

UNA APROXIMACIÓN AL DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Luis Javier Moreno Ortiz

RESUMEN

El presente documento pretende dar cuenta de cinco providencias destacadas, proferidas por la Corte Constitucional durante la última década, en las cuales se fija la jurisprudencia constitucional en torno a la prueba ilícita, de la regla de la exclusión de la prueba y de las posibles excepciones a dicha regla. Todas las providencias se ocupan de analizar el manejo de la prueba en el proceso penal, desde la perspectiva teórica que brinda el control de constitucionalidad abstracto, que es propio de las sentencias tipo C, desde la perspectiva práctica que ofrece el control de constitucionalidad concreto, que es propio de las sentencias tipo T, y desde la perspectiva integral que corresponde a las sentencias tipo SU y a los autos por medio de los cuales se decide el incidente de nulidad de sentencias.

SUMARIO: *Introducción. § 1. El caso del miti miti o de la contaminación de la prueba. § 2. El caso del sistema penal acusatorio y su implementación o de la regla de la exclusión. § 3. El caso de los registros y allanamientos en procesos penales o de la posibilidad de establecer excepciones a la regla de la exclusión. § 4. El caso de los aportes despreciables a una campaña política o de la no afectación automática del proceso por la presencia de una prueba ilícita. § 5. El caso de la validez de la sentencia anterior o de la jurisprudencia constitucional consolidada sobre prueba ilícita. Conclusiones. Referencias jurisprudenciales.*

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia constitucional en Colombia es una fuente inagotable de recursos para emprender los más variados estudios. Las extensas y prolifas providencias de la Corte Constitucional son un referente ineludible, y a menudo fructífero, para revisar casi cualquier cuestión jurídica. Esto se debe a la constitucionalización del derecho y a las amplias oportunidades que tienen los ciudadanos, sea por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad, sea por la vía de la acción de tutela, de acceder al alto tribunal, para someter a su consideración sus principales inquietudes vitales.

Este documento es el resultado de un proceso de selección jurisprudencial, que pretende entresacar cinco de las principales providencias proferidas por la Corte Constitucional durante los últimos diez años en torno al tema de la validez de la prueba. El resultado de esta selección revela un interesante equilibrio, pues entre las cinco providencias dos corresponden a procesos de control de constitucionalidad abstracta, valga decir, son sentencias tipo C; una corresponde a procesos de control de constitucionalidad concreto, es decir, es una sentencia tipo T; las dos restantes corresponden a procesos de control de constitucionalidad especial, como es el caso de la sentencia tipo SU y del auto que resuelve un incidente de nulidad de sentencias.

El método elegido para este documento es analítico. El análisis central se dedica a las cinco providencias seleccionadas, a cada una de las cuales corresponde una sección. El análisis coyuntural u ocasional se aplica a las demás providencias que aparecen o surgen con ocasión del análisis central, y que aparecen relacionadas en la argumentación de la Corte Constitucional. Por remisión expresa de la Corte Constitucional se incluye también un grupo de tres providencias dictadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Cada providencia se analiza conforme a una estructura triple: problema planteado – análisis jurídico – solución.

Por tratarse de un estudio jurisprudencial, referido a un tribunal determinado: la Corte Constitucional, la mayor fuente empleada en este documento son las providencias de ese tribunal, las cuales pueden consultarse en su página web: www.corteconstitucional.gov.co

§ 1.

Una de las más destacadas decisiones de la Corte Constitucional sobre la contaminación de la prueba, está contenida en la Sentencia SU-159 de 2002. En esta providencia la Corte revisa dos decisiones de tutela relacionadas con un proceso penal iniciado contra un servidor público, cuya noticia criminal se obtiene a partir de una información periodística en la cual se transcribe una conversación telefónica interceptada por personas desconocidas, sin que existiera orden judicial previa.

De los cargos esgrimidos en la acción de tutela, reviste especial interés el tercero, que se califica como defecto fáctico y que, en palabras de la Corte, plantea el siguiente problema jurídico:

¿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?

La Corte resolverá el problema de manera negativa y, en consecuencia, confirmará la decisión del juez constitucional de segunda instancia, que había negado la acción de tutela. Para llegar a esta conclusión emprende un enjundioso y prolijo estudio, en el cual alude a su jurisprudencia sobre defecto fáctico, a la regla de exclusión y a la aplicación de esta regla respecto de las pruebas consideradas ilícitas.

En cuanto al defecto fáctico, que es una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte reitera lo dicho en las Sentencias T-231 de 1994 y T-567 de 1998, para precisar que éste se presenta cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”.

El defecto fáctico implica una importante limitación al amplio margen que tiene el juez para valorar el material probatorio, a fin de formar libremente su convicción y fundar su decisión, según las reglas de la sana crítica, como se dice en la Sentencia T-442 de 1994. La Corte recuerda que ese margen no es absoluto y que esa valoración no puede ser arbitraria, pues implica emplear unos criterios: i) *objetivos* y no meras suposiciones o prejuicios (Sentencia SU-1300 de 2001); ii) *racionales* y no caprichosos, que ponderen cada prueba en su magnitud (Sentencia T-442 de 1994); y iii) *rigurosos* y no ligeros o livianos, que sean idóneos para materializar la función de administrar justicia (Sentencia T-538 de 1994).

