe la obtención de evidencia por cierta vía es no sólo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una corte sino que no sea usada de ninguna manera”. A esta regla general le agregó, en el mismo fallo la excepción de la fuente independiente: “Obviamente lo anterior no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento sobre ellos es ganado a partir de una fuente independiente tales hechos pueden ser probados como cualquiera otro (...)”<sup>103</sup> El alcance de esta regla era limitado dado el contexto constitucional en que fue adoptada. De ahí que en un caso fallado ocho años después, la Corte no haya excluido una grabación telefónica interceptada por agentes del Estado, sin orden judicial previa, dado que no había sido practicado ningún allanamiento ni incautación sino que la evidencia había sido obtenida gracias al sentido del oído sin invadir la casa o la oficina de los sindicatos.<sup>104</sup>

A finales de los años treinta, se dio un paso mayor al extender la regla de exclusión no solo a las interceptaciones ilícitas de conversaciones privadas –prueba primaria– sino también a la incautación de piezas como consecuencia de la grabación –prueba derivada. En dicho fallo, se empleó la célebre frase “fruto del árbol envenenado.”<sup>105</sup> La expresión aparece precisamente cuando la Corte introduce una excepción adicional a la regla de exclusión de las pruebas derivadas, llamada la excepción de la atenuación. Dijo la Corte “en la práctica esta regla general puede ocultar complejidades concretas. Argumentos sofisticados pueden llegar a demostrar una conexión entre información obtenida a través de una interceptación ilícita y la prueba presentada por el Gobierno. Sin embargo, el sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada. La carga, claro, recae primero sobre el acusado de demostrar a la corte del juicio de manera satisfactoria para ella que la grabación fue ilícitamente empleada. Después de demostrar eso –como plenamente sucedió en este caso– el juez de la causa debe dar una oportunidad, así sea restringida, al acusado de demostrar que una porción sustancial del caso en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Ello deja al Gobierno una amplia oportunidad de convencer a la corte del juicio de que la prueba por él aportada tuvo un origen independiente”<sup>106</sup>.

La tercera excepción a la regla de exclusión de la prueba derivada es la del descubrimiento inevitable, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía. Así, la Corte Suprema estadounidense no excluyó como prueba un cadáver ubicado gracias a que el sospechoso contó donde estaba el cuerpo en una confesión extraída sin presencia de su abogado. La Corte advirtió que ya había 200 voluntarios rastreando la región donde este

fue encontrado, lo cual hacía inevitable su descubrimiento<sup>107</sup>.

En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada.

Finalmente, un buen ejemplo de la complejidad de las reglas y excepciones estadounidenses es el caso Wong Sun<sup>108</sup>, donde se aplicaron varias doctrinas. Esquemáticamente los hechos fueron los siguientes. A es arrestado ilegalmente y, luego, hace una declaración que compromete a B. Después B es arrestado y se incauta droga en su domicilio. B hace a su turno una declaración que involucra a C, el cual es arrestado. La Corte Suprema de Justicia decide excluir la evidencia contra A y contra B, pero acepta las pruebas contra C, entre ellas la droga incautada a pesar de que esta pieza no podía ser usada contra B y que el propio arresto de C es considerado ilegal por la Corte. La confesión de C también fue admitida porque fue emitida por éste después de haber sido dejado en libertad y como resultado de una decisión voluntaria y autónoma de su parte. En esta sentencia la Corte Suprema llegó incluso a admitir que en ciertas condiciones las pruebas derivadas indirectas deben ser excluidas, pero la concepción de lo que es un nexo indirecto no llegó a ser tan amplia como para excluir la droga incautada respecto de la prueba de la responsabilidad de C – porque aplicó la excepción de atenuación – ni la confesión de C – porque el nexo se rompió ante la intervención de la voluntad libre de éste al emitir dicha confesión sin estar arrestado. Por eso, en el caso frecuentemente citado como ejemplo de la aplicación más extensiva de la regla de exclusión de pruebas derivadas, la Corte advirtió que “No debemos concluir que toda evidencia es ‘fruto del árbol envenenado’ simplemente porque ésta no habría salido a la luz sino fuera por las acciones ilícitas de la policía. Más bien, la pregunta apropiada en ese

caso es si, aceptando el establecimiento de la ilicitud primaria, la prueba contra la cual se hace la objeción fue obtenida mediante la explotación de esa ilicitud o si en cambio lo fue por medios suficientemente distinguibles para que ésta sea purgada de la mancha primaria”<sup>109</sup>.

De la breve descripción del derecho comparado se puede apreciar que la experiencia a la cual se refirieron los delegatarios de la Asamblea no puede reducirse a un par de reglas simples. Además, dicha experiencia es muy diversa, de tal forma que no se puede identificar un patrón común que pueda servir de referente para resolver cuestiones puntuales relativas a los alcances del artículo 29, inciso segundo, de la Constitución. No obstante, sí coincide con el tenor de dicha norma la tendencia detectada en dichos países en el sentido de que no deben ser admitidas las pruebas que son el resultado de conductas ilícitas o inconstitucionales, sobre todo cuando éstas son realizadas de manera premeditada por agentes del Estado que han de dar ejemplo de respeto a las reglas de juego que distinguen a las democracias constitucionales de los regímenes de corte autoritario y a los Estados de derecho de los estados policivos.

A partir de las consideraciones generales sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la vía de hecho por defecto fáctico y a los alcances de la regla de exclusión consagrada en el artículo 29 de la Constitución, pasa la Corte a analizar el caso concreto.

#### 4.3. Alusión al caso concreto

Corresponde ahora a la Corte Constitucional analizar los argumentos propuestos por el demandante y la actuación surtida por la Fiscalía General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia, respecto de la presunta existencia de un defecto fáctico en la sentencia que lo condenó por la comisión del delito de interés ilícito en la celebración de un contrato. Como quiera que en este punto, como tantas veces se ha dicho, los reproches presentados giran alrededor de la interceptación ilícita de una llamada telefónica, la primera parte de este acápite estará dedicada a (4.3.1) referir las condiciones de validez que deben rodear la interceptación de comunicaciones, reservando un segundo apartado al (4.3.2) análisis de la actuación de las autoridades competentes sobre el particular durante el proceso.

##### 4.3.1. Condiciones de validez de la interceptación de comunicaciones y el derecho a la intimidad

La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones, sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.

En Colombia no existe una ley que regule de manera general la interceptación de comunicaciones, como sí existe en otros países<sup>110</sup>. El Decreto 2700 de 1991, que contenía las normas de procedimiento penal vigentes en la época del juicio, tampoco regulaba de manera expresa este aspecto. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia había precisado en qué condiciones una interceptación debía ser excluida del acervo probatorio<sup>111</sup>. Posteriormente, la interceptación de comunicaciones fue regulada de manera expresa en la Ley 600 de 2000<sup>112</sup>.

Esta Corporación ha estudiado el contenido y alcance del derecho a la intimidad, que es el que directamente resulta comprometido por la interceptación de comunicaciones<sup>113</sup>. La doctrina constitucional desarrollada sobre la materia, distingue claramente el derecho a la intimidad de un particular y el derecho a la intimidad de un funcionario o personaje público, y reconoce que si bien los funcionarios públicos, por su investidura, no pierden su derecho a la intimidad, el ámbito de éste es más reducido que el de los particulares, dado que el ejercicio de sus funciones implica actuaciones públicas de interés general.<sup>114</sup>

En cuanto a la protección de las comunicaciones privadas contra interceptaciones arbitrarias, esta Corporación ha reiterado que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada, inmune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado<sup>115</sup>, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas privadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados<sup>116</sup>. Esa doctrina constitucional también ha reconocido que el derecho a la intimidad no es absoluto y ha señalado, por ejemplo, que cuando se trata de personas y hechos de importancia pública, el derecho a la información prevalece *prima facie* sobre el derecho a la intimidad<sup>117</sup>.

En este caso, varias son las particularidades de la grabación telefónica que hubieran podido

ser analizadas. Por ejemplo, se trataba de la grabación de conversaciones de dos funcionarios públicos, uno de ellos en ejercicio de sus funciones, usando los servicios del ministerio, a través de un teléfono no propio sino oficial, en relación con un asunto de interés público –una licitación–, sin que exista certeza de que la interceptación haya sido realizada por agentes del estado. ¿Significa eso que no estaba amparada la conversación por el derecho a la intimidad? La Corte no entra a examinar este punto. Le basta con que la Fiscalía General y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su autonomía judicial, hayan considerado que sí lo estaba y que debía excluirse dicha prueba por haber sido obtenida con violación de este derecho fundamental.

Dentro del respeto al margen de apreciación de que goza el juez, tal decisión es compatible con el debido proceso, por lo que esta Corte no encuentra cuestionable tal determinación sino, por el contrario, plenamente compatible con la Constitución. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia puede restarle peso al principio de eficacia de la justicia al decidir si excluye o no una prueba en aras de promover una concepción garantista de los derechos fundamentales. Aún cuando resulta claro que la Constitución no protege un derecho a cometer delitos en privado, mucho menos en ejercicio de una función pública, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al igual que la Fiscalía General, como se verá a continuación, optaron por excluir la grabación de la conversación de los ex ministros, con el propósito de garantizar la efectividad de sus derechos, en especial su intimidad.

#### 4.3.2. Análisis de la actuación de las autoridades competentes durante el proceso

En el presente caso, no atina el demandante al reprochar que una prueba ilícitamente obtenida dentro del proceso penal al que se ha venido haciendo referencia fue la base del juicio y la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia, pues, sin duda, tal circunstancia viciaría el procedimiento y la decisión de la Sala Penal, al verificarse la existencia de un defecto fáctico. Dos razones avalan esta apreciación:

##### 4.3.2.1. La prueba ilícitamente obtenida fue excluida del acervo probatorio del proceso penal

Cierto es que la información periodística sobre la existencia de una grabación en la que dos ministros de Estado –uno de ellos el peticionario– conversaban sobre la adjudicación de una serie de emisoras en frecuencia modulada en el año de 1997, constituyó la noticia criminal

que puso sobre aviso a las autoridades competentes acerca de la posible comisión de un hecho punible. Prueba del valor meramente indicativo de este hecho se encuentra en la manera como la Fiscalía General de la Nación alude a dicha circunstancia -v.gr.-, sólo para referir la manera como los medios de comunicación reseñaron tal llamada y cómo a partir de la información -de público conocimiento- se inició una investigación decretando todas las pruebas conducentes a esclarecer el asunto. Así, la noticia sobre una conversación que fue ilícitamente grabada sólo 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”<sup>118</sup> 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<sup>119</sup>.

Tal como consta en el expediente, durante la etapa de calificación del sumario la Fiscalía excluyó la grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas, la cual de ninguna manera fue el fundamento para dictar la resolución de acusación. La Fiscalía expresa lo siguiente en la resolución de acusación dictada dentro del proceso penal adelantado contra el actor:

“2. Como bien se advierte en el contenido de este proveído, la interceptación que de una conversación sostenida entre los señores Ex-Ministros se llevó a cabo, sin autorización judicial, no ha sido, no es elemento de juicio bajo cuyo imperio se haya actuado por la Fiscalía en este asunto; ha sido la prueba legal y lícitamente aducida a la investigación, al margen de aquella, la que fundamenta el compromiso de responsabilidad que como viene de analizarse, emerge con suficiencia en contra de aquellos más allá de la exigencia contenida en el artículo 441 del estatuto adjetivo, como que superando el concepto de nutrido por testimonios, documentos, inspecciones judiciales, reportes técnicos, así como las propias indagatorias, a partir del cual se afianza la convicción de la Fiscalía en punto al compromiso de responsabilidad que le asiste a los ex-funcionarios y en virtud del cual resulta inevitable su convocatoria a juicio.

En el aparte citado se observa que la razón para que la Fiscalía General de la Nación excluyera expresamente la grabación de la conversación telefónica de los ex ministros, fue el

hecho de que ésta no había sido obtenida lícitamente. También se observa que dentro del acervo probatorio que sirvió de base para dictar la resolución de acusación, sólo fueron tenidas en cuenta aquellas pruebas legalmente practicadas durante la etapa de investigación, las cuales a juicio de la Fiscalía eran suficientes para acusar. Sobre el particular, se afirma:

4. Tal como se dispuso en oportunidad anterior, cuanto se relaciona con la interceptación de comunicaciones, no imputable a aforado constitucional, es asunto cuya competencia, en orden a su esclarecimiento, radica en los fiscales delegados ante los jueces penales municipales, por tal razón se compulsaron copias y ahora se ordena, en consecuencia, el desglose de los cuadernos anexos números 17 y 17.1 que contiene la información técnica referida al asunto<sup>121</sup>.

