

LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA  
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS EXCEPCIONES CONSAGRADAS EN LA LEY 906 DE  
2004

(THE EXCLUSION CLAUSE OF ILLEGAL EVIDENCE AND THE CONSTITUTIONALITY OF THE  
EXCEPTIONS ENCLOSED IN LAW 906 OF 2004)

Leonardo Andrés Londoño Vanegas<sup>1</sup>

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa Especialización en responsabilidad contractual y extracontractual del estado

---

<sup>1</sup> Leonardo Andrés Londoño Vanegas - Estudiante de especialización en responsabilidad contractual y extracontractual del estado. Egresado graduado en Derecho, profesional –Corporación Universitaria Remington, ORCID. Correo institucional Leonardo.londono.8896@miremington.edu.co

## La cláusula de exclusión de la prueba ilícita y la constitucionalidad de las excepciones consagradas en la ley 906 de 2004

**Resumen** ¿Son violatorias de las garantías fundamentales constitucionales, las excepciones que consagra el artículo 455 de la ley 906 de 2004 a la regla de la exclusión de la prueba vertida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política Colombiana y el artículo 23 de la Ley 906 de 2004?

### Palabras clave:

- **Garantía:** Una garantía es una promesa o promesa hecha por un fabricante o una entidad similar con respecto al estado de su producto
- **Constitución:** en términos simples, una Constitución es la norma fundamental de carácter estructural que permite organizar a un Estado, siendo la guía que orienta su gobernación.
- **Regla:** Aquello que ha de cumplirse por estar convenido en una colectividad.

### Abstract

Are the exceptions established in article 455 of law 906 of 2004 to the rule of exclusion of evidence contained in the final paragraph of article 29 of the Colombian Political Constitution and article 23 of the Law 906 of 2004?

### Key words:

- **Warranty:** A warranty is a promise or promise made by a manufacturer or similar entity regarding the condition of its product.
- **Constitution:** in simple terms, a Constitution is the fundamental structural norm that allows a State to be organized, being the guide that guides its governance.
- **Rule:** That which must be fulfilled because it is agreed upon in a community.

## Introducción

### EL CAMBIO DE SISTEMA PROCESAL Y LAS PRUEBAS

El Acto Legislativo No. 03 de diciembre 19 de 2002, al reformar varios artículos de la Constitución Colombiana (116, 250 y 251 de la Carta)<sup>2</sup> instituyó el sistema acusatorio en nuestro procedimiento penal regido, entre otros, por los principios de inmediación, concentración y oralidad en la práctica de las pruebas, dejando de lado el riguroso ritualismo que ha convertido el proceso penal actual –inquisitivo mixto con tendencia acusatoria- en una acumulación inoperante de cientos, cuando no, miles de folios donde reposa la expresión escrita de las “pruebas”.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado al Congreso de la República el 20 de julio de 2003, por la Comisión Constitucional Redactora<sup>3</sup>, a través de la Fiscalía General de la Nación, crea una revolución en la forma tradicional de ver la petición, el decreto y la práctica de pruebas, de nuestra tradición romano continental, pasando a una expresión cercana al sistema que desde hace varios siglos manejan los países de tradición anglosajona; Revolución que confirma la expedición de la Ley 906 de 2004, por la que se adopta el Código de Procedimiento Penal. En el nuevo esquema hablamos de dos fases diferenciadas en la recolección de “elementos materiales de prueba” o “actos de búsqueda de prueba”, sin que en esos momentos se considere que se están practicando “pruebas” ni aduciendo a un proceso. Esas fases son las denominadas: Indagación e Investigación y estarán a cargo de la Policía Judicial, con la asesoría jurídica del Fiscal asignado al caso 4.

Así las cosas, cuando una persona es presentada en la audiencia preliminar, como imputada por la comisión de un hecho que reviste características de delito, el Fiscal deberá demostrar y argumentar oralmente la legalidad de la obtención de los “elementos materiales de prueba” con los que pretende soportar la petición al Juez en función de Control de Garantías sobre la procedencia de medidas que impliquen restricción al Principio Rector de Libertad<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Nacida en el artículo 4° del Acto Legislativo 03 de 2002.

De igual manera, el abogado defensor tendrá la oportunidad de controvertir la legalidad y constitucionalidad de las pesquisas que permitieron el hallazgo de los elementos que se quieran hacer valer en contra de su cliente y presentar mociones de exclusión de “elementos materiales de prueba”.