El defecto fáctico puede ocurrir por omisión o por acción.

Lo primero se presenta cuando el juez ignora la prueba u omite valorarla, lo que lo lleva a incurrir en un error de hecho, al dar por probado un hecho sin estarlo. Como se pone de presente en la Sentencia T-239 de 1996, el error de hecho conduce a una vía de hecho, es decir, a una “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”.

Lo segundo acontece cuando se valoran pruebas que no se han debido admitir o valorar, porque no se han obtenido con arreglo a la ley. Este supuesto es

el que corresponde a las pruebas ilícitas. En este punto la jurisprudencia constitucional es generosa, pues de la circunstancia de que en un proceso se detecte la existencia de una prueba ilícita, se siguen efectos limitados. En la Sentencia T-008 de 1998, se sostiene que “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”. Para llegar a esta calificación, es menester que la prueba ilícita sea la única que demuestre los hechos, de manera tal que sin ella habría de variar el juicio del fallador. En este presupuesto teórico se funda, a modo de *ratio decidendi*, la decisión en el caso en estudio.

Para que una acción de tutela que se concreta en el cargo de defecto fáctico pueda prosperar, a juicio de la Corte, en la Sentencia SU-159 de 2002, es menester que se vislumbre, de manera manifiesta, que la valoración probatoria del juez es arbitraria. Para que la valoración sea arbitraria se requiere, a su vez, que ésta obedezca a un error ostensible, flagrante, manifiesto y trascendente en la decisión.

En cuanto a la regla de exclusión, la Corte precisa en el plano teórico la regla constitucional sobre exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, como paso previo al análisis de la situación concreta. La regla tiene como punto de partida el artículo 29 de la Constitución Política, que en su inciso final establece la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La exclusión puede obedecer a que la prueba es inconstitucional, cuando se obtiene violando derechos fundamentales, o a que la prueba es ilícita, cuando se logra violando las garantías legales contenidas en el respectivo código de procedimiento, que en el caso penal están establecidas a favor del investigado, acusado o juzgado. La práctica de la prueba debe hacerse sin vulnerar derechos fundamentales y conforme a una serie de condiciones regladas en la ley. La nulidad se predica de la prueba en particular, pero no del proceso en general, como lo precisa la Corte en las Sentencias C-491 de 1995 y C-372 de 1997. La nulidad de la prueba puede afectar al proceso en la medida en que en éste no existan otras pruebas válidas y determinantes, con arreglo a las cuales sea posible dictar sentencia.

La posición mayoritaria en la Corte, en este caso, se aparta de manera expresa de la doctrina de la manzana podrida o contaminada en el cesto de frutas, según la cual el vicio de una prueba, por ser inconstitucional o ilícita, se extiende al resto de las pruebas, sin que sea relevante la relación

de estas últimas con la prueba cuestionada. A su juicio, el vicio de la prueba no se extiende de manera automática y necesaria al acervo probatorio y, por ende, al proceso.

En cuanto a la aplicación de la regla de exclusión, es menester advertir que ella opera de pleno derecho y cobija a cualquier tipo de prueba, siendo, como es, una regla general. Empero ello no implica que la regla se aplique de manera mecánica, sin ninguna consideración o razonamiento. Conforme al discurso de la Corte, para aplicar la regla de exclusión se debe tener en cuenta estas consideraciones: i) que no se trate de una irregularidad menor o inofensiva que no afecta el debido proceso; ii) que se examine el asunto a la luz del concepto sustancial del debido proceso, que va más allá de las reglas procesales o de las formalidades, para incluir la protección de los derechos fundamentales; y iii) que se tenga en cuenta la necesidad de un adecuado funcionamiento de la justicia, valga decir, que se evite la impunidad y los fallos arbitrarios. Si se reúnen los presupuestos establecidos el juez debe excluir del proceso, de manera expresa, la prueba viciada.

Pese a que la Constitución Política habla de nulidad de pleno derecho, la Corte matiza esta consecuencia, a partir de los antecedentes de la norma y de su finalidad, para sostener que “se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay 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 Corte, al constatar que la prueba ilícita, o para hablar con corrección: inconstitucional, fue excluida del proceso penal adelantado por la Fiscalía y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y que ninguna de las pruebas determinantes de sus decisiones se deriva de ésta o guarda con ella una relación de conexidad, concluye que no se presentan en el caso examinado irregularidades suficientes para convertir las decisiones controvertidas en la acción de tutela en vías de hecho.

La disidencia en la Corte, en su salvamento de voto, acoge sin reservas la doctrina que considera a la prueba ilícita como inadmisibles, pues no excluir este tipo de prueba del proceso es estimular y autorizar su consecución. De la mano de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, considera, también, que las pruebas obtenidas de manera lícita en el proceso, al tener su origen, como el proceso mismo, en una prueba ilícita, están viciadas y, por tanto, no pueden ser ni admitidas ni usadas por la justicia.