En cuanto a la actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, también consta en el expediente que esta Corporación excluyó expresamente del acervo probatorio la grabación ilícitamente obtenida, al considerar que la interceptación de comunicaciones privadas sin orden previa de autoridad judicial competente violaba el derecho a la intimidad y dictó la sentencia condenatoria con base en pruebas lícitamente practicadas dentro del proceso. Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia:

2.4 Efectuando un paréntesis sobre la exposición que se desarrolla, debe reiterar la Sala en este momento que en nada aprecia el contenido de la grabación ilícitamente efectuada, sobre una presunta charla telefónica entre los referidos ARBOLEDA GOMEZ Y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, que es nula de pleno derecho, por expreso mandato del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Esa práctica delictuosa de interceptar las comunicaciones privadas, sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente, debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos.

Luego de la notable divulgación que tuvo esa eventual charla, se realizaron las pertinentes averiguaciones, éstas si lícitas e imperativas, sobre la realidad de la perturbación en la objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad, equilibrio y selección neutral, cuya rigurosa observancia rige para la celebración de todo contrato u operación estatal<sup>122</sup>. (...)

Todo lo anterior y la ya mencionada ilegalidad de la grabación del telefonema entre los

ministros, que transcribió la revista “Semana”, diluye la trascendencia del comunicado expedido por VILLAMIZAR en agosto de 1997, admitiendo haber sostenido esa conversación en el mes de julio de ese año, el día 21, antes de la adjudicación, escrito mediante el cual, además, pidió excusas al país por el error cometido<sup>123</sup>.

De conformidad con lo anterior, las actuaciones de la Fiscalía y de la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas aportadas al proceso penal con violación del debido proceso. Acataron y aplicaron correctamente las normas constitucionales y legales sobre la materia al excluir expresamente la grabación de las conversaciones sostenidas por los funcionarios públicos implicados, pues ésta había sido obtenida por sujetos desconocidos, sin autorización judicial previa.

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 como se escogió al beneficiario Mario Alfonso Escobar Izquierdo.

La verificación de tales hechos y conductas, como pasa a verse, se fundamentó en la existencia de pruebas autónomas que no guardan relación alguna, ni directa ni indirecta con la grabación telefónica. Éstas 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.

4.3.2.2. Las pruebas determinantes de las decisiones de la Fiscalía General y de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, no guardan relación de conexidad con la indebida interceptación de una conversación telefónica

Para la Corte también es claro que ni la grabación ilícitamente obtenida, ni las demás pruebas que el actor señala, erróneamente, como directamente derivadas de aquélla (v.gr.

las posteriores declaraciones de los ministros implicados en el proceso en las que aceptan la existencia de tal grabación y los testimonios de las secretarías de los ministros sobre el mismo particular), fueron determinantes en los análisis hechos por la Fiscalía General para acusar, y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para condenar al petente. Ni en la adecuación típica de la conducta que fue objeto de estudio, ni en la determinación de sus contenidos de antijuricidad y culpabilidad, las referidas probanzas sirvieron de fundamento para alcanzar el fallo que ahora se impugna.

Pasa la Corte a analizar los argumentos contenidos tanto en la resolución de acusación como en la sentencia dentro de una perspectiva de respeto a la autonomía de los funcionarios judiciales que le impide a esta Corte sustituir la valoración de las pruebas a la efectuada por ellos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional aprecia que la decisión tomada por la Sala Penal se apoyó en la valoración autónoma de una serie de hechos previos, concomitantes y posteriores a la adjudicación de frecuencias radiales en el año de 1997, de las que se desprendió el interés indebido en la celebración del contrato por parte del actor. En efecto, hay pruebas suficientes y autónomas que, según los argumentos de la resolución de acusación y de la sentencia, demuestran la existencia de una serie de contactos en los que se establece el interés demostrado por dos ministros de Estado en la situación particular de uno de los participantes de una licitación pública.

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, de 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<sup>124</sup>, 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”<sup>125</sup> y constituye un procedimiento del que, en gracia de discusión, no fue objeto ninguno de los otros participantes en dicho proceso licitatorio.

A esta situación, antecedente a la adjudicación de las frecuencias radiales se suma, según la Fiscalía, la “cercana y obvia relación entre los dos Ministros, vigorosa amistad entre el mediador y el proponente y angustiosa expectativa de éste por lo que pudiera ocurrir, al punto de estar dispuesto hasta a hacer alianzas ‘con tal que no lo dejaran por fuera’”<sup>126</sup>.

Tales indicios sobre el rompimiento de los principios de imparcialidad y transparencia que deben regir los procesos de contratación pública, se aunaron al hecho mismo que la adjudicación de una de las frecuencias radiales se hizo, precisamente, a la persona en cuyo favor un funcionario público, entonces en licencia, había acudido ante el peticionario. En palabras de la Fiscalía: “no puede desconocerse la eficacia de la recomendación al punto que fue acogida sin reservas”<sup>127</sup>. Sin embargo, prosigue el análisis sin mencionar siquiera la grabación ilícita, “¿cómo lo hizo el Ministro de Comunicaciones? Es interrogante que al despejarlo habrá de dejar al descubierto el compromiso de responsabilidad que le asiste respecto de la infracción por la que viene investigado. Su proceder, por tanto, y en punto a la manera como positivamente atendió la recomendación, argumentando haber utilizado unos democráticos “criterios adicionales” de desempate, lejos está de desvirtuar la determinación del Ex-Ministro de Minas y Energía, pues realmente lo que importa a los fines de una tal participación criminal no es la forma como se atiende, pues ello es sin duda del exclusivo dominio del autor, sino, en acuerdo con la defensa, la efectiva inclinación de ánimo que en éste se logra”<sup>128</sup>.

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” 129.

No obstante, “tales aseveraciones y su énfasis paulatino de haber utilizado once criterios para la selección de Mario Alfonso Escobar Izquierdo como adjudicatario de una de las emisoras en la ciudad de Cali, tal postura se vino desdibujando, inclusive frente al cuadro elaborado por el propio SAULO ARBOLEDA dentro de este proceso para tratar de justificar sus exculpaciones, como se expone a continuación”130. En ese orden de ideas, para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Está visto que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, que el legislador quiso sancionar muy severamente, requiere para su estructuración que el funcionario se incline hacia el provecho propio o de un tercero. Como hechos indicadores de esa inclinación en beneficio ajeno y para determinar la trascendencia de las recomendaciones de un Ministro sobre el otro, ante la renuencia a detallar el contenido de las conversaciones personales y telefónicas, constatará la Sala la credibilidad de la cabal aplicación de los once criterios que dice haber tenido en cuenta el Ministro ARBOLEDA GOMEZ para la adjudicación de la emisora a Escobar Izquierdo, de manera que se pueda inferir si aquellas conversaciones influyeron o no en la decisión, así como la verosimilitud del grado de amistad o compromiso que pudo dar origen a la intercesión del Ministro VILLAMIZAR ante su colega”131.

Sin embargo, al revisar las aseveraciones del peticionario, para la Sala Penal “la presunta aplicación de diversos criterios adicionales, no es clara como él lo plantea, ni siquiera en el cuadro anexado en el resumen de sus alegatos en la audiencia pública, lo cual lleva a inferir precisamente lo contrario, es decir, que desconoció los criterios objetivos de adjudicación entre los diez licitantes para Cali que se hallaban empatados, interesado como estaba en favorecer la propuesta de Mario Alfonso Escobar Izquierdo, por influencia de su homólogo de Minas y Energía, según se viene precisando”132.

Aún más, dice la Sala Penal “en el acomodaticio cuadro presentado por ARBOLEDA GOMEZ a la Fiscalía, se desconoció esa clasificación a María Cristina Alarcón y a Fernando Parra Duque, restándoles un punto en el criterio 11), lo que habría colocado, al menos a la primera, en

situación de superioridad sobre la sociedad “Sistemas Suministros y Montaje de Proyectos Educativos Ltda”, a la que finalmente se le adjudicó una de esas frecuencias”<sup>133</sup>.

Además, para esta Corte es claro que la apreciación de las pruebas que efectuó la Corte Suprema de Justicia se fundó en un análisis objetivo, racional, y riguroso de las mismas en el que se omitió la valoración de la prueba ilícitamente obtenida y se estudió el resto del material probatorio recaudado, el cual se estimó suficiente por sí mismo para proferir la decisión condenatoria.

4.3.2.3. Las pruebas cuestionadas no son pruebas derivadas y por ende no son inválidas. Los criterios de identificación de las pruebas derivadas y de aplicación de la regla de exclusión

El tutelante cuestiona, finalmente, la validez de las pruebas que sirvieran de base a la Fiscalía General de la Nación para acusarlo ante la Corte Suprema de Justicia por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos y que llevaron a la Sala Penal a dictar sentencia condenatoria en su contra. Así, a las pruebas que sirvieron de base de la acusación y de la condena se les comunicaría, a juicio del tutelante, el vicio por ser pruebas derivadas de la interceptación telefónica obtenida ilícitamente, nula de pleno derecho por mandato constitucional (art. 29 C.P.). La Corte debe, en consecuencia, establecer si en efecto las pruebas en que se basan el ente acusador y la Corte Suprema para adoptar sus respectivas decisiones ahora cuestionadas como violatorias de los derechos fundamentales, tienen el carácter de pruebas derivadas de una prueba ilícita o si, por el contrario, son pruebas separadas e independientes no afectadas de nulidad.

Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son

claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados. Pasa la Corte a evaluar si, en el presente caso, por la aplicación del conjunto de los anteriores criterios, las decisiones judiciales cuestionadas incluyeron pruebas derivadas que deberían haber sido excluidas por estar afectadas igualmente del vicio original.

Del análisis de la resolución acusatoria elevada el 21 de Octubre de 1998 por la Fiscalía General de la Nación<sup>134</sup> se concluye que el ente acusador se basó en pruebas separadas e independientes para acusar al peticionario como responsable del delito de interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145 Código Penal vigente para esa fecha), a saber:

En primer lugar, la noticia criminis que daría origen a la apertura de la investigación preliminar para establecer la posible comisión de un delito<sup>135</sup> se produjo cuando los medios de comunicación –por ejemplo, revistas de circulación nacional, noticieros de televisión, prensa– difundieron el contenido de una grabación telefónica obtenida ilícitamente entre los Ministros de Minas y Energía y de Comunicaciones sobre la adjudicación a un particular, mediante contratación directa, de una emisora de radiodifusión. A este respecto es importante precisar que la noticia criminis constituía fundamento suficiente para que la Fiscalía iniciara la investigación preliminar con el propósito de esclarecer la posible comisión de un delito en el proceso de adjudicación de las frecuencias radiales en mención. No es admisible, entonces, afirmar que el Estado quedaba impedido para investigar sobre cualquier aspecto referente a la noticia criminis que involucró una grabación telefónica ilícita, ya que tal tesis llevaría al absurdo de promover que los infractores de la ley optaran simplemente por divulgar en forma anónima un documento privado o comunicación íntima donde se relaten los hechos ilícitos cometidos, para así paralizar la acción de la justicia.

En segundo lugar, no sobra recordarlo, la prueba consistente en la interceptación telefónica ilícita, como se anotó, fue expresamente excluida tanto por la Fiscalía<sup>136</sup> como por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema<sup>137</sup> en sus decisiones ahora cuestionadas, sin que ella haya sido tomada en cuenta para demostrar la tipicidad de la conducta y la responsabilidad de los implicados. Ello se desprende de la actividad investigativa y probatoria desplegada durante las etapas del sumario y del juzgamiento, de la cual se

obtuvieron numerosas pruebas completamente independientes de la grabación.

Además, las referencias tangenciales a ésta que se hacen en las providencias judiciales objeto de la acción de tutela no fueron el fundamento de las decisiones de acusar o condenar, como se verá más adelante.