## **LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUCIONAL DE PRUEBA – SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

Tomó a nuestra jurisprudencia constitucional 11 años, desde que se promulgó la Constitución de 1991, elaborar una teoría que admitiera la existencia de una “Regla Constitucional de Exclusión de Prueba”.

Nuestro sistema procesal penal se ha caracterizado por lo que los miembros de la Policía Judicial, los organismos de seguridad del estado y la Fuerza Pública en general, han dado en llamar “legalizaciones”. Es decir, nuestros Fis-Jueces<sup>6</sup> .Reciben, en muchos casos, diligencias plagadas de errores investigativos, arbitrariedades manifiestas en la recolección de elementos, ilegalidades protuberantes y violaciones al debido proceso y a renglón seguido, sin realizar un pronunciamiento al respecto, proceden a ordenar la vinculación procesal del retenido puesto a su disposición, olvidando la perentoriedad de lo prescrito por el último inciso del artículo 29 de la Constitución Política<sup>7</sup>.

En este estado jurisprudencial y doctrinal nos encontrábamos hasta el Acto Legislativo 03 de 2002, que en su desarrollo posterior llevó a la presentación del Proyecto de Ley 01 de 2004-Cámara, y este a su vez, en su artículo 23 consagra: “Cláusula de Exclusión.

<sup>4</sup> Proyecto de Ley 01 de 2003, Cámara, por el que se “expide el Código de Procedimiento Penal”. Artículo 194. Órganos. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo. (...) En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código. (...) Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados. Recogido textualmente en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004.

<sup>5</sup> Proyecto de Ley 01 de 2003, Cámara, por el que se “expide el Código de Procedimiento Penal”. Inciso 2 del Artículo 2° “...El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtiesen en irrazonable o desproporcionada...”Reproducido textualmente en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 906 de 2004

Así las cosas, nuestro nuevo ordenamiento se adhirió a la Teoría Absoluta de la “Regla Constitucional de Exclusión de Prueba”, defendida por los Magistrados ALFREDO BELTRÁN SIERRA, RODRIGO ESCOBAR GIL y JAIME ARAUJO RENTERÍA, pero adicionalmente, en diversos artículos del Proyecto de Ley y en la actual norma positiva (Ley 906 de 2004), se explicitaron las causales y motivaciones de la Regla de Exclusión, así como, la posibilidad de considerar para la declaratoria de nulidades derivadas de la prueba ilícita, entre otras, la “Teoría de los Frutos Curados”<sup>9</sup>.

Para mirar unos pocos ejemplos de la revolución que implica para nuestro ordenamiento jurídico el procesamiento de presuntos infractores de la Ley Penal y la indagación e investigación de la comisión de conductas delictivas, citaremos artículos del proyecto de ley de Procedimiento Penal en discusión: “...Artículo 232. Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación...” (Recogida en el artículo 232 de la Ley 906). Teniendo presente que la diligencia de allanamiento y registro es una actuación que, según el proyecto y la Ley, no requiere de “autorización judicial previa”<sup>10</sup>

“...Artículo 272. Rechazo. Ningún servidor público admitirá elemento material que no esté embalado en contenedores y con rótulos oficiales. Salvo que exista imposibilidad comprobada de que la fiscalía no ha podido suministrar los empaques como los rótulos de que trata el artículo 260, por razones de carácter presupuestal, geográfico, de orden público y otros similares, casos en los cuales se utilizarán los medios más idóneos y disponibles en el lugar que se requiera preservar el material probatorio. (...) En los casos señalados anteriormente el medio que reemplace el rótulo deberá cumplir con los requisitos que para este se encuentran establecidos en el artículo 260 de este Código...”.

<sup>6</sup> Usando el término que acuñó el profesor ALVARO VARGAS, para describir la entremezcla de funciones y atribuciones que tiene el Fiscal actual.

<sup>7</sup> Constitución Política de Colombia, “...Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso...”

<sup>9</sup> Artículo 455 de la Ley 906 de 2004. “NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

## Desarrollo del artículo

Conceptualizar los criterios de inmaculación de la prueba ilícita, provenientes del artículo 455 de la ley 906 de 2004, en relación con el efecto reflejo que genera en los elementos materiales probatorios inescindiblemente vinculados a ella, con el fin de determinar si éstas vulneran las garantías constitucionales fundamentales.