§ 2.

La transición del sistema híbrido de investigación y juzgamiento criminal, que tenía una clara estirpe inquisitiva, y en algunos casos inquisitorial, a un sistema acusatorio, que se verifica con una reforma constitucional: el Acto Legislativo 03 de 2002, y con un nuevo sistema legal, brinda una valiosa oportunidad a la Corte para ocuparse del tema de la prueba ilícita.

Una acción pública de inconstitucionalidad, ejercida por una ciudadana en contra de la Ley 906 de 2004, mejor conocida como Código de Procedimiento Penal, le permite a la Corte proferir la Sentencia C-591 de 2005. En esta providencia, entre otros muchos asuntos, la Corte se ocupa de las pruebas anticipadas y de las pruebas ilícitas.

Respecto de las pruebas anticipadas la actora aduce que éstas vulneran el principio de inmediación de la prueba, que caracteriza el sistema penal acusatorio. La Corte considera que, en circunstancias excepcionales, esa vulneración no ocurre. Ello se debe, entre otras razones, al principio de la conservación de la prueba y a que las pruebas anticipadas pueden ser sometidas a contradicción por los interesados en el proceso, e incluso, de considerarse necesario y posible, el juez puede ordenar la repetición de dicha prueba en el juicio oral.

Respecto de las pruebas ilícitas, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

Le corresponde a la Corte determinar si las disposiciones acusadas ordenan darle valor probatorio a pruebas obtenidas con violación al debido proceso en flagrante contradicción con el artículo 29 constitucional.

Para resolver este problema la Corte integra la unidad normativa, examina los antecedentes legislativos de la norma demandada, analiza la regla de exclusión en el sistema penal acusatorio y determina si la cláusula de exclusión en casos de prueba ilícita o en casos de registros y allanamientos se ajusta o no a la Carta Política.

En cuanto a la unidad normativa, la Corte recuerda lo dicho en la Sentencia C-329 de 2003, para precisar que en este caso las normas acusadas están íntimamente ligadas con otros contenidos jurídicos que, por esta circunstancia, también deben ser estudiados en el caso. Por ello, a los artículos demandados, que son el 232 y el 455, se agregan los artículos 23 y 457 del mismo Código.

En cuanto al examen de los antecedentes legislativos, la Corte recuerda lo contenido en el proyecto presentado por la Fiscalía y lo discutido por las Cámaras en sus correspondientes informes de ponencia.

En cuanto al análisis de la regla de exclusión, la Corte destaca la aparición de la figura del juez de control de garantías y el reemplazo del principio de permanencia de la prueba por los principios de concentración e inmediación de la prueba, que se practica en un juicio oral y público. Se reitera en lo relevante lo dicho en la Sentencia SU-159 de 2002, y se agrega que una inteligencia armónica entre el artículo 29 de la Carta Política y las normas del procedimiento penal, conduce a que “la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”.

En cuanto a determinar si la cláusula de exclusión se ajusta o no a la Carta Política, la Corte trae a cuento el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, que establece la cláusula general de exclusión, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

La actora cuestiona la expresión “directa y exclusivamente”, contenida en el artículo 232 del Código. La Corte considera que esta norma no puede mirarse de manera aislada, sino que debe situarse en un contexto, en el cual es relevante el mencionado artículo 23, pues si la orden de registro o allanamiento está viciada por carecer de los requisitos esenciales previstos por la ley, tanto la diligencia como los elementos materiales probatorios y la evidencia física que dependen de manera directa y exclusiva del registro carecerán de valor, deberán ser excluidos de la actuación y sólo podrán usarse para fines de impugnación.

La anterior interpretación del artículo 232, conduce a la Corte a considerar que la expresión demandada es inconstitucional, por dos razones. La primera es que la orden de registro y allanamiento sólo puede expedirse para obtener elementos probatorios y evidencia física o realizar la captura del procesado, cuando existan motivos razonablemente fundados, pues no se trata de un procedimiento indiscriminado o caprichoso. La segunda es

que si la orden de registro y allanamiento está viciada por carecer de los elementos que la ley exige, tanto la diligencia como todos los elementos probatorios y evidencia física que se encuentren y que sean obtenidos en ella quedan contaminados, carecen de validez y deben ser excluidos de la actuación.

La anterior exclusión es absoluta respecto del proceso en el cual se dicta la orden, pero relativa respecto a otros eventuales procesos, pues la Corte advierte que si en la diligencia inválida se encuentran otros elementos, no vinculados con el proceso, pero que ameriten una investigación penal, el funcionario tiene el deber de ponerlos a disposición de la autoridad competente, para que se tengan como evidencia material, pero no como prueba material.