En tercer lugar, la declaración del Ex Ministro de Minas y Energía, consignada en su comunicado de prensa expedido en ejercicio de sus funciones el 17 de agosto de 1997<sup>138</sup>, constituye una prueba independiente y separada de la grabación ilícita, así como de los reportes periodísticos. En ella reconoce haber sostenido la conversación con el petente, entonces Ministro de Comunicaciones relativa a la adjudicación de las frecuencias radiales para la ciudad de Santiago de Cali y haber hecho comentarios en favor de periodistas profesionales de su ciudad natal. Aplicados los diversos criterios para determinar si se trata aquí de una prueba refleja o derivada de la grabación ilícita o no lo es, se tiene que la respuesta es claramente negativa. El vínculo entre el comunicado y la grabación telefónica ilícitamente obtenida se rompió porque entre ambos medió una decisión libre y espontánea del Ex Ministro de Minas y Energías. En efecto, éste decidió autónomamente expedir un comunicado de prensa que en lo pertinente decía:

“En tercer lugar, coloquialmente comentamos aspectos del proceso de adjudicación de emisoras en Cali, en el cual, varios proponentes estaban enfrentados por tener similitud de opciones.

En esta charla hice comentarios sobre la necesidad de que se tuvieran en cuenta periodistas profesionales de radio.

Categoricamente, declaro que no he tenido, no tengo, ni he sugerido participación personal alguna en el proceso de adjudicación de emisoras de radio, y que, en esta conversación informal lo único que hice fue hacer comentarios a favor de periodistas profesionales, ampliamente conocidos en Santiago de Cali, mi ciudad natal.”

Lo mismo cabe predicar de las pruebas consistentes en las transcripciones mecanográficas de las entrevistas otorgadas por el Ministro de Minas y Energía Rodrigo Villamizar a Radionet<sup>139</sup> y del Ministro de Comunicaciones Salvo Arboleda a Julio Sánchez Cristo de la Cadena Caracol<sup>140</sup>, las cuales no pueden ser consideradas pruebas reflejas o derivadas de la

grabación ilícita, ya que su obtención obedeció a la libre y espontánea voluntad de los declarantes de responder a las preguntas de los periodistas, sin que sea posible sostener que los periodistas obraran como autoridades de investigación que buscaban explotar judicialmente la grabación ilícitamente obtenida. Tan clara es la falta de nexo entre las entrevistas de los Ministros a los medios masivos de comunicación y la grabación viciada, que éstos se habrían podido negar en cualquier momento a responder las preguntas a ellos formuladas y libremente contestadas.

En cuarto lugar, en declaraciones ante la Fiscalía General de la Nación, primero en versión libre y luego en diligencia de indagatoria<sup>141</sup>, tal y como se dejó consignado en el auto del 21 de octubre de 1998 y la sentencia condenatoria del 25 de octubre de 2000, el Ex Ministro de Minas y Energía manifestó que, desde la infancia, lo unía una larga amistad con el señor Mario Alfonso Escobar Izquierdo, favorecido finalmente con la adjudicación de la frecuencia radial. En el contexto de esa amistad, anota el ente acusador, se llevaron a cabo las reuniones entre el Ex Ministro de Minas y el señor Escobar Izquierdo a propósito del proceso licitatorio 001 de 1997, quien le manifestó sobre su preocupación sobre las pocas probabilidades de ser adjudicatario mediante el sistema de cara y sello, ante el empate de varias propuestas, por lo que estaba dispuesto a hacer alianzas “con tal que no lo dejaran por fuera” (folio 50 c.o. 2) y le pidió transmitir esta decisión al Ministro de Comunicaciones. En diligencia de indagatoria el Ex Ministro de Minas reconoce haber transmitido tales inquietudes al Ministro de Comunicaciones. A la luz de los diversos criterios arriba expuestos, se tiene que tales manifestaciones constituyen prueba aparte e independiente a la grabación ilícita, sin que pueda afirmarse que derivan de la prueba viciada. El interrogatorio realizado al Ex Ministro de Minas por los entes investigativos no se dirigió a ahondar en el contenido de la grabación ilícita, sino que se encaminó a establecer la relación de amistad y cercanía entre éste y el adjudicatario de la frecuencia radial por parte del ahora peticionario de tutela. Resulta manifiesto que el vínculo entre la prueba viciada y las declaraciones referidas, si lo hay, es muy tenue y lejano, sin que pueda aseverarse que la intención de los órganos de control e investigación haya sido explotar la grabación ilícita.

En quinto lugar, respecto a la inspección judicial a los Ministerios de Comunicaciones y de Minas y Energía, adelantada por la Fiscalía General de la Nación, tendiente a demostrar la ocurrencia y frecuencia de las llamadas entre los ministros y entre éstos y el adjudicatario Escobar Izquierdo para la época del proceso de adjudicación de las frecuencias radiales,

precipitadamente podría pensarse que tales pruebas estarían afectadas de un vicio por partir de la grabación ilícita en la cual se dio cuenta de tales contactos. No obstante, tal conclusión no es de recibo, ya que los mencionados contactos telefónicos y la procedencia de las llamadas fueron demostrados mediante una prueba independiente, a saber, las certificaciones de Telecom y de las empresas de telefonía privada que en efecto muestran un patrón de contactos entre las personas mencionadas, en especial en torno a las fechas cruciales anteriores a la adjudicación de las frecuencias mediante contratación directa.

En las diligencias de inspección practicadas a los Ministerios de Comunicaciones y de Minas y Energía<sup>142</sup>, se interrogó a LIA DELVASTO AYURE –secretaria del despacho del Ministro de Telecomunicaciones– y a FABIOLA GÓMEZ DAZA –secretaria del despacho del Ministro de Minas y Energía– sobre la realización de llamadas entre los Ministros de Comunicaciones y de Minas y Energía, a la vez que de éstos, con el adjudicatario Mario Alfonso Escobar. La Corte constata que en efecto las mencionadas secretarías en respuesta al interrogatorio confirmaron haber tomado nota de las llamadas de uno al otro ministro, haber concertado una reunión en casa del petente con el Ministro de Minas y Energía, así como haber realizado un puente telefónico entre los mismos el día 21 de julio de 1997. En particular, la Corte constata que la Fiscalía General de la Nación, al interrogar a la secretaria del despacho del Ministro de Comunicaciones, exhibió a ésta la transcripción de la grabación ilícita de la conversación sostenida por los mencionados Ministros (folio 55), con el fin de establecer el nombre de la persona que hiciera la llamada. Considera la Corte que sin duda alguna esta última pregunta constituye una irregularidad, ya que siendo una grabación ilícita una prueba viciada, no podía el ente investigador mencionarla al formular interrogantes. No obstante, la Corte estima que la pregunta antes referida no fue usada como una prueba que condujera directamente a la demostración de los hechos delictivos y a la determinación de la responsabilidad penal del petente, por lo que ella en nada afecta las providencias impugnadas en sede de tutela. Además, en relación con los contactos telefónicos y personales entre los Ministros y de éstos con el adjudicatario, se tiene que ellas tienen fundamento legal en dos pruebas independientes de la grabación ilícita sobre las cuales no recae cuestionamiento alguno: primero, los registros telefónicos llevados en los respectivos despachos públicos de las llamadas realizadas los días 10, 11, 12 y 24 de junio de 1997 y los días 1, 7, 21 y 22 de julio del mismo año; y, segundo, las certificaciones de las empresas de telecomunicaciones que dan fe de su ocurrencia.

La actividad probatoria del ente acusador se dirigió entonces a establecer el posible interés ilícito del Ministerio de Comunicaciones al adjudicar la frecuencia radial a Mario Alfonso Escobar por recomendación del Ministro de Minas y Energía, para lo cual decretó diversas pruebas tendientes a demostrar la tipicidad de la conducta y la responsabilidad de los implicados, a saber diligencias de inspección judicial a los respectivos ministerios, pruebas documentales sobre las reuniones y las conversaciones telefónicas entre el adjudicatario de la frecuencia y el Ministro de Minas y Energía, así como con el Ministro de Comunicaciones, recepción de declaraciones juramentadas de las funcionarias de ambos ministros y el reporte de diversas empresas telefónicas sobre las llamadas de unos a otros por las fechas en que fuera adjudicada la mencionada frecuencia radical. La obtención de dichas pruebas no deriva de la prueba ilícita ni de los datos que de ella surgen, sino de la actividad probatoria desplegada posteriormente, entre ella, la recepción de las propias declaraciones de los implicados sobre la ocurrencia de las mencionadas reuniones y conversaciones. La fuente de estas pruebas es en consecuencia independiente, sin que pueda pretenderse que la revelación de la grabación ilícita tuviera la virtualidad de impedir cualquier investigación sobre los hechos.

Buena parte de la investigación y de la actividad probatoria consecuente, se orientó a establecer si era sólido el dicho exculpatorio del Ex Ministro de Comunicaciones en su indagatoria, en el sentido de haber aplicado a las propuestas empatadas criterios objetivos adicionales plasmados en un cuadro diseñado para el efecto y si ello pudo ser definitivo para asignar la concesión de la licencia de radiodifusión sonora para Cali finalmente a Mario Alfonso Escobar Izquierdo. Con este fin se decretaron y practicaron diversas pruebas que ninguna relación tienen con la grabación ilícita excluida del proceso penal.

La sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>143</sup> valora tanto el contenido como la fecha de la Resolución 3536 de 1997, mediante la que se adjudicaron las frecuencias, entre ellas la de Escobar Izquierdo, como “‘operación’ determinante del momento consumativo de la acción precontractual prevista como medida alternativa por el artículo 145 del Código Penal”<sup>144</sup>. Para demostrar la tipicidad de la conducta y la responsabilidad penal del peticionario, la Corte Suprema recurre a diversidad de pruebas, no relacionadas con la grabación ilícita, particularmente, las declaraciones de funcionarios del Ministerio de Comunicaciones<sup>145</sup>, que apuntan a demostrar que el accionante no tuvo acceso a las propuestas de los proponentes clasificados en la licitación

declarada desierta en diciembre de 1996, por lo que tampoco pudo aplicar los referidos criterios objetivos de desempate a las propuestas que competían por la adjudicación de la concesión de radio. Además, la Sala Penal realiza un ejercicio de aplicación de dichos criterios para concluir que de haber sido seguidos otro, según ella, habría sido el adjudicatario.

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.

#### IV. CONCLUSIONES

De las consideraciones anteriores, esta Corte concluye que no se presentaron en este caso irregularidades de tal magnitud que conviertan las decisiones cuestionadas en vías de hecho.

Sin duda, la cuestión que merece el mayor análisis constitucional en este caso es la relativa a la vía de hecho por defecto fáctico. La Corte encuentra que la grabación de la conversación telefónica fue excluida del acervo probatorio tanto por la Fiscalía General como por la Corte Suprema de Justicia y que las pruebas que sirvieron de fundamento a la resolución de acusación y a la sentencia condenatoria no son derivadas de dicha grabación, sino que provienen de fuentes separadas, independientes y autónomas. El que la noticia criminis haya consistido en la información periodística sobre la existencia de la grabación, no hace que todas las pruebas sean fruto de ella. En este caso, claramente no lo fueron dado que la Fiscalía desplegó una actividad investigativa que la condujo a pruebas independientes de la grabación, como el patrón de reuniones y llamadas antes y después de la adjudicación de las

emisoras, las certificaciones de las comunicaciones provenientes de las empresas de telefonía, los testimonios sobre cómo se hizo la adjudicación por parte de integrantes del comité correspondiente, el análisis de la elaboración y aplicación de una gráfica de criterios de adjudicación presentada por el petente, entre otras pruebas completamente ajenas al contenido de la conversación ilícitamente interceptada y grabada.

La Corte rechaza la afirmación de que la mera existencia de la grabación ilícita y su divulgación periodística, al ser la base de la noticia criminis, vicién todo el procedimiento. Semejante conclusión conduciría a que, en el futuro, quien desee eludir la acción de la justicia penal busque que se divulgue en detalle de qué manera cometió el delito con el fin de que nada de lo contado, en una conversación o en una carta privada, pueda ser legítimamente investigado y probado.

La Corte también rechaza la insinuación de que una prueba ilícita contamina ipso facto todo el acervo probatorio. La Constitución garantiza que la prueba obtenida con violación del debido proceso sea excluida del acervo. Pero no se puede confundir la doctrina de los frutos del árbol envenenado con la teoría de la manzana contaminada en el cesto de frutas. La primera exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada, lo cual se deduce de la Constitución. La segunda llegaría hasta exigir que además de excluir las pruebas viciadas, se anulen las providencias que se fundaron en un acervo probatorio construido a partir de fuentes lícitas independientes de las pruebas ilícitas, el cual, en sí mismo, carece de vicios y es suficiente para sustentar las conclusiones de las autoridades judiciales, sin admitir ni valorar las manzanas contaminadas dentro de una canasta que contiene una cantidad suficiente de pruebas sanas.