- Identificar la historia constitucional y legal de la institución Regla Constitucional de Exclusión de Prueba.
- Crear una línea jurisprudencial sobre las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.
- Caracterizar la figura de la exclusión de pruebas al interior del derecho comparado.
- Delimitar los denominados efectos reflejos de la prueba excluida.
- Clarificar las causales de inmaculación de prueba que establece el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y su aplicación en Colombia en el nuevo sistema procesal penal y bajo qué conceptualización.
- Determinar la viabilidad para la aplicación de otros criterios de excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita o ilegalmente allegada al proceso desarrolladas en el derecho comparado.
- Verificar el tratamiento dado a los criterios de inmaculación de la prueba ilícita en las ciudades de Bogotá y el eje Cafetero a partir del 1° de Enero de 2005.

## Propósito

Cualquier reforma al sistema procesal penal que se precie de serlo debe necesariamente transformar la política de valoración probatoria. No es posible hablar de una transformación del proceso penal si no es en relación con un cambio del anticuado sistema castellano de la sana crítica, por uno moderno afincado en la legalidad, licitud y constitucionalidad de la prueba aducida al proceso y de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información recaudadas en los actos de investigación. Se trata de aspectos totalmente paralelos, de dos caras de una misma moneda. Por lo tanto, cuando se plantea la existencia de una regla constitucional de exclusión probatoria, es decir, la facultad del Juez en función de Control de Garantías o de un Juez de Conocimiento Penal, de expulsar de la investigación o del proceso las pruebas nacidas de

actos irregulares, irrituales o inconstitucionales, es que debemos repensar la idea de la prueba penal, su formación y valoración.

1. Los criterios de inmaculación de la prueba ilícita vulneran la pléyade de garantías consagradas por la Constitución Política de Colombia como el debido proceso, la dignidad humana, la legalidad, entre otros.
2. Existe desconocimiento de los operadores judiciales sobre la conceptualización básica de los criterios de vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable que establece el artículo 455 de la ley 906 de 2004, de ahí que no haya una aplicación coherente y homogénea de los criterios de inmaculación de prueba establecidos en el artículo anteriormente mencionado.
3. No existe una teorización suficiente, a nivel nacional, para la aplicación de 11 los criterios de inmaculación de la prueba ilícita.

La investigación que se habrá de emprender será de tipo explorativa documental y evaluativa, puesto que tiene como finalidad contribuir a la transformación de la administración de justicia, que para el trabajo propuesto se trata de utilizar elementos de tipo cuantitativo (utilización de los criterios del art. 455 C. P. P. como un sistema de variables) y elementos de tipo cualitativo (comprensión de la realidad de acuerdo con sus antecedentes) para conocer la realidad como praxis (conocimiento, acción y valores).

Lo anterior para significar que se acudirá no sólo al rastreo bibliográfico, jurisprudencial y legal existente en el derecho nacional e internacional, sino también en la verificación de hipótesis planteadas, con el fin de hacer un análisis crítico del problema de investigación, para obtener como resultado un producto de tipo doctrinario que abarque de manera completa el tema; además del aporte de procesos coherentes de aprehensión para proyectar soluciones, que redunden en la solución unívoca planteada por las reglas establecidas en los art. 29 de la Constitución Política de Colombia, 23 y 455 del C. P. P.

<sup>10</sup> La que sólo puede ser dada por el Juez que cumpla la función de Control de Garantías

## Referencias

Sentencia C-217 de 1993. Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-449 de 1996. Corte Constitucional de Colombia . 12 Sentencia C-372 de 1997. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-159 de 2002 y su salvamento de Voto.

Corte Constitucional de Colombia Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, Silverthorne vs. United Status, 251 U.S. 385 (1920) y otras.

COLOMER, Joseph M. Instituciones Políticas. España: Ariel, 2001. p 13.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomos I y II. Medellín: Dike, 1987. Diario Oficial 45.040 del 20 de Diciembre de 2002, Acto Legislativo No. 03 del 19 de diciembre de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional.

Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979 (32 L.P.R.A Ap. IV), Adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 1979, remitidas a la Asamblea el 15 de febrero de 1979, según enmendadas, en vigor desde el 1 de octubre de 1979.

FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal. Bogotá D.C.: Leyer, 2005.