Ante el problema de una prueba derivada de otra, que es ilícita, la Corte señala que el artículo 455 del Código establece los criterios para hacer el análisis correspondiente. Entre ellos se encuentran el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. Estos criterios, prosigue la Corte, deben ser examinados a la luz de la sana crítica y de las reglas de la experiencia, para establecer si existe o no entre las pruebas un nexo causal.

Si el vínculo es atenuado, valga decir, tenue, la Corte, siguiendo lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939), considera que la prueba derivada es admisible en razón del principio de la buena fe.

Si la fuente es independiente, es decir, si la evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilícita, la Corte acoge lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920), para sostener que en este evento no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.

Si el descubrimiento es inevitable, verbigracia, si la prueba derivada hubiese sido de todas formas obtenida por un medio lícito, la Corte acepta lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984), para considerarla admisible.

En el caso de pruebas obtenidas con violación de los derechos humanos, valga decir, si se ubica en el supuesto de la prueba inconstitucional, la Corte considera que esta circunstancia, con independencia de si la prueba es trascendental o necesaria, el sólo hecho de que haya sido obtenida con tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, o con la comisión

de cualquier otro crimen de lesa humanidad, transmite al proceso un vicio insubsanable que genera su nulidad.

§ 3.

El cambio al sistema penal acusatorio es muy traumático. Uno de los campos en los cuales es más visible el traumatismo es el del derecho constitucional, pues los ciudadanos acometen una y otra vez, valiéndose de la acción pública de inconstitucionalidad, con sus demandas, en contra de diversas normas de la nueva legislación criminal. Uno de los temas recurrentes, del cual se da cuenta en la sección anterior, es el de los elementos materiales y de las evidencias que se obtienen en los registros y allanamientos. De esta materia, entre otras, se ocupa la Corte en la Sentencia C-210 de 2007, como pasa a verse.

Uno de los principales hitos dentro del proceso penal es la audiencia en la cual el fiscal formula la imputación. Al estar obligado el fiscal a fundarse en medios de prueba a partir de los cuales se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, la licitud de los materiales probatorios se convierte en un asunto crucial para la suerte del proceso penal. Sobre el particular, en la sentencia en comento, la Corte plantea el siguiente problema jurídico:

Con base en lo anterior, corresponde a la Corte resolver si es constitucionalmente válido admitir la eficacia, sólo para fines de impugnación, de elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada en diligencias de registros y allanamientos declarados inválidos por el juez de control de garantías.

Para resolver el problema planteado, la Corte comienza por aclarar que en la Sentencia C-591 de 2005, estudiada en la sección anterior, se limitó a analizar una expresión diferente a la que ahora se demanda como inconstitucional. En este caso se trata de examinar la posibilidad que brinda la Ley 906 de 2004, en su artículo 232, de utilizar sólo para fines de impugnación, aquellos materiales probatorios y evidencia física que dependan de un registro o allanamiento que se encuentren viciados y que, al aplicar la cláusula de exclusión, deben ser retirados del proceso para cualquier otro propósito.

El referido artículo, junto a los artículos 23, 360 y 455 de la ley, constituyen a juicio de la Corte “el conjunto de reglas jurídicas que soportan legalmente el deber jurídico de exclusión de la prueba ilícita”. La regla de exclusión implica que los medios de prueba obtenidos de manera ilícita deben ser expulsados de la actuación procesal, de ahí que la Corte afirme sin ambages:

En tal virtud, aparece claro que una vez evaluada por el juez la ilicitud o ilegalidad de la prueba, la Constitución señaló un efecto jurídico claro para aquella que ha sido obtenida con violación del debido proceso: su invalidez y, en consecuencia, su inmediata exclusión de la investigación o del proceso penal, pues se trata de suprimir las actuaciones que nunca nacieron a la vida jurídica y restablecer las cosas al estado anterior a la violación de la Constitución. Así, la prueba ilícita no produce ningún efecto jurídico y menos puede demostrar hechos relevantes en el proceso debido penal.

En ese contexto, el establecer una excepción a la regla de la exclusión, así sea sólo para fines de impugnación, es un asunto muy delicado, porque equivale a abrir caja que bien puede ser la de Pandora. En el sistema penal acusatorio, el ordenar el registro y allanamiento, corresponde a una potestad reglada, excepcional y restringida, pues esta medida puede afectar varios derechos fundamentales de las personas involucradas, al punto de que es necesario crear un garante especial de esos derechos, como es el juez de control de garantías. Este juez, además de penal o criminal, es un juez constitucional, en la medida en que:

el control de legalidad y constitucionalidad respecto del recaudo de los elementos materiales probatorios y de evidencia física, no sólo tiene como objetivo impulsar la investigación penal sino excluir aquellos que vulneren las reglas previstas en el ordenamiento jurídico; de ahí que la exclusión de la prueba, evidencia o elemento probatorio ilícito recaudado en la diligencia de registro y allanamiento inválida puede ejercerse desde el mismo momento en que se recolecta o con posterioridad a ello. De hecho, en anterior oportunidad, la Corte dijo que “la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física”¹. Así las cosas, es fácil concluir que si el objetivo del control judicial posterior de las diligencias de allanamiento y registro es la exclusión de los materiales probatorios y evidencia física recaudada en forma irregular, para evitar que se tenga en cuenta en la investigación o en el proceso penal, resultaría un contrasentido desconocer la decisión judicial y autorizar la producción de efectos jurídicos de la prueba ilícita, por lo que es contrario al Acto Legislativo número 2 de 2003 que se mantengan las evidencias o elementos probatorios ilícitos para algunos efectos. Dicho en otros términos, de nada serviría el control de garantías si no puede sustraerse de la investigación o del proceso penal una evidencia o una prueba que tiene un origen ilegal o inconstitucional, con mayor razón si su utilización está autorizada en una etapa procesal definitiva: la segunda instancia.

¹ Sentencia C-591 de 2005.

La Corte Constitucional se resiste a abrir la puerta a la prueba ilícita y a aceptar excepciones a la regla de exclusión, así sea para un caso excepcionalísimo. Encuentra, con razón, que es un contrasentido sostener que una prueba se excluye por ser ilícita, pero que al mismo tiempo se puede emplear en una actuación concreta, pues ello equivaldría a reconocer que esa prueba puede generar consecuencias válidas para la investigación o el proceso penal. Por ello, declara la inconstitucionalidad de la norma que establece la excepción a la regla de la exclusión y dispone, en consecuencia, que los medios de prueba obtenidos de manera ilícita no pueden ser empleados, en ningún caso, en el proceso penal. La Corte advierte que actuar de otra manera puede contaminar tanto el proceso penal como el proceso volitivo del juez.

A pesar de lo anterior, la Corte mantiene el matiz advertido en la sección anterior, en el sentido de que si bien no es posible valorar evidencias o materiales probatorios obtenidos en registros o allanamientos ilegales, esto no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de dichos elementos, encontrados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos.

§ 4.

Sí, el caso del miti miti, estudiado en la primera sección de este escrito, pone a descubierto el malhadado y descortés hábito de escuchar las conversaciones ajenas, con el agravante pérfido de grabar dichas conversaciones en archivos de audio, sin que medie una orden judicial. El caso del cual se ocupa la Corte, en la Sentencia T-233 de 2007, revela un avance significativo en nuestras malas costumbres, pues involucra un video obtenido en circunstancias mucho peores que las que rodean la grabación de audio aludida, pues ni siquiera se respeta la espontaneidad de los protagonistas del drama, que no echa de menos ningún ingrediente trágico.

En esta sentencia la Corte revisa una decisión proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en una acción de tutela promovida por un ciudadano en contra de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y de una sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El caso que da lugar a la tutela, podría resumirse así: un servidor público de elección popular, acude movido por presiones a una cita con un grupo armado al margen de la ley, poco antes de las elecciones en las que resultará ganador; en la reunión se le informa que el grupo quiere aportar a su campaña y se le hace entrega de dinero; mientras esto ocurre uno de los

miembros del grupo registra en video la entrega; terminada la reunión el servidor afirma que el dinero no le fue entregado y que todo fue una trampa. El problema jurídico planteado por la Corte se centra en la cuestión del defecto fáctico, es decir, sobre el papel que tiene en la investigación y en la decisión penal el referido video, que se considera por tirios y troyanos como una prueba ilícita.

Para poder responder el problema planteado, la Corte debe revisar la actuación surtida en la Fiscalía General de la Nación y en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para no alargar en demasía este documento, enseguida se da cuenta del discurrir de la Sala Penal en la providencia impugnada en la tutela.

La Sala Penal de la Corte Suprema no es ajena al desafío que plantea la prueba de video. De hecho este es el primer punto al cual dedica su análisis. Sostiene la Sala que la prueba aportada con violación del debido proceso o de los derechos fundamentales no tiene eficacia jurídica. Agrega que su jurisprudencia reiterada ha sido la de que una grabación sin orden judicial previa es ilegítima cuando quien la hace es un tercero, valga decir, una persona que graba sin que las personas que intervienen en el video hayan dado su consentimiento.

En este caso la Sala refiere que la grabación en video fue aportada por la persona que hizo la denuncia, con conocimiento del procesado, “sin que hubiera formulado reparo judicial luego de ser enterado sobre las consecuencias de ponerla en conocimiento de la opinión pública”. Para respaldar lo anterior, agrega la Sala que en la diligencia de indagatoria, al preguntar el fiscal al procesado “si en la reproducción del video identificaba la reunión a la que se venía refiriendo”, éste contestó: “esa es la reunión señor fiscal”. Esta carencia de inconformidad, lleva a la Sala a considerar que la grabación debe tenerse como auténtica y lícita.

Además de lo dicho, la Sala pone de presente que los hechos de los que da cuenta el video aparecen demostrados, también, por múltiples testimonios practicados en el proceso, y son aceptados por el propio procesado.