## V. DECISIÓN

En conclusión, la exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución, y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento ni contaminan todo el acervo probatorio, así ésta haya sido elemento integral de la noticia criminis, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de ésta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal

del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Unico.- CONFIRMAR, por las razones contenidas en el presente fallo, la sentencia proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 1 de febrero de 2001 mediante la que se negó la acción de tutela presentada por Saulo Arboleda Gómez en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR QUE:

El honorable Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia por haber sido aceptado el impedimento como consta en Auto de abril veintiseis (26) de 2001.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU159/02

VIA DE HECHO POR VALORACION DE PRUEBA ILICITA DERIVADA O INDIRECTA-Procedencia (Salvamento de voto)

Los suscritos magistrados acogemos plenamente al sector de la doctrina que plantea el tema de la prueba ilícita como aquella totalmente inadmisibile y que debe ser excluida del proceso, por cuanto valorar y apreciar la prueba ilícita obtenida mediante la violación de una norma de derecho procesal, material o constitucional es estimular y autorizar su consecución. Este planteamiento desarrolla la teoría de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), según la cual las pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de

probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Al mismo tiempo esta doctrina tiene un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación. El efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente facultada para valorar pruebas autónomas e independientes, es decir que no tengan, conexiones causales con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal).

#### PRUEBAS ILICITAS EN PROCESO PENAL-Son inadmisibles e ineficaces (Salvamento de voto)

La jurisprudencia colombiana desde tiempo atrás ha adoptado la tesis de la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 29 de nuestra Carta Política que señala que será nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, puesto que el derecho a la presunción de inocencia que consagra el mismo artículo 29 exige que todo pronunciamiento de condena se sustente en pruebas de cargo de contenido incriminatorio válidamente practicadas. Validez que no se da cuando se obtienen con vulneración de derechos fundamentales. Pues bien, se configura una vía de hecho cuando los despachos judiciales, independientemente de su jerarquía, desconocen las corrientes humanistas y garantistas del derecho penal, que buscan ante todo la protección del individuo de los posibles excesos en que pueda incurrir el Estado al perseguir el delito.

#### PRUEBAS EN PROCESO PENAL-Grabación telefónica ilícita (Salvamento de voto)

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. Se 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. No queda duda para estos magistrados que la prohibición de dar validez a la prueba obtenida con vulneración del debido proceso, alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente se basan, apoyan o derivan de la ilícita “directa o indirectamente”, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Nada se logra con prohibir el uso directo de estos medios probatorios si se tolera su aprovechamiento indirecto. Avalar tal conducta constituye una proclamación vacía de las garantías fundamentales, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que indirectamente surtirán efecto.

#### REGLA DE EXCLUSION CONSTITUCIONAL DE PRUEBA Y DEBIDO PROCESO-Vulneración (Salvamento de voto)

No se desconoce que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 29 de la Carta Política aplicó la Regla de Exclusión de la prueba obtenida directamente a través de la violación de la garantía constitucional, esto es, la grabación ilegal de la conversación de los exministros. La aplicación de la regla de exclusión solamente sobre la prueba directamente obtenida de manera ilícita, vulnera a nuestro juicio el derecho fundamental al debido proceso, pues la exclusión no debe ser parcial o limitada a la inicial sino extenderse a las demás pruebas que se obtengan a partir de 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. El juez no debe admitir pruebas ilícitas y si obran dentro del proceso, antes de fallar está obligado a pronunciarse sobre ellas, para excluirlas a todas; de tal manera que si el juez no las excluye expresamente se entiende que han sido tenidas en cuenta y la sentencia que se funde así sea en una sola

prueba ilícita debe ser considerada nula.

## PRUEBAS ILICITAS EN PROCESO PENAL-Nulidad (Salvamento de voto)

Nuestro propio constituyente establece la nulidad constitucional que opera de pleno derecho, esto es sin necesidad de declaratoria judicial de la prueba obtenida con violación del debido proceso. Una recta interpretación del último inciso del artículo 29 nos lleva a concluir que la sentencia que tiene como fundamento alguna prueba ilícita, debe ser declarada nula. La prueba ilícita, cuando ha servido de fundamento a la sentencia, comunica su nulidad a la sentencia que tiene como uno de sus fundamentos a esa prueba. En síntesis podemos afirmar que la prueba ilícita, que es nula de pleno derecho, hace nula también de pleno derecho a la sentencia que se fundamenta en ella así sea parcialmente. Agréguese a lo anterior que el artículo 29 de la Constitución define claramente que la prueba es nula sin que sea posible bajo ningún criterio interpretarla como otra figura jurídica. Por tales motivos nos separamos de la decisión mayoritaria por cuanto que se debió tutelar el derecho fundamental al debido proceso y declarar la nulidad de la sentencia y ordenar la producción de un nuevo fallo en el cual se excluyeran la totalidad de las pruebas ilícitas para que se analizara y valorara si el restante material probatorio incorporado regularmente al proceso y obtenido en forma autónoma e independiente (sin nexo de causalidad) de la prueba ilícita, era suficiente para fundar una decisión de condena.

Referencia: expediente T-426 353

Acción de tutela instaurada por Saulo Arboleda Gómez, contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, los suscritos magistrados se ven precisados a salvar su voto en relación con la decisión adoptada por las siguientes razones:

1. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA DERIVADA O INDIRECTA TAMBIEN CONSTITUYE UNA VIA DE HECHO Y VULNERA EL DEBIDO PROCESO.

Al contrario de lo que sucedía en el pasado, el nuevo proceso penal no busca determinar la verdad a toda costa. En el derecho romano y canónico, con fundamento en la teología y en la escolástica, los jueces inquisidores gozaban de casi ilimitados poderes de investigación, privilegiando la confesión bajo tortura, como “reina de las pruebas”. Sin embargo, la contraposición entre la búsqueda de la verdad y la negación de la libertad del individuo terminaba por conformar una verdad formalista e hipotética fundada en el temor al dolor del tormento, más que en una declaración verdadera.

Las nuevas concepciones políticas y jurídicas que surgen a partir del siglo XVIII, buscaron la renovación del sistema penal bajo las ideas de la igualdad, la libertad política y el reconocimiento de ciertos derechos individuales. Uno de los mecanismos para ello, fue concebir un proceso penal donde prime la oralidad, la publicidad, el reconocimiento, la libertad del convencimiento, y en general, el derecho del acusado a defenderse de la acusación en un terreno de juego lo más justo posible.

De allí que sea una constante preocupación de la doctrina y la jurisprudencia mundial, determinar el contenido, la definición de prueba ilícita y especialmente, su admisibilidad en el proceso, pues la prueba en materia penal es sinónimo de garantía y como tal debe manejarse tanto en la fase de formación como al introducirla en el proceso y al momento de ser apreciada por parte del juzgador dentro del esquema de la libre convicción y la sana crítica.

Los suscritos magistrados acogemos plenamente al sector de la doctrina que plantea el tema de la prueba ilícita como aquella totalmente inadmisible y que debe ser excluida del proceso, por cuanto valorar y apreciar la prueba ilícita obtenida mediante la violación de una norma de derecho procesal, material o constitucional es estimular y autorizar su consecución. Este planteamiento desarrolla la teoría de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), según la cual las pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida, necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Al mismo tiempo esta doctrina tiene un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación.

Ilustra de manera especial esta tendencia lo manifestado por el Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América OLIVER WENDELL HOLMES<sup>146</sup> en salvamento de voto, pero que más tarde fue acogido como tesis en el caso Miranda:

“Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno.”

Dentro de esta posición doctrinaria existe el llamado “efecto reflejo” de la prueba ilícita o también llamado “efecto dominó” , consistente en que la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula y no puede surtir efecto alguno en el proceso, “contaminando las restantes diligencias que de ella deriven, trayendo causa directa o indirecta de la misma, ya que existe la imposibilidad constitucional y legal de valorar las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

De tal manera que la prueba nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno. Su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias. Más, 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.

El efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, es decir que no tengan, conexiones causa con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente “ (sin conexión causal).

La posición anterior ha sido reivindicada en nuestro país por el tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDIA<sup>147</sup> se refiere a las pruebas ilícitas como “aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social,

contra la dignidad y libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”.

En relación con la admisión y eficacia de la prueba ilícita en el proceso, se encuentra ubicado en la corriente que la rechaza por completo. Sobre este punto señala:

“El proceso contencioso no es un campo de batalla en el cual se permitan todos los medios útiles para triunfar; por el contrario es un trámite legal para resolver jurídicamente, con lealtad y buena fe, los litigios y los problemas que presentan los hechos delictuosos, en interés de la colectividad y también para tutelar los derechos particulares que en él se discuten. Lo mismo el juez que las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad y legalidad, sin violar el respeto a la libertad y dignidad humana, en todo momento y particularmente en el debate probatorio (véase t.l., nums. 5, 14, 15, 23, 80 y num. 13 de este modo). Consecuencia lógica de tales principios es que no puede ser lícito utilizar en la investigación de los derechos en el proceso civil o penal, medios que los desconozcan o violen, aun cuando no exista una expresa prohibición legal.”

Igual criterio acoge JAIRO PARRA QUIJANO<sup>148</sup> quien en su obra resalta los pronunciamientos de ADA PEREGRINI GRINOVER y CESAR BECCARIA:

### “3. LA LUCHA POR LA CRIMINALIDAD NO JUSTIFICA TODO.

En efecto dice Ada Peregrini Grinover: <<Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, con la observación de reglas preestablecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moralmente inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por si solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes>>.

Los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la -defensa social-, justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos dela persona. No hay nada más precioso que la libertad.

Escribe Beccaria : <<No hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en

determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa>>”

La jurisprudencia colombiana desde tiempo atrás ha adoptado la tesis de la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita, en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 29 de nuestra Carta Política que señala que será nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, puesto que el derecho a la presunción de inocencia que consagra el mismo artículo 29 exige que todo pronunciamiento de condena se sustente en pruebas de cargo de contenido incriminatorio válidamente practicadas. Validez que no se da cuando se obtienen con vulneración de derechos fundamentales.

Pues bien, se configura una vía de hecho cuando los despachos judiciales, independientemente de su jerarquía, desconocen las corrientes humanistas y garantistas del derecho penal, que buscan ante todo la protección del individuo de los posibles excesos en que pueda incurrir el Estado al perseguir el delito. Lo anterior en consonancia con la profusa jurisprudencia de esta Corte que al interpretar el contenido de la Constitución de 1991, encuentra que esta impone una serie de límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En uno de sus pronunciamientos indicó:

“... en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así al legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (C.N., art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (C.N., art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (C.N., art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (C.N., art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.<sup>149</sup>

La pretensión del debido proceso no es aplicar la pena de cualquier modo, de tal suerte que el método a través del cual se indaga por la certeza más próxima al valor de verdad, se transforma por sí mismo en una finalidad constitucional, en el cual las reglas probatorias deben ser vistas como normas de la esfera personal de libertad. La prueba es sinónimo de

garantía y por lo tanto se consideran ilícitos los medios de convicción que hayan sido obtenidos directa o indirectamente, sin cumplimiento de la ritualidad propia del proceso, con la vulneración de uno o varios derechos fundamentales, o con la transgresión de un prohibición constitucional o legal.

