

Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti - miti*

The Effects of Illegal Evidence in Colombia: “Miti – Miti Case”

*Karina Cecilia Ibarra Suárez***

Citar este artículo como: Ibarra, K. (2017). Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti - miti. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 127-141.

Resumen

El presente artículo contiene un estudio acerca de la prueba ilícita, partiendo del recuento de diversas teorías que se han manejado en el mundo a través de la historia, para centrarse en el manejo que se ha dado al tema de la prueba ilícita en Colombia, como Estado Social de Derecho, garante de derechos fundamentales de significativa importancia como el debido proceso. Se analiza y reflexiona acerca de un caso de trascendencia nacional como fue el denominado “miti- miti” generado por la interceptación de una comunicación telefónica entre dos ex ministros, quienes pretendían adjudicar unas radiofrecuencias sonoras sin el cumplimiento de la normatividad vigente para dicho proceso, facilitando abordar con claridad lo relacionado con la exclusión de la prueba ilícita cuando se vulneren derechos fundamentales, así mismo la existencia de algunas excepciones a la hora de aplicar la regla de exclusión, haciendo énfasis en la Sentencia SU 159 de 2000 M.P: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Palabras clave: Prueba ilícita, reglas de exclusión, debido proceso, derecho a la intimidad, interceptación de comunicaciones.

Abstract

This article contains a study on the illicit test or proof, starting from the count of diverse theories that have been handled in the world through the history, to focus on the handling that has given to the subject of the illicit test in Colombia, as a Social State of Law, guarantor of fundamental rights

Fecha de Recepción: 5 de abril de 2017 Fecha de Aprobación: 7 de junio de 2017

* Este artículo fue desarrollado en el proceso de formación como Magister en la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Alta Gerencia Universidad Mariana. Especialista en Instituciones Jurídico-Penales Universidad Nacional. Especialización en Derecho Probatorio Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: karina-ibarra-suarez@hotmail.com

Reception Date: April 5, 2017. Approval Date: June 7, 2017.

* This article was developed in the process of training as a Magister in the Masters in Law of Universidad Sergio Arboleda.

** Lawyer of Universidad Cooperativa de Colombia. Specialist in High Management University Mariana. Specialist in Criminal Legal Institutions at Universidad Nacional de Colombia. Specialization in Probationary Law at Universidad Sergio Arboleda. Electronic mail: karina-ibarra-suarez@hotmail.com

of significant importance as due process. It analyzes and reflects on a case of national significance such as the so-called “miti-miti” generated by the interception of a telephone communication between two former ministers, who intended to award sound radio frequencies without complying with the current regulations for said process, facilitating a clear approach to the exclusion of illicit evidence when fundamental rights are violated, as well as the existence of some exceptions when applying the exclusion rule, emphasizing Judgment SU 159 of 2000 Judge Manuel José Cepeda Espinosa.

Keywords: Illegal evidence, rules of exclusion, due process, right to privacy, interception of communications.

Introducción

La incorporación de un catálogo de derechos y garantías de estricta observancia en Colombia se plasma en la Constitución de 1991, que por su rango adquieren fuerza vinculante con aplicación en todas las áreas del derecho. En ese orden de ideas, el nuevo derecho, en la gran mayoría de naciones del mundo, adquiere como característica principal la constitucionalización del derecho ordinario extensivo a sus procedimientos, es decir, que la estructura de sus sistemas jurídicos debe basarse en la Constitución que los rige, con fundamento en sus parámetros constitucionales, tendientes a humanizar el derecho. Bajo estas premisas, resulta claro concluir que la validez de los sistemas jurídicos como de sus aplicaciones, depende irrestrictamente a su conformidad con la Constitución, en armonía con los derechos humanos y demás garantías inherentes al ser humano, que a todas luces determinan y ponen límites al poder punitivo del Estado (Parra Quijano, 1998).

Montañés Pardo (1999) citado por (Rodríguez Choconta, 2014, p. 24) pone de presente que la cuestión acerca de la ilicitud probatoria es tanto desde el punto de vista teórico como práctico, una de las cuestiones más importantes y debatidas del proceso penal en la actualidad (...). Determinar en qué consiste la ilicitud probatoria, la extensión de sus efectos de la prueba obtenida con violación de derechos

fundamentales y el valor probatorio de las pruebas derivadas de las de procedencia ilícita, son cuestiones básicas y esenciales en la actividad probatoria en el proceso penal.

Así, el ejercicio del derecho en Colombia, fundado en el quehacer probatorio, involucra en todos los casos derechos fundamentales que se sobreentienden inquebrantables por mandato constitucional, demarcando dicho ejercicio con el respeto de garantías y derechos fundamentales. No obstante, se han afrontado diversas problemáticas y controversias, respecto a la forma o medios de obtención probatoria, que afectan estos derechos y garantías fundamentales, circunstancias que una vez demostradas, inciden en las decisiones judiciales, en favor de los afectados. No obstante, pese a existir expresa prohibición constitucional y legal a obtener pruebas que vayan en detrimento de garantías fundamentales de los ciudadanos, valdría preguntarse si pese a ello, resultan admisibles, cuando el interés general, la seguridad e institucionalidad del país así lo requieran.