Según el afortunado resumen que hace la Corte Constitucional,

La Sala recapitula diciendo que está probada la reunión, la entrega del dinero y el conocimiento inmediato de la existencia del video por parte del acusado, y que una celada en las condiciones anotadas por el ex gobernador

no resulta creíble, dado el conocimiento que de la zona y las condiciones de seguridad de la región debía tener X, a lo que se suma la falta de denuncia del hecho. Si el doctor X hubiera asistido desprevénidamente a la reunión –agrega la Corte-, ante la cuantiosa suma entregada por lo menos habría preguntado el nombre y “ubicación de sus generosos oferentes, para agradecerles la ayuda económica a su proyecto político”, pues en materia electoral las cosas son diferentes a como se ven en el comercio, pero no por ello dejan de existir reglas para la recepción de donaciones, todavía más en una región con tantos problemas de orden público.

“Para la Sala es evidente –dice- que el doctor X acudió a la cita conociendo la identidad de sus gestores y de su vinculación con grupos armados ilegales, por lo que al aceptar y recibir el aporte económico incurrió en la conducta punible de enriquecimiento ilícito de particulares, como actuó con conocimiento y voluntad de ese hecho su comportamiento es doloso”.

En cuanto a la valoración de la prueba, que también se censura en la tutela, la Corte considera, luego de consultar las Sentencias T-231 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997 y T-267 de 2000, que el cargo de defecto fáctico, por esta causa, sólo puede conducir a revocar la decisión atacada cuando dicha valoración es arbitraria y abusiva, “esto es, cuando el funcionario judicial i) simplemente deja de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; ii) cuando excluye sin razones justificadas una prueba de la misma relevancia, o cuando iii) la valoración del elemento probatorio decididamente se sale de los cauces racionales”.

Al aplicar los anteriores criterios a la conducta de la Fiscalía General de la Nación y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, encuentra la Corte que la valoración probatoria no es ni arbitraria ni abusiva y que, si bien puede discreparse de ella, esta discrepancia no puede menoscabar el principio de autonomía judicial.

Uno de los puntos de discrepancia que, merced a la existencia de otros medios de prueba que demuestran los hechos relevantes del proceso, no tiene mayor trascendencia, es la calificación que le merece a la Corte el mencionado video.

El discurso de la Corte sobre la ilicitud del video, comienza por recordar la legislación vigente en la época del juicio penal y su propia jurisprudencia. En cuanto a lo primero, precisa la Corte que el proceso se tramitó con arreglo al anterior Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 600 de 2000, y no con sujeción al nuevo Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 906 de 2004. En cuanto a lo segundo, la Corte trae a cuento lo dicho en las Sentencias T-442 de 1994, C-372 de 1997, SU-159

de 2002 y T-212 de 2006, para sostener que: i) la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso no implica necesariamente la nulidad del proceso que la contiene, y ii) sólo existe defecto fáctico susceptible de ser revocado por vía de tutela, cuando la prueba que no puede valorarse, por ser ilegal, es fundamental para el raciocinio de la decisión judicial.

Con las anteriores precauciones, el establecer si el video es o no una prueba ilícita para a ser un asunto menor. El elemento central en el análisis de la Corte es que la grabación del video fue subrepticia, es decir, que se hizo a escondidas, por lo cual fue obtenida sin consentimiento previo del procesado, que ni siquiera sabía que estaba siendo grabado, y sólo se entera de esa circunstancia posteriormente. Este detalle es importante para estudiar la posible vulneración del derecho a la intimidad, dentro de cuyo contenido se encuentra, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, el derecho a la proyección de la propia imagen y la reserva de espacios privados, incluso en lugares diferentes del domicilio del individuo, en los cuales éste desarrolla actividades que sólo conciernen a sus intereses. De ahí que la Corte se vea obligada a concluir que:

En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto.

Al haberse obtenido la grabación de video a partir de la violación del derecho a la intimidad del procesado, a la Corte no le queda duda alguna de que se trata de una prueba ilícita, o en rigor, inconstitucional, que debe ser excluida del proceso, aunque, como se ha dicho, esta exclusión no tiene incidencia suficiente para modificar el resultado de dicho proceso.

§ 5.

Una de las facetas más interesantes del control constitucional en Colombia, es la posibilidad de promover incidentes de nulidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional. En lo que importa para este documento, es posible promover este incidente respecto de sentencias en las cuales la Corte ejerce el control de constitucionalidad concreto, valga decir, el control que

se ejerce al seleccionar y revisar las decisiones emitidas por jueces que ejercen jurisdicción constitucional en procesos generados por el ejercicio de la acción de tutela.

Si bien son muy pocos los casos en los cuales el incidente logra su cometido, se trata de una actuación en extremo importante y destacada, pues por medio de ella el ciudadano tiene a su alcance la oportunidad de cuestionar las decisiones de la Corte Constitucional.