### 1.1. La prueba ilícita en el caso concreto.

Es claro para el discernimiento que la interceptación telefónica de la conversación entre ministros publicada por la revista “Semana” es inconstitucional e ilícita. Así mismo, es verificable en el proceso penal la operación por medio de la cual esta situación anterior y externa a la actividad de recaudación probatoria es obtenida por el Fiscal General de la Nación para ser incorporada al proceso. Por lo tanto, el tema ofrece dos aspectos distintos, uno de derecho sustancial que concierne a la constatación del acto ilícito y otro de derecho procesal relativo a la admisibilidad y en la hipótesis de su introducción en el proceso a la utilización de la prueba ilícita<sup>150</sup>. Igualmente, es necesario establecer que las actividades procesales concernientes a la prueba se desdoblan en cuatro (4) momentos. Las pruebas son<sup>151</sup> :

- a. Propuestas (indicadas o requeridas).
- b. Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad)
- c. Producidas (introducidas al proceso)
- d. Apreciadas (valoradas por el Juez)

En el caso que centra la atención del amparo de tutela, no hay duda que la grabación ilícita fue propuesta y fue producida por el ente acusador. Fue propuesta cuando en la Resolución del 20 de agosto de 1997 el Fiscal General de la Nación ordena:

“2. Solicitar a la Revista Semana allegar a la menor brevedad posible la cinta magnetofónica que recoge el diálogo telefónico de los doctores ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALBA-GONZALEZ y realizar su transcripción técnica”<sup>152</sup>(sic)

Fue una prueba producida, es decir, introducida e incorporada al proceso, según lo demuestran los documentos que forman parte del plenario, así:

1) El oficio de la Revista “Semana” entregando el cassette que contiene la grabación ilícita :

“De acuerdo a lo solicitado en su comunicación de la referencia, adjunto les estamos haciendo llegar el cassette que contiene la grabación de la conversación entre los doctores RODRIGO VILLAMIZAR A. y SAULO ARBOLEDA GOMEZ, Ministros de Minas y Energía y de Comunicaciones respectivamente.”<sup>153</sup>

2) La transcripción a texto mecanográfico de la conversación donde incluso, se incluye una conversación que no apareció publicada en el semanario (folios 20 a 31, cuaderno original 01 del sumario) y;

3) El dictamen relacionado con la integridad de la grabación para determinar si la grabación ha sido editada y si la conversación es continua e ininterrumpida (folio 34, cuaderno original 01 del sumario).

Antes de analizar si la prueba fue admitida y apreciada por el Fiscal en su resolución de acusación, también se debe establecer si se encuentran pruebas lícitas que hayan tenido su origen directa o indirectamente en la grabación ilícita propuesta y producida en la investigación previa, en aplicación de la teoría de los “frutos del árbol envenenado” explicada en el marco teórico de la prueba ilícita que defendemos.

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 LIA MERCEDES DEL VASTO ARYURE dentro de la diligencia de inspección judicial practicada en el Ministerio de Comunicaciones el 27 de agosto de 1997. 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. Es así como encontramos este tipo de preguntas:

“PREGUNTADO : Se procede a leer partes de la conversación que obra en el expediente con

el fin de que la declarante manifieste al despacho si fue una de sus interlocutoras : <<V.M... semana, pero parece que usted tiene el celular apagado V.H. Si V.M. Y también llamó el doctor JOSE NAME, que si por favor se comunica con él>>"154

y más adelante prosigue :

"PREGUNTADO : Reconoce usted haber sostenido con el Dr. SAULO ARBOLEDA la comunicación que aparece transcrita en los folios 21, 22 y 23 del cuaderno original que inicia con la palabra semana y concluye con la palabra señor. CONTESTO : Se le pone de presente los folios mencionados : Si. PREGUNTADO : Reconoce como suya la conversación a que se refiere la transcripción que obra a folios 23 y 24 del mismo cuaderno que inicia con la palabra "va" y concluye con la palabra "amable". CONTESTO : Se le ponen de presente los folios en mención : No es mi voz, no la hice."

Enseguida de estas preguntas, de manera constante a lo largo de la diligencia de declaración, la Fiscal Delegada acude una y otra vez en diferentes momentos a la transcripción mecanográfica producida por la Fiscalía y que tuvo su origen en la grabación ilícitamente obtenida, para recaudar esta prueba testimonial sin que sea de recibo alegar que su producción lícita dentro del proceso borraba, limpiaba o condonaba el origen ilegal del que proviene.

Idéntica situación se presenta en la declaración juramentada de FABIOLA GOMEZ DAZA dentro de la inspección judicial llevada a cabo el 27 de agosto de 1997 en el Ministerio de Minas y Energía, cuando hace preguntas con base en las respuestas de la declaración anterior, continuando con la cadena de la ilicitud iniciada en la prohibida interceptación y en otras nuevamente indaga sobre la propia grabación :

"PREGUNTADO : Bajo la gravedad del juramento la secretaria del ministro de comunicaciones, LIA MERCEDES DEL VASTO ARYURE, manifestó que en una ocasión en que necesito comunicar al exministro ARBOLEDA, con el ex-ministro VILLAMIZAR porque él no contestaba." (...) "PREGUNTADO : Se enteró usted de una grabación magnetofónica de una comunicación telefónica establecida entre los entonces ministros ARBOLEDA GOMEZ Y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ."155

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 ALVARGONZALEZ del 17 de agosto de 1997.

\* Transcripción mecanográfica de la grabación de la entrevista de Rodrigo Villamizar a RADIONET.156

\* Transcripción del cassette donde se grabó la entrevista realizada por Julio Sánchez Cristo al Ministro de Comunicaciones Saulo Arboleda Gómez para la F.M.157

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.

No queda duda para estos magistrados que la prohibición de dar validez a la prueba obtenida con vulneración del debido proceso, alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente se basan, apoyan o derivan de la ilícita “directa o indirectamente”, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Nada se logra con prohibir el uso directo de estos medios probatorios si se tolera su aprovechamiento indirecto. Avalar tal conducta constituye una proclamación vacía de las garantías fundamentales, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que indirectamente surtirán efecto.

No se desconoce que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 29 de la Carta Política aplicó la Regla de Exclusión de la prueba obtenida directamente a través de la violación de la garantía constitucional, esto es, la grabación ilegal de la conversación de los exministros. Prueba de ello es la manifestación expresa plasmada en el fallo :

“2.4. Efectuando un paréntesis sobre la exposición que se desarrolla, debe reiterar la Sala en este momento que en nada aprecia el contenido de la grabación ilícitamente efectuada, sobre una presunta charla telefónica entre los referidos ARBOLEDA GOMEZ y VILLAMIZAR ALVARGONZALEZ, que es nula de pleno derecho, por expreso mandato del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Esa práctica delictuosa de interceptar las comunicaciones privadas, sin previa autorización escrita de autoridad judicial competente, debe ser expresamente censurada y rechazada, como flagrantemente violatoria del derecho fundamental a la intimidad de todos los seres humanos”<sup>158</sup>.

Más, no aplicó la regla de exclusión con las pruebas viciadas de manera indirecta o por derivación y en algunos casos las valoró expresamente al referirse a ellas y en otros, las admitió tácitamente al no excluirlas expresamente. Prueba de su admisión y valoración es su consideración en la providencia condenatoria en que señala:

“Luego de la notable divulgación que tuvo esa eventual charla, se realizaron las pertinentes averiguaciones, éstas sí lícitas e imperativas, sobre la realidad de la perturbación en la objetividad, transparencia imparcialidad, igualdad equilibrio y selección neutral, cuya rigurosa observancia rige para la celebración de todo contrato u operación estatal.”<sup>159</sup> (subrayado fuera del texto)

Así mismo, de manera expresa en el folio 41 del fallo se admite y valora el testimonio de la señora FABIOLA GOMEZ DAZA del 27 de agosto de 1997 y el comunicado de prensa de RODRIGO VILLAMIZAR :

“Todo lo anterior y la ya mencionada ilegalidad de la grabación del telefonema entre los ministros, que transcribió la revista “Semana”, diluye la trascendencia del comunicado expedido por VILLAMIZAR en agosto de 1997, admitiendo haber sostenido esa conversación en el mes de julio de ese año, el día 21, antes de la adjudicación, escrito mediante el cual, además, pidió excusas al país por el error cometido” <sup>160</sup>

De tal suerte que la aplicación de la regla de exclusión solamente sobre la prueba directamente obtenida de manera ilícita, vulnera a nuestro juicio el derecho fundamental al debido proceso, pues la exclusión no debe ser parcial o limitada a la inicial sino extenderse a las demás pruebas que se obtengan a partir de aquella. Seguir la posición restrictiva adoptada por la Sala de Casación Penal y avalada por la mayoría de la Corte Constitucional llevaría al razonamiento que sobre este asunto refiere MAIER, de “decirle a la policía que no torture, pero que si lo hace que se extienda en ese proceder hasta que el torturado confiese quienes fueron sus codelincuentes o partícipes, los que no podrían invocar la Regla de Exclusión por no haber sido ellos víctimas de los apremios.”<sup>161</sup>

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.

El juez no debe admitir pruebas ilícitas y si obran dentro del proceso, antes de fallar está obligado a pronunciarse sobre ellas, para excluirlas a todas; de tal manera que si el juez no las excluye expresamente se entiende que han sido tenidas en cuenta y la sentencia que se funde así sea en una sola prueba ilícita debe ser considerada nula.

Como lo manifiesta ADA PEREGRINI GRINOVER<sup>162</sup>: “La consecuencia del ingreso en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser excluidas. Será nula la sentencia fundada en ellas. (lo subrayado fuera de texto)”. En igual sentido se pronuncia JUAN GUILLERMO BARRIOS HERRERA<sup>163</sup> cuando dice: “... implícitamente se está llamando a los juzgadores a excluir de los motivos de su convicción (no de la sentencia) la prueba ilícita, bajo sanción de invalidarse la sentencia e incluso el juicio oral completo, ...”.

Nuestro propio constituyente establece la nulidad constitucional que opera de pleno derecho,

esto es sin necesidad de declaratoria judicial de la prueba obtenida con violación del debido proceso. Una recta interpretación del último inciso del artículo 29 nos lleva a concluir que la sentencia que tiene como fundamento alguna prueba ilícita, debe ser declarada nula. La prueba ilícita, cuando ha servido de fundamento a la sentencia, comunica su nulidad a la sentencia que tiene como uno de sus fundamentos a esa prueba. En síntesis podemos afirmar que la prueba ilícita, que es nula de pleno derecho, hace nula también de pleno derecho a la sentencia que se fundamenta en ella así sea parcialmente. Agréguese a lo anterior que el artículo 29 de la Constitución define claramente que la prueba es nula sin que sea posible bajo ningún criterio interpretarla como otra figura jurídica.

Por tales motivos nos separamos de la decisión mayoritaria por cuanto que se debió tutelar el derecho fundamental al debido proceso y declarar la nulidad de la sentencia de fecha 25 de octubre de 2000, por medio de la cual se condenó al actor SAULO ARBOLEDA GOMEZ y ordenar la producción de un nuevo fallo en el cual se excluyeran la totalidad de las pruebas ilícitas para que se analizara y valorara si el restante material probatorio incorporado regularmente al proceso y obtenido en forma autónoma e independiente (sin nexo de causalidad) de la prueba ilícita, era suficiente para fundar una decisión de condena.

Fecha Ut Supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 Folio 156.

2 Folio 177.

3 Cfr. folios 2 y siguientes del cuaderno 2 del expediente.

4 Ibíd. demanda presentada dentro del proceso de tutela.

5 En términos generales, los antecedentes del fallo recogen la versión del proyecto presentado originalmente por el Magistrado Jaime Araujo Rentería.

6 De esta manera se pueden resumir los argumentos presentados por el apoderado especial del peticionario al exponer la supuesta ocurrencia de una vía de hecho durante el aludido proceso penal (Cfr. folios 2 y siguientes del cuaderno 1 del expediente). En el punto 18 de la demanda, se hace referencia a nueve eventos en los que se aprecia la existencia de una vía de hecho, que se sintetizan, precisamente, en la existencia de los tres defectos ya mencionados por la Corte.

7 Sobre este particular, la sentencia sigue la línea argumentativa originalmente contenida en el proyecto presentado por el Magistrado Sustanciador de la Sala Primera de Revisión, que fueron aprobados por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

9 Cfr. sentencia C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En aquella oportunidad se aludió a las actuaciones de hecho. A propósito de la revisión de constitucionalidad que se hizo sobre los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991 (los dos primeros fueron declarados inexecutable) se afirmó lo siguiente:

“De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio

cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales, a los cuales ya se ha hecho referencia. De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte” (Subraya no original).

10 De manera consistente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado estos 4 tipos de defectos como elementos que hacen procedente la tutela en contra de decisiones judiciales. Cfr., entre muchas, las sentencias: T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-393 de 1.994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-590 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 “El acto judicial que en grado absoluto exhiba alguno de los defectos mencionados, atenta contra la pax pública y por fuerza se convierte en socialmente recusable. El juez que lo expidió, desconociendo los presupuestos objetivos y teleológicos del ordenamiento, pierde legitimación – en cierto sentido, se “desapodera” en virtud de su propia voluntad – y no puede pretender que la potestad judicial brinde amparo a su actuación o le sirva de cobertura.” Corte Constitucional Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta oportunidad, la Sala Tercera de Revisión no consideró que la manera como actuó el Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso de tasación de los perjuicios emanados del incumplimiento de un contrato de seguro, constituía una vía de hecho, pues su proceder se ajustó a los lineamientos contenidos en los documentos y pruebas contenidas en el expediente.

12 Cfr. Corte Constitucional Sentencia T- 079 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte Constitucional confirma en esta oportunidad, la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia mediante la que se protegió el derecho al debido proceso de la

peticionaria, por considerar que el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés cometió graves errores en la apreciación de las pruebas contenidas dentro de un proceso de abandono de menor que se inició en contra de la petente.

13 “Por ello la hipótesis más normal es la de que través de los diferentes recursos que contemplan las leyes procedimentales, se pueda impugnar cualquier acción u omisión judicial que configure una vía de hecho, en cuyo caso, aunque no se descarte siempre la procedibilidad de la tutela, su campo de acción – dada su naturaleza subsidiaria – será muy restringido”. Cfr. Sentencia T- 079 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

15 Cfr. sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Para la Corte “es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados”, razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

16 Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

17 Cfr., por ejemplo, las sentencias T-804 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

18 Cfr. Antonio Cancino Moreno (director) y otros. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia: 1986. p. 128. La referencia, meramente ilustrativa, tiene el propósito de referir las tendencias doctrinales que ven en el delito de interés ilícito en la celebración de contratos un hecho punible de mera conducta.

19 Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala Penal Auto de junio 8 de 1982. Esta cita, también ilustrativa, muestra la posición asumida por el máximo tribunal de la jurisdicción penal en lo relativo a la apreciación del delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Tal criterio

también ha sido avalado por la doctrina reciente: Cfr., v.gr., Jaime Santofimio G, “Delitos de celebración indebida de contratos” Universidad Externado de Colombia: 2000. pp 87 a 108.

20Ibíd.

21 Cfr. sentencia T-1180 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Cfr. sentencia T-984 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. La Corte afirmó en aquella oportunidad que en materia penal, el procedimiento “debe ser llevado a cabo, en principio, por los jueces penales dentro de los procesos en los que se manifiesten deficiencias en la defensa técnica de los sindicados, pues si mediante tales procedimientos, en sede de tutela, lo que se pretende es restablecer derechos conculcados, al aplicarlo dentro del proceso penal, se previenen eventuales vulneraciones de sus derechos fundamentales”.

23Cfr. sentencia T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se concedió la tutela porque se probó que, pese a que el indagado había manifestado claramente el lugar en el que podía ser informado sobre cualquier decisión judicial y que, por carencia de medios económicos, no contaba con un defensor de confianza ni le había sido nombrado defensor de oficio, el juzgado no le informó sobre la expedición del cierre de investigación ni le nombró un defensor de oficio. Lo anterior, sumado a la casi absoluta falta de defensa técnica, y la no práctica de las pruebas solicitadas por el sindicado llevaron a la Corte a considerar que se constituía una verdadera vía de hecho.

24Cfr. sentencia T-639 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se concedió la tutela por encontrar que el juzgado decretó clausurada la investigación, sin adelantar diligencia alguna tendiente a lograr la comparecencia del procesado, a pesar de que tenía a su disposición la dirección donde podía ser localizado. En ese caso, al accionante no se le notificó siquiera de la apertura de investigación en su contra.

25 Cfr. Acta de la diligencia de Audiencia Pública de juzgamiento del 28 de abril de 1999. En este orden de ideas, lo que se intenta ahora es revivir una etapa precluida. Este hecho quedó expresamente consignado en el acta de la audiencia pública. Dijo en aquella oportunidad el juzgador:

“Interviene el Presidente: Usted tuvo señor defensor una oportunidad procesal amplia para

hacer valer esos y otros elementos de prueba que tuviera a bien y no la utilizó”.

26 Sobre la descripción genérica del defecto fáctico como vicio de una sentencia judicial que la convierte en una vía de hecho, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

29 Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

30 Cfr. sentencia T-538 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

31 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

32 Cfr. la ya citada sentencia T-538 de 1994.

33 Ibíd. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: “Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

34 Cfr. sentencia T-576 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía. En aquella oportunidad se concedió la tutela, pues todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una vía de hecho, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de Norma Sánchez, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una transgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho

constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

35 Cfr. sentencia T-239 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

36 Cfr. Sentencia T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Énfasis no original. La Corte decidió confirmar los fallos de instancia que negaron la tutela interpuesta por el peticionario, pues no encontraron que la no exclusión de una prueba ilícitamente obtenida constituyera un vicio de tal magnitud que hiciera procedente declarar la nulidad de todo el proceso, en la medida en la que la alegada prueba (la práctica irregular de un testimonio en el que se identificó el lugar donde se encontraba el arma con la que se había cometido el delito objeto de investigación: asesinato múltiple de indígenas en un predio ubicado en el departamento de Córdoba) no fue la única ni la determinante para llegar a la decisión tomada por las autoridades competentes, no obstante que a partir de dicha declaración... se practicó un allanamiento... dentro del cual fue encontrada una pistola Colt 45, la cual fue utilizada para cometer la masacre que inició la investigación. Se dijo entonces: “En el presente caso, resulta claro que la inexistencia de la declaración del testigo con reserva de identidad no tendría, necesariamente, el efecto de cambiar la decisión impugnada. Ciertamente, el Tribunal Nacional tuvo en cuenta otros elementos de juicio tales como el hallazgo de una de las armas homicidas en una finca de propiedad del condenado; la presunta relación de subordinación y confianza entre quien era el tenedor de la mencionada arma al momento del allanamiento a la finca “Los Naranjos” – quien se encuentra huyendo de la justicia – y el señor Tulena Tulena; el conjunto de testimonios de oídas que afirmaban la participación del actor en la comisión del delito; el eventual interés del encartado en la ejecución de la masacre, etc. Con independencia del valor de cada uno de estos elementos de juicio – lo cual no puede ser definido por el juez de tutela –, lo cierto es que la prueba que debió ser excluida

no resulta determinante a la hora de resolver el caso planteado”. Contra esta decisión de la Corte se promovió un incidente de nulidad que fue negado unánimemente por los magistrados de la Sala Plena mediante el Auto 026A de 1998.

37 Ibíd. sentencia T-008 de 1998.

38Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

39 En el presente proceso resulta pertinente el desarrollo legal contenido en los artículos 250 y 253 del Decreto 2700 de 1991, por medio del cual se expiden y se reforman normas del Código de Procedimiento Penal, que establecen lo siguiente:

Artículo 250.- Rechazo de las pruebas. No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. Cuando los sujetos procesales soliciten pruebas inconducentes o impertinentes serán sancionados disciplinariamente, o de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de este código. (subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 235 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Artículo 253.- Libertad probatoria. Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales. (subrayado fuera de texto). Esta norma fue modificada por el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

40 Las condiciones sustanciales de cada prueba se encontraban reguladas en los artículos 251, 253 y 259 a 303 del Decreto 2700 de 1991.

41 Decreto 2700 de 1991, Artículo 304.- Causales de nulidad. Son causales de nulidad: 1. La falta de competencia del funcionario judicial. Durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por razón del factor territorial. 2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales

que afecten el debido proceso. 3. La violación del derecho de defensa. Esta norma fue modificada por el artículo 306 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Artículo 308. Principios que orientan la declaratoria de nulidades y su convalidación.- 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa. 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial. 6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este código. Esta norma fue modificada por el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

42 Decreto 2700 de 1991, Artículo 161.- Inexistencia de diligencias.- Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

43 Decreto 2700 de 1991, Artículo 246.- Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

44 Decreto 2700 de 1991, Artículo 247.- Prueba para condenar. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

45 Decreto 2700 de 1991, Artículo 254. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba.

46 Decreto 2700 de 1991, Artículo 441.- Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio, que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios

graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

47 En el Informe Ponencia para primer debate, los miembros de la Subcomisión Segunda de la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente, no incluyeron una propuesta expresa sobre la exclusión de pruebas obtenidas mediante violación de derechos fundamentales. Los artículos 6 y 7 del proyecto presentado a la Comisión decían lo siguiente: “Artículo 6.- De las garantías procesales. “Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado sino con arreglo a la ley en que previamente se haya prohibido el hecho y determinado la pena correspondiente. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputado. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplica de preferencia. No habrá penas imprescriptibles ni cadena perpetua. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.” Artículo 7.- Del debido proceso. Toda persona tiene derecho sin dilación alguna al debido y efectivo proceso y a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, y es inocente hasta prueba en contrario por sentencia ejecutoriada”. Gaceta Constitucional No. 51, 16 de abril de 1991, página 20.

48 Ver Gaceta Constitucional No. 126, Actas de Comisión, Comisión Primera, Acta No. 24, del 19 de abril de 1991, página 22.

49 Ver Gaceta Constitucional No. 126, Actas de Comisión, Comisión Primera, Acta No. 26, del 23 de abril de 1991, página 27

50 Ver. Gaceta Constitucional No. 126, página 27. Del debate en Sesión de la Comisión 1ª el 19 de abril de 1991 se extraen los siguientes apartes: “(...) vamos a interrumpir si está bien, para recibir la redacción del artículo séptimo que ya en principio hemos aprobado para entonces pasarlo a buena memoria, ya ha sido leído, sin embargo teniendo, (sic) o en la mano vamos a leerlo, nuevamente para la votación correspondiente. Doctor Sánchez, leemos el artículo a respecto del debido proceso. || Artículo séptimo: toda persona acusada de un delito se presume inocente, mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado elegida por ella o de oficio, aun debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a aportar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a apelar la sentencia condenatoria y a no ser juzgada dos veces por la

misma causa; es nula toda declaración obtenida mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 157).

51 El debate se retomó frente a una solicitud el Delegatario Jaime Arias en la sesión del 22 de abril de la Comisión 1ª.

52 Señaló Darío Mejía: “Lo que pasa es que en el debido proceso también yo hacía una anotación y es frente a lo que es la tortura, que queda prohibida en el artículo de la vida: nadie puede ser sometido a desaparición forzada, torturas ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Resulta que luego, en el artículo del debido proceso, en la última parte dice: es nula toda declaración obtenida mediante torturas, desde hecho, (sic) arriba la desconocemos y aquí estamos reconociendo que es posible que se dé este tipo de situaciones para recoger información en un proceso, entonces lo que yo propondría es que se tire una norma, o un criterio mucho más general, podría ser: es nula toda declaración o prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 160).

53 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

54 En el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991 el Delegatario Augusto Ramírez Ocampo señaló: “Señor Presidente, creo que originalmente la propuesta de incluir en la carta una declaración específica, con respecto a este tema, fue presentado por nosotros, en el capítulo precisamente en el que recogiendo la propia expresión de la Declaración de los Derechos Humanos contra las torturas, nosotros solicitamos que allí fuese incluido. Del debate que surgió en ese entonces, se convino en llevarlo a la parte del Debido Proceso. Personalmente a mí me gustaba mucho la fórmula de hacer una específica mención al tema de las torturas, porque juzgo, como aquí se ha dicho tantas veces, que este es uno de los peores males ocurridos en Colombia, y uno de los que más asombra en el mundo (...) por lo tanto Señor Presidente, dada la duda planteada por el Delegatario Darío Mejía, francamente yo estaría en disposición de que se hiciera el cambio sugerido (...) incluso porque tiene la virtud de que amplíe el punto, en el sentido de que no puede aceptarse ninguna prueba que

no sea obtenida violando los Derechos Humanos.” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 182).

55 En el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991 el Delegatario Alberto Zalamea señaló: “Simplemente, Señor Presidente, para aportar un dato concreto que tal vez sirva también en la elaboración del artículo. Colombia ha firmado la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles en 1985, lo ratificó en 1987, es una convención muy importante y que tiene superioridad en este momento, pues (está) sobre la misma Constitución; entonces tal vez sirva para que algunos de estos aspectos sean tomados en consideración por los proponentes. Gracias” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 184).

56 Gaceta Constitucional N° 82, páginas 11 y 12.

57 En la Comisión Cuarta, los Constituyentes Jaime Fajardo Landaeta y Alvaro Gómez Hurtado, presentaron una propuesta de articulado sobre los principios de la administración de justicia, dentro de los cuales estaba el principio del debido proceso. Los numerales 10 y 11 del artículo propuesto, se referían de manera general al derecho de defensa y al debido proceso, pero no tenía una referencia expresa al tema de la exclusión de pruebas. Ver Gaceta Constitucional No. 38, abril 5 de 1991, página 12.