Pese a su importancia, el incidente se decide por auto. En este tipo de auto suele condensarse la jurisprudencia de la Corte, por lo que su estudio es de mucho provecho. Por medio del Auto 227 de 2007, la Sala Plena de la Corte Constitucional se ocupa de estudiar y de resolver un incidente de nulidad, promovido en contra de la Sentencia T-233 de 2007, proferida por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. En esta sentencia de tutela, la Corte había considerado que la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, en la cual condenó a una persona por el delito de enriquecimiento ilícito a favor de particulares, no adolece de defecto fáctico, no incurre en vía de hecho y, por tanto, no vulnera ningún derecho fundamental.

El promotor del incidente aduce que la sentencia de tutela debe ser declarada nula, por cuanto en ella la Sala de Revisión de la Corte modificó la jurisprudencia de la Corporación sobre la exclusión de la prueba ilícita, sin justificar de manera adecuada y suficiente el cambio y, además, el fallo se produjo sin la intervención en el debate de uno de los Magistrados que integran la Sala.

La sentencia de tutela cuya validez se impugna en el incidente, se ocupaba de un caso complejo, que aparece descrito con detalle en la sección anterior. Para precisar el alcance de la sentencia impugnada, la Corte hace la siguiente síntesis:

La Sentencia cuya nulidad se solicita consideró entonces que las acusaciones fundamentales de la tutela consistían en que las providencias acusadas: i) incurren en un defecto procedimental, al haber admitido una prueba ilícita; ii) incurren en un defecto fáctico, porque se apoyan en material probatorio ilegal o porque valoran parcialmente el material probatorio, iii) incurren en violación directa de la Constitución, al admitir una prueba violatoria de un derecho fundamental; eventualmente, iv) porque incurren en error inducido, de llegar a comprobarse que la justicia fue engañada por el sujeto que aportó el video al proceso, y finalmente, v) por falta de motivación, pues la decisión se apoya en consideraciones retóricas y no en un análisis de los hechos de la demanda.

La Sala de Revisión de la Corte, luego de un escrupuloso y prolijo recuento de la jurisprudencia de la Corporación, en el cual trae a cuento, entre otras, las Sentencias C-372 de 1997, SU-159 de 2002, T-008 de 1998, T-233 de 2007, toma la decisión que se detalla en la sección anterior.

La Sala Plena de la Corte, antes de estudiar de fondo el incidente, repasa las causales de procedencia de la solicitud de nulidad de sentencias proferidas por ella. Para tal propósito trae a cuento el Auto 223 de 2006, y destaca que: i) se trata de un incidente especial y excepcional, que sólo procede cuando se demuestra de manera indudable y cierta que las reglas procesales aplicables han sido quebrantadas con notoria y flagrante vulneración del debido proceso, y siempre y cuando esta vulneración sea significativa y trascendental en la decisión; ii) debe cumplirse con unos presupuestos formales de procedencia, como el de presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo y el de, si se trata de situaciones acaecidas con anterioridad a la sentencia, solicitarse antes de que ésta se emita; iii) debe cumplirse con unos presupuestos materiales de procedencia, como el de demostrar con argumentos serios y coherentes la vulneración del debido proceso, el de no utilizar el incidente para reabrir el debate probatorio hecho en la sentencia, el de mostrar que la afectación al debido proceso es ostensible, probada, significativa y trascendental, el de que se deja de analizar, de manera arbitraria, asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales en la decisión.

Antes de estudiar si la sentencia de tutela desconoce la jurisprudencia constitucional en materia de prueba ilícita y de nulidad del proceso judicial, la Sala Plena advierte que la impugnación no se refiere a esta materia, sino al caso concreto. Pese a ello, la Sala emprende el mencionado estudio. Al determinar el alcance de la cuestión, con buen tino, la Sala considera que no existe disputa en cuanto a la necesidad de excluir del proceso la prueba que se obtiene de manera inconstitucional o ilícita, como de hecho se hace en la sentencia impugnada, sino que el conflicto se centra en que esa inconstitucionalidad o ilicitud de la prueba no afecte la validez de las otras pruebas y, en último término, del proceso. La cuestión central del caso es, pues, la regla de la exclusión.

Para reconstruir su jurisprudencia, la Sala Plena trae a cuento varias decisiones, en el siguiente orden:

i) Sentencia C-372 de 1997, en la cual sostuvo que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Carta, “es la de la prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí”.

ii) Sentencia T-008 de 1998, según la cual, “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”, pues “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”.

iii) Sentencia SU-159 de 2002, en la que se reitera 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”.

iv) Sentencia T-212 de 2006, conforme a la cual, “a pesar de que una prueba judicial sea inconstitucional o ilegal, lo cual se traduce en la imposibilidad de reconocerle mérito probatorio, ello no implica –por sí mismo– que proceda forzosamente la acción de tutela por defecto fáctico contra dicha decisión, pues para el efecto se requiere que no existan otros elementos de convicción que permitan preservar la vigencia judicial del fallo cuestionado”.

v) Sentencia T-233 de 2007, que es la enjuiciada, en la que se sostiene que “sólo incurre en error fáctico susceptible de ser revocado por vía de tutela cuando la prueba que no puede valorarse, por ser ilegal o inconstitucional, es fundamental para el raciocinio de la decisión judicial, esto es, que haya servido como pieza fundamental para formar el convencimiento del juez”.