58 Ver Acta No. 10 de la Comisión Cuarta, Gaceta Constitucional No. 64, 1 de mayo de 1991, páginas 14 y 15, donde se recoge la propuesta del Constituyente Hernando Londoño de constitucionalizar los principios del derecho penal. Posteriormente, el mismo constituyente, al discutir el principio sobre Formas Propias del Juicio y Juez Natural, propuso el siguiente texto: “Nadie podrá ser juzgado sin observancia de las formas sustanciales del debido proceso, dentro de las cuales se incluirán como garantías mínimas los principios de publicidad, contradicción, precisión en la imputación de cargos, motivación e impugnación de las providencias que decidan asuntos fundamentales, juzgamiento sin dilaciones indebidas, correlación entre acusación y sentencia, inexistencia de pruebas obtenidas ilegalmente y efectividad del derecho material. La Ley regulará las formas procesales. Se prohíben los funcionarios, jueces y tribunales de excepción y nadie podrá ser sustraído de su juez natural.” Ver Actas No. 11, 12, 14, 15, 16 y 18, Gaceta Constitucional No. 65, 2 de mayo de 1991, páginas 9, 10, 14, 15, 17 y 20, respectivamente.

59 Ver Informe de Secretaría de la Comisión Cuarta, 19 de abril de 1991. Principios del Derecho Penal. 1. Formas propias del juicio. Dentro del proceso penal estarán garantizados los principios de precisión en la imputación de cargos, correlación entre acusación y sentencia e invalidez de las pruebas obtenidas ilegalmente.” Gaceta Constitucional No. 74, 15 de mayo de 1991, página 9.

60 Ver Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, presentado por los constituyentes Alvaro Gómez Hurtado y Jaime Fajardo Landaeta. Gaceta Constitucional No. 75, páginas 3 y 4.

61 Ver Gaceta Constitucional No. 137, 12 de noviembre de 1991, página 14.

62 En el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991 se dio la siguiente conversación al momento de votar: “¿Suficiente ilustración? || Pediría que en lugar de nula, se pusiese que no produce efecto, creo que es más amplio. ¿Es peor? || El término jurídico es nulo. Si hay suficiente ilustración procedemos a votar. ¿Los delegatarios están de acuerdo a unificarlo? Queda aprobada la modificación.” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 190 ).

63 Integrada por los constituyentes Alvaro Gómez Hurtado, José María Velasco Guerrero, Carlos Daniel Abello, Hernando Yepes Arcila, Hernando Herrera Vergara y Armando Holguín Sarriá. Ver Informe de la Comisión Accidental sobre Principios Generales de la Administración de Justicia, incluido en el Acta de Sesión Plenaria del 5 de junio de 1991, en Gaceta Constitucional No. 128, 15 de octubre de 1991, página 8.

64 En las transcripciones de los debates de la Asamblea no es claro cuál Delegatario se encontraba en uso de la palabra, sin embargo Diego Uribe Vargas toma la palabra inmediatamente después y añade: “Señor Presidente, este artículo pertenece a la carta de derechos, libertades, garantías, deberes del hombre, y su texto es prácticamente igual. El doctor Gómez cuando sustentó su exposición sobre esta materia acogió el texto de la Comisión Primera, entonces yo solicitaría que lo aprobáramos” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 215).

65 Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 217. Gaceta Constitucional No.137, 12 de noviembre de 1991,

66 El Delegatario Otty Patiño, preocupado por la capacidad disuasiva de la norma sostuvo en el debate de la Comisión 1ª del 23 de abril de 1991: “(...) pretender dar como elemento disuasivo para la tortura el hecho de que no sirvan las pruebas obtenidas bajo tortura, me parece que no tiene sentido (...) Yo creo que desde luego, (la tortura) ha rebajado sustancialmente, pero fue una práctica consentida, admitida y tecnificada, y en ese sentido me parece que sí debería establecerse algo más que simplemente la invalidez de la prueba (...) sería conveniente establecer la pérdida del fuero, cuando se hagan estas prácticas de tortura, y de que la persona que lo haga, salga del fuero establecido, en el caso de los militares, del mismo fuero militar, para que pueda ser juzgado civil y públicamente también, porque es la única manera de verdad, que esta práctica no sea encubierta.” En ese mismo debate la delegataria Aída Abella señaló: “Yo creo que Otty tiene razón; es decir, cómo garantizamos que no se produzcan las torturas, la desaparición forzada (...) Yo pienso que de pronto algunos civiles, como dice el doctor Arias, pueden ejercer la presión indebida para una declaración, pueden ejercer hasta la tortura (...)” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folios 184 y 185, respectivamente).

67 La propuesta de Darío Mejía contemplaba declarar nula toda declaración o prueba, sin embargo, antes de la votación se suprimió el término “declaración” por cuanto se consideró que ya estaba contenido en el competo “prueba” (Antecedentes del artículo 29 en la Asamblea Nacional Constituyente. Biblioteca de la Corte Constitucional. Folio 190).

68 En esta sentencia se declaró exequible la expresión “solamente” en una norma del Código de Procedimiento Civil que indica que el proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los casos que ella misma señala, bajo el entendido de que también pueden generar ese efecto las violaciones al debido proceso constitucional.

69 Sobre este punto, ver, por ejemplo, Corte Constitucional, las Sentencias T 442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-285/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-416/95 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-207/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T- 329/96 (José Gregorio Hernández Galindo); T-055/97 (Eduardo Cifuentes Muñoz), Corte Constitucional, sentencia C-412 de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

70 Ver, por ejemplo, el PROCESO No. 10373, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 195, 16 de diciembre de 1998. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de testimonios solicitados por la defensa y practicados sin la presencia de su defensor. La Corte encontró que tal irregularidad no incidía en la estructura del proceso, ni en su resultado (la sentencia), ni afectaba el derecho a la defensa, pues los funcionarios judiciales encargados de recepcionar los testimonios tuvieron en cuenta que se trataba de una prueba solicitada por la defensa con el fin de demostrar el lugar en el que se encontraban los procesados, por lo que no se imponía su exclusión del acervo probatorio al no desconocer el derecho a la defensa. Según la doctrina seguida por la Corte Suprema, si se presenta un vicio sustancial en la práctica de la prueba, la prueba afectada debe ser excluida del acervo probatorio, pero ello no implica necesariamente la anulación de todo lo actuado. Adicionalmente cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia ha recogido en varios de sus fallos la tesis de la inexistencia de las pruebas ilícitas. Ver por ejemplo, PROCESO Nº 13545, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Carlos E. Mejía Escobar, Aprobado Acta No. 02, 18 de enero de 2001. La recurrente alega que las pruebas (la confesión de la autora intelectual y los testimonios grabados de los autores materiales de un homicidio), en las cuales se comprometía a la actora como autora intelectual del homicidio, fueron obtenidos sin la presencia del defensor de ésta y por ello fueron consideradas como pruebas ilegales y excluidas del proceso. Sin embargo, a juicio de la impugnante, tales declaraciones ilegales a pesar de haber sido excluidas, se tuvieron en cuenta como indicios de su responsabilidad. La Sala rechazó el cargo por considerar que tales pruebas habían sido declaradas inexistentes y correctamente excluidas del acervo y que la responsabilidad de la actora surgía de otras pruebas válidamente aportadas al proceso. En relación con la existencia de pruebas nulas dentro del proceso, dijo la Sala lo siguiente: “El señalamiento del censor en punto a la expresión ‘Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso’ no puede adoptarse en su tenor literal, pues el instituto de las nulidades no opera de pleno derecho, sino en la medida en que opere el respectivo juicio de valor, lo que no ocurre en tratándose de los juicios de existencia de las pruebas, donde aquella que no reúne los presupuestos de formación para nacer a la vida jurídica, simplemente no existe. (...) Importa sin embargo destacar que es deber del juzgador, al momento de evaluar el recaudo probatorio, apreciarlo en su totalidad para esclarecer así lo que es objeto de su conocimiento, pero igualmente puede desestimar en su mérito probatorio aquello que no le brinde la certeza de lo que pretende probar. (...)”

71 Ver por ejemplo, Proceso Nº 12231, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta No.103, 16 de junio de 2000. En este fallo, los impugnantes cuestionan la legalidad de un reconocimiento en fila de personas practicado sin que los acusados fueran asistidos por un defensor de oficio y en consecuencia solicitan la anulación de todo lo actuado. En esa oportunidad sostuvo la Sala que cuando tal vicio de legalidad se produce “la solución para esos casos no consiste en la anulación de lo actuado (...), sino en la exclusión de la prueba al momento de fallar, oportunidad en la que se establece el cumplimiento de las formalidades previstas para la aducción del medio en relación con el que se predica el yerro, respecto de lo cual suficiente y difundida ha sido la jurisprudencia de esta Corte”.

72 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José Artículo 8. Garantías Judiciales. Ley 16 de 1972.

73 Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley 76 de 1986.

74 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal internacional.

75 Ver entre otros Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párrs. 74-76., Corte Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 64. Corte Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrs. 76-78.

77 Confesión obtenida mediante tortura o presiones indebidas: Caso Sevtap Veznedaroglu v. Turquía, (Application no. 32357/96), Judgment, Estrasburgo, Abril 11, 2000; Caso Magee v. Reino Unido, (Application no. 28135/95), Estrasburgo, junio 6, 2000.

78 Caso Khan v. Reino Unido, (Application no. 35394/97), Judgment, Estrasburgo, 12 de Mayo, 2000 (En un caso de tráfico de drogas investigado y sancionado por Gran Bretaña, el actor cuestionó la validez de pruebas obtenidas en su contra mediante la grabación de sus

conversaciones autorizadas por un Chief Constable por violación de las garantías procesales contenidas en el artículo 8 de la Convención Europea. La Corte encontró que las disposiciones internas sobre exclusión de pruebas resultaban conformes a la Convención, como quiera que permitieron al peticionario cuestionar la autenticidad y el uso de la prueba dentro del proceso y la sentencia condenatoria no fue el resultado exclusivo de la prueba que había sido obtenida con violación de algún derecho garantizado en la Convención ).

79 Esto sin contar a los países donde las pruebas ilegalmente obtenidas son admitidas porque la sanción – civil, penal o disciplinaria – por la ilegalidad recae únicamente sobre el funcionario que violó la ley o la Constitución al obtenerla, no sobre la prueba misma. Esta sola sanción, que no afecta a la prueba misma, no sería compatible con nuestra Constitución.

80 El precedente frecuentemente citado para la regla general de exclusión es el caso *Weeks v. US* (1915) 232 US 383. En dicho caso el acusado fue arrestado sin orden judicial y luego su casa fue allanada también sin orden judicial. Los libros y documentos encontrados en su domicilio debieron ser excluidos, aún los que constituían pruebas pertinentes para incriminarlo.

81 Sobre la introducción tardía de la regla de exclusión en dichos países y sobre su característica discrecional, ver J. Stribopoulos. *Lessons from the pupil: A canadian solution to the American exclusionary rule debate*. Boston College International & Comparative Law Review. Vol 22, Winter 1999, p77. Sobre el impacto de esta experiencia en Estados Unidos, ver D. Dripps. *The case for the contingent exclusionary rule*. American Criminal Law Review. Vol 38, Winter 2001, p. 1.

82 Jean Pradel. *Droit Pénal Comparé*. Dalloz, Paris, 1995, p 422-423. Así se aplican los dos principios clásicos de las nulidades: *pas de nullité sans texte*; *pas de nullité sans grief*.

83 P. Corso, Ponencia italiana, en *La preuve en procédure pénale comparée*. Revue Internationale de Droit Pénal, 1992. 1 y 2 trimestres, p 233.

84 J. Pradel, op cit, p 423. En Alemania se distingue para estos efectos entre la prohibición de obtener la prueba (*Beweiserhebungsverbot*) y la prohibición de utilizarla en el proceso (*Beweiserwertungsverbot*). Así, la muestra de sangre obtenida ilegalmente por una persona

que no es médico, puede ser utilizada como prueba. Ver Mireille Delmas-Marty (ed). *Prodédures Pénales d'Europe*. PUF, Paris, 1995, p.526.