En vista de lo anterior, no sorprende que la Sala Plena concluya que:

En estas condiciones, la Sala no observa que la Sentencia T-233 de 2007 haya incurrido en contradicción doctrinaria respecto del contenido de la jurisprudencia en la materia. Ciertamente, la jurisprudencia anterior, el demandante y la propia sentencia afirman lo mismo, coinciden en sostener que la prueba ilícita debe ser desechada y que el proceso puede quedar vigente si aquella no es crucial para la decisión final y el juez arma su convencimiento con otros elementos probatorios.

La Sala Plena no se queda en la simple verificación de su jurisprudencia, sino que aprovecha la ocasión para reiterar, una vez más, la independencia que existe entre la validez de la prueba y la validez del proceso en el que se

aduce, para lo cual se vale de los argumentos de los que se ha dado cuenta en las secciones anteriores, los cuales, por tal motivo, parece inoficioso repetir aquí.

CONCLUSIONES

1. En la prolija y extensa argumentación de la Corte Constitucional, contenida en las providencias seleccionadas en este documento, se aprecia sin mayor dificultad una clara línea jurisprudencial, plena de matices, que es fruto de una doble experiencia: de una parte la labor teórica de los procesos abstractos y, de otra, el ejercicio práctico de los procesos en los que se cuenta con material probatorio. La simbiosis misional de la Corte produce interesantes resultados en su jurisprudencia.

2. La mala costumbre de escuchar conversaciones ajenas, y la peor costumbre de grabarlas, originan el caso que se estudia en la Sentencia SU-159 de 2002. Este caso brinda a la Corte Constitucional la oportunidad de ocuparse *in extenso* del tema capital de la prueba ilícita, que debe excluirse siempre del proceso, y de sus dos temas derivados: la regla de la exclusión y la aplicación de esta regla.

3. Al resolver el caso sobre la grabación de audio ilícita, la jurisprudencia marca una pauta que seguirá de cerca de ahí en adelante: la prueba ilícita debe retirarse del proceso, pero la ilicitud de la prueba no conlleva, de manera necesaria, la ilicitud de las demás pruebas o del proceso y, si el acervo restante es suficiente, tampoco afecta la validez de la decisión.

4. En el segundo caso, relativo a un proceso de constitucionalidad del código que rige los procedimientos penales, la Corte precisa el alcance de la cláusula de exclusión, para señalar que ésta puede tener excepciones, conforme lo reconoce en sendos casos la Suprema Corte de los Estados Unidos. Estos casos son tres: cuando el vínculo entre la prueba ilícita y la prueba derivada es tenue o atenuado, cuando la fuente de ambas pruebas es independiente y si el descubrimiento de la prueba es inevitable.

5. En el tercer caso, en el cual profundiza el análisis sobre el procedimiento penal, la Corte deja en claro que las evidencias físicas y medios probatorios recaudados en diligencias de registro y allanamiento ilícitas, son también ilícitas y, por lo tanto, no es posible reconocerles valor para ningún efecto.

6. Las malas costumbres se mantienen y progresan, como lo revela el cuarto caso, en el cual una persona filma en video, de manera subrepticia,

lo que pasa en una reunión. De manera muy semejante a como ocurre con el archivo de audio, la Corte considera que el video es una prueba ilícita, por lo que debe excluirse del proceso, pero dada la existencia de otras pruebas, esta exclusión no afecta el resultado del proceso.

7. La impugnación de sentencia que resuelve el cuarto caso, por medio de un incidente de nulidad de sentencias, le permite a la Corte elaborar una línea jurisprudencial sobre la prueba ilícita y sobre la regla de exclusión, para confirmar lo que se dice en la conclusión.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Providencias de la Corte Constitucional colombiana:

Autos:

- Auto 223 de 2006.
- Auto 227 de 2007.
- Sentencias:
 - Sentencia T-231 de 1994.
 - Sentencia T-442 de 1994.
 - Sentencia T-538 de 1994.
 - Sentencia C-491 de 1995.
 - Sentencia T-239 de 1996.
 - Sentencia T-329 de 1996.
 - Sentencia C-372 de 1997.
 - Sentencia SU-477 de 1997.
 - Sentencia T-008 de 1998.
 - Sentencia T-567 de 1998.
 - Sentencia T-267 de 2000.
 - Sentencia SU-1300 de 2001.
 - Sentencia SU-159 de 2002.
 - Sentencia C-329 de 2003.
 - Sentencia C-591 de 2005.
 - Sentencia T-212 de 2006.
 - Sentencia C-210 de 2007.
 - Sentencia T-233 de 2007.

Providencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos:

Casos:

- Caso *Nardote vs. United States*, 308, U.S. 338 (1939).
- Caso *Nix vs. Williams*, 467, U.S. 431 (1984).
- Caso *Silverthorne*, 251, U.S. 385 (1920).