85 Caso *United States v. Calandra* (1974) 414 US 338. En dicha sentencia la Corte dijo que la disuasión era la justificación primordial de la regla de exclusión. Luego, aplicó un análisis costo beneficio para concluir que esta función se cumplía impidiendo que las pruebas viciadas fueron presentadas en el juicio, por lo cual era admisible que estas fueron conocidas y valoradas previamente por un gran jurado. Desde entonces la regla de exclusión se ha interpretado de manera restrictiva o ha sido simplemente inaplicada.

86 Sentencia de 1964 (19 BGHSt 325) y Sentencia de 1989 (80 BverfGE 367). M. T. King. *Security, scale, form and function: the search for truth and the exclusion of evidence in adversarial and inquisitorial justice systems*. *International Legal Perspectives*. Vol 12, Fall 2001, p185.

87 Caso *Weeks*, ya citado. El precedente más antiguo donde se insinuó dicha regla es *Boyd v US* (1886) 116 US 616.

88 Caso *Mapp v Ohio* (1961) 367 US 643. En el caso la evidencia obtenida por agentes estatales sin orden judicial previa fue excluida.

89 Antes ya existían excepciones respecto de las pruebas obtenidas por policías estatales, así fueran ilegales, sí podían ser utilizadas en una corte federal. Era la doctrina denominada de la bandeja de plata. Aunque la doctrina fue abolida completamente en el caso *Mapp*, fue revivida en 1976 para procesos civiles, especialmente para los de orden tributario, caso *Janis v US* (1976) 428 US 433.

90 *Calandra v. U.S.* (1974) 414 U.S. 338.

91 *Stone v. Powell* (1976) 428 U.S. 465.

92 *Havens v US* (1980) 446 U.S. 620. Pero no puede hacerse lo mismo respecto de otros testigos. *James v. U.S.* (1961) 366 U.S. 213.

93 *Leon v. U.S.* (1984) 468 U.S. 897.

94 *Chambers v. Maroney* (1973) 410 US 284. Esta excepción se extendió en 1991 inclusive a las confesiones involuntarias usadas en el juicio, caso *Arizona v Fulminante*, 373 US 1246.

95 “El criminal tiene que ser dejado en libertad porque el policía la embarró”. *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (1926). Para el Justicia esto fomentaba la corrupción debido a los “favores” que la policía le hace a los delincuentes que quieren que las pruebas que los pueden incriminar sean excluidas para lo cual agradecen y recompensan que el policía “la embarre”. (Traducción libre; t.l.).

96 M.T.King, op cit, según lo que en Alemania se denomina la doctrina del camino hipotético limpio.

97 Artículo 174 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal. Comentario de Pradel (p. 431) (t.l.).

98 Pradel, op-cit, p.431. (Fernwirkung, t.l.).

99 Artículo 78 del Police and Criminal Evidence Act de 1984 (t.l.).

100 Es célebre la frase del juez Crampton en 1861 según la cual: “poco importa como usted la obtuvo (la prueba); inclusive si usted se la robó, la prueba es admisible”. Pradel, op. cit., p.422 (t.l.).

101 Artículo 76 inciso 4 del Police and Criminal Evidence Act de 1984 (t.l.).

102 Como *Silverthorne Lumber v. U.S.* (1920) 251 US 385. Se trató de un writ of error contra una sentencia que impuso una multa a la compañía Silverthorne Lumber por desacato y que condenó al señor Silverthorne a prisión por el mismo hecho.

103 Sentencia del juez O.W. Holmes. (t.l.).

104 Caso *Olmstead v. U.S.* (1928) 277 U.S. 438. El fundamento del fallo fue que la Constitución sólo protegía espacios y cosas de propiedad del investigado. Luego la Corte modificó ese supuesto y sostuvo que la protección era a las personas (Caso *Katz v. U.S.*; 1967; 389 U.S. 347).

105 Caso *Nardone v. U.S.* (1939) 309 U.S 338. Ponencia del Justicia Felix Frankfurter.

106 Idem, (t.l.).

107 Caso Nix C. Williams (1984) 487 U.S. 431.

108 Caso Wong Sun v. U.S. (1963) 371 US 471. Ponencia del Justicia Brennan.

109 Esta conclusión ha sido reiterada. Por ejemplo, ver el caso Nix v Williams (1984) ya citado (t.l.).

110 La regulación de la interceptación de comunicaciones, salvo contadas excepciones como la ley estadounidense de 1968, data de las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX. Generalmente la autorización debe provenir de una autoridad judicial, pero se aceptan excepciones transitorias en casos especiales, como la urgencia o el terrorismo. Dada la gravedad de la restricción a la intimidad, las leyes señalan específicamente las condiciones en las que puede efectuarse una interceptación (importancia de la infracción, necesidad de la interceptación, limitación del tiempo de la interceptación, cumplimiento de formalidades) y establecen prohibiciones (interceptación de teléfonos de abogados) y garantías (oportunidad de conocer y de cuestionar el registro de la grabación), Ver J. Pradel, op. cit., p.439-441.

111 Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que resulta delictuosa la interceptación de comunicaciones privadas por agentes del estado cuando no media autorización escrita de la autoridad judicial competente y no tenga por finalidad la obtención de pruebas judiciales. (Ver, por ejemplo, el Proceso No. 14684, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP: Ricardo Calvete Rangel, Aprobado Acta No. 60, abril 27 de 1999. En un proceso seguido contra miembros del ELN por actos terroristas, fue cuestionada la legalidad de la indagatoria, del testimonio rendido por la esposa de uno de los implicados y algunas grabaciones magnetofónicas tomadas por agentes del estado. En relación con las grabaciones magnetofónicas cuestionadas, al no mediar autorización judicial, afirmó la Sala que si bien fueron mencionadas a lo largo de la actuación durante la primera instancia, en el fallo de segunda instancia se declaró que tal prueba era inexistente, con lo cual era innecesario que la Corte se pronunciara sobre su legalidad, pues se había cumplido con lo preceptuado en el artículo 441 del Decreto 2700 de 1991). No obstante, esa misma doctrina, ha reconocido que cuando se trata de grabar conversaciones privadas propias, que posteriormente son aportadas como pruebas al proceso, tal ilegalidad no existe (Ver por ejemplo, PROCESO No: 9579, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP:

Fernando E. Arboleda Ripoll, Aprobado Acta No. 146, octubre 22 de 1996. En un proceso por el delito de concusión seguido contra el gobernador de Córdoba, se aporta como prueba la grabación realizada por el contratista víctima de la actuación del gobernador quien le exigía una suma de dinero para que le fuera adjudicada una licitación. Dicha grabación fue realizada en casa del contratista a quien el gobernador había exigido una suma de dinero para beneficiarlo en el proceso de adjudicación y fue posteriormente difundida a través de los medios de comunicación. La Sala consideró que la prueba cuestionada no estaba viciada. Dijo entonces la Sala: “Los registros históricos así obtenidos (...) tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demostración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto hace el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los artículos 225 del C.P. y 251 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas. Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado de el de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible. Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho. De no procederse de esta manera, la prueba podría nacer viciada (art. 29 C. N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir a demostrar la ilicitud que se padece. Es más este irregular proceder, podría generar responsabilidad penal al autor del hecho. (subrayado fuera de texto).

112 Una disposición expresa sobre la materia ha sido incluida en el artículo 301 de la Ley 600 de 2000, que dice: “Artículo 301. Interceptación de comunicaciones. El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que

utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizar la misma dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la orden. Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías. En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. El funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación. Tales grabaciones se trasladaran al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.

113 Ver, entre muchas otras sentencias de la Corte Constitucional, las siguientes: T-349/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo (derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia de los reclusos); C-189/94, MP: Carlos Gaviria Díaz (incidencia de los medios de comunicación en el derecho a la intimidad); T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz (divulgación de datos de un personaje público en una revista); SU-1723/00, MP: Alejandro Martínez Caballero (derecho a la intimidad e información divulgada por periódicos sobre aspectos de la vida de personaje famoso que interesan a la opinión pública); T-1202/00, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (derecho a la información e intimidad de funcionario público);

114 Ver, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional Nos. T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz (divulgación de datos de un personaje público en una revista) y T-1202/00, MP: Vladimiro Naranjo Mesa (derecho a la información e intimidad de funcionario público).

115 Corte Constitucional, Sentencia T-349/93, MP: José Gregorio Hernández Galindo. En este fallo la Corte protege el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia de los reclusos, la cual sólo podía ser interceptada si se cumplía con 3 requisitos: 1. Que medie orden judicial; 2. Que se presente alguno de los casos establecidos en la ley; 3. Que se cumplan las formalidades señaladas en la ley. Ver también Sentencia No. C-179/94, MP: Carlos Gaviria Díaz. En la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”,

donde se examinó puntualmente la interceptación de comunicaciones.

116 Corte Constitucional, Sentencia T-611/92, MP: José Gregorio Hernández. En este fallo la Corte tuteló el derecho a la intimidad de los familiares de un personaje público que había sido asesinado, frente a la difusión de información privada que hicieran distintos medios de comunicación.

117 Corte Constitucional, Sentencia T-066/98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte dijo que cuando se presentaban “conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece prima facie el derecho a la información”.

118 Cfr. folio 3 de la Resolución de Acusación expedida por la Fiscalía General de la Nación.

119 Cfr. folio 18 de la Resolución de Acusación expedida por la Fiscalía General de la Nación.

120 Fiscalía General de la Nación, Resolución de Acusación, Radicación 2916, octubre 21 de 1998, folios 225 a 226.

121 Fiscalía General de la Nación, resolución de acusación de octubre 21 de 1998, folios 227 a 228.

122 Sentencia Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, octubre 25 de 2000, radicación única N° 15273, M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla, folio 189 del expediente de tutela.

123 Sentencia Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, octubre 25 de 2000, radicación única N° 15273 M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla, folio 206 del expediente de tutela.

124 Cfr. los folios 24 a 27 del cuaderno 2 del expediente. Allí esta es una de las partes de la Resolución de Acusación proferida por la Fiscalía en la que se alude a todas las pruebas que refieren la relación entre los ministros implicados y un particular dentro del proceso de adjudicación.

125 Ibíd. Fiscalía General de la Nación, Resolución de Acusación, Radicación 2916, octubre 21 de 1998, folio 27 del cuaderno 2 del expediente.

126 Ibíd. Resolución de Acusación folio 32 del cuaderno 2 del expediente.

127 Ibíd. folio 32.

129 Sentencia Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, octubre 25 de 2000, radicación única N° 15273, M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla, folio 183 del expediente de tutela.

130 Ibíd. folio 183 del cuaderno 2 del expediente.

131 Ibíd. folio 190 del expediente de tutela.

132 Ibíd. folio 193 del expediente de tutela.

133 Ibíd. folio 196 del expediente de tutela.

134 Folios 170 a 231.

135 Folio 170.

136 Folio 225.

137 Folio 189.

138 Folio 188.

139 Folios 190-218, c.o. #1, expediente de la Fiscalía.

140 Folios 167-175, c.o. #1, expediente de la Corte Suprema de Justicia.

141 Folios 188-189.

142 Folios 54 a 71 del cuaderno original 01 del proceso penal.

143 Folios 148-215.

144 Folio 181.

145 Folio 188.

146 Voto disidente caso “Olmstead vs. US” (1928). Tomado de PALAZZI Pablo A. y otro. Artículo: Reseña de Jurisprudencia : Actividad probatoria en violación a garantías constitucionales. Www. Aranzadi.es.

147 DEVIS E. Hernando. Pruebas judiciales. Bogotá, Editorial ABC : 1984. Pag. 182.

148 Parra Quijano, Jairo. Op. Cit. Pag. 21.

149 Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

151 Ibídem.

152 Folio 1 cuaderno original No. 01 del expediente de la Fiscalía General de la Nación.

153 Ibídem. Folio 13.

154 Ibíd. folio 55

155 Ibíd. Folio 66.

156 Ibíd. Folios 190 a 218.

157 Folios 167 a 175 cuanderno original 01 del Juicio.

158 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de octubre de 2000. M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla.

159 Ibídem. Folio 42 de la sentencia.

160 Ibíd. folio 59 de la sentencia.

161 Cfr. LOPEZ BISCAYART, Javier. Exclusión de la Prueba por medios Ilícitos

162 Op. Cit.

163 Cfr. BARRIOS HERRERA, Guillermo. Consideraciones sobre el derecho a la intimidad y la prueba ilícita en el nuevo proceso penal.