Los interrogantes serían ¿podrían ser procedentes ciertas excepciones a este respecto? O ¿rechazarse de plano y carecer de total validez para los operadores de justicia?

Motivada en responderlos, se desarrolla el presente artículo, partiendo del análisis de lo concerniente a la prueba ilícita, realizando una extracción del derecho comparado frente al

manejo de la misma, para luego entrar a dilucidar las excepciones a la regla de exclusión, para concluir con el análisis de un caso de trascendencia nacional como es el denominado “miti – miti” escenario propicio para ejemplificar el tema de prueba ilícita, resultado de la publicación por los distintos medios, de una conversación telefónica relacionada con la adjudicación de unas radiofrecuencias, proceso que se surtiría transgrediendo normas vigentes referentes a la contratación estatal; vale destacar aquí la inviolabilidad de las comunicaciones y que dicha conversación telefónica involucraba a dos ministros en ejercicio, uno de los cuales al final resultó absuelto, siendo el otro condenado. Con el propósito de establecer, si de enfrentarse derechos y garantías fundamentales de los individuos, al deber del Estado de garantizar la seguridad ciudadana y una convivencia pacífica, admite el quebrantamiento de derechos y garantías de rango fundamental y determinar si en ejercicio del control constitucional o legal el dirimir estos conflictos planteados, admite excepciones al respecto, para finalmente concluir que esa búsqueda o investigación que pretende reconstruir el acontecimiento histórico hipotizado como delito no puede ser hecha a cualquier costo, aquí el fin no justifica el uso de cualquier medio y en definitiva la verdad a la que se arribe deberá ser una verdad procesalmente válida (Malvido Arsa, 2000).

La repercusión de las pruebas en un proceso no es un asunto tan sólo procesal, o en otras palabras no se reduce a su relación con el cumplimiento del derecho sustancial, sino que en sí mismo implica una relación directa con la Constitución Política de 1991 y los principios generales que ésta establece (Giacomette, 2014, p. 121), más aun entonces hay una estrecha relación con la denominada prueba ilícita, toda vez que esta infringe los derechos fundamentales catalogados así por la norma de normas, permitiendo que con un adecuado manejo judicial de aquella, puedan alcanzarse los fines del Estado.

El manejo de la prueba ilícita genera controversia en el mundo jurídico tanto en aspectos conceptuales como en asuntos prácticos donde el juez debe dar aplicación a la normatividad relacionada con ello, prueba de esto, es que la mayoría de países en el mundo independientemente de su organización política, han abordado la temática generándose con ello diversas teorías que han adquirido relevancia en el mundo jurídico, pues permiten adoptar una postura acorde a derecho y buscar con ello una justicia efectiva.

El caso en comento, tuvo gran trascendencia nacional en Colombia, dadas las circunstancias en que se ocasionó, por los sujetos activos calificados de la acción, cuyo tema de conversación dada la publicación que se hiciera, fuera catalogada como ilícita, sumado al manejo dado a dicha prueba ilícita por parte de los operadores judiciales, donde se contraponen los derechos fundamentales con el interés general y los fines de la justicia tanto en Colombia como en diversos países donde se maneja un modelo de estado diferente al Estado Social de Derecho Colombiano.

Se aspira además de absolver los interrogantes planteados, que el artículo permita al lector apropiarse de aspectos teóricos y legales en lo relacionado con la prueba ilícita, las reglas de exclusión y el derecho comparado para posteriormente adentrarse en el estudio del caso de trascendencia nacional, que permita vislumbrar los elementos explicados, concluyendo que existen excepciones para la admisibilidad a un proceso de la prueba ilícita, en donde el operador judicial deberá hacer un estudio acucioso del caso en concreto para analizar la validez de las pruebas aportadas que puedan ser tildadas de ilícitas y las que se deriven de aquellas, siempre con miras a que se respeten los derechos fundamentales y por ende se salvaguarde a la misma Constitución investida de supremacía.

Discusión

En consideración a que Colombia es un Estado Social de Derecho, se le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, que resulta en consecuencia vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar sus actuaciones, hacía el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida digna para todas las personas y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo (Bohórquez & Bohórquez, 2007).

Precisamente una de las grandes conquistas de la nueva Constitución, es que si bien en el régimen anterior los derechos fundamentales se reconocían y también eran protegidos, bajo el amparo de la Carta Política de 1991, estos derechos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ello no solo se reconocen y protegen, sino que se promueve su garantía y eficacia, de suerte que el sistema jurídico los refleje de manera directa e inmediata, puesto que establece como fines esenciales del Estado Social de Derecho el reconocimiento de los derechos fundamentales, la protección de un orden justo, la promoción del bienestar general y la armonía entre derechos y deberes (Naranjo Mesa, 2006).

Pero la vigencia de un verdadero Estado Social de Derecho no radica tanto en el hecho de que normas constitucionales y legales lo consagren, sino en que estos principios sustantivos sean efectivamente garantizados por las autoridades y vividos y respetados por todos los asociados (Naranjo Mesa, 2006, p. 61).

Con antelación a la expedición de la Constitución Política Colombiana de 1991, no se contemplaba dentro del ordenamiento jurídico el instituto de la prueba ilícitamente obtenida ni las consecuencias de la exclusión de esta.

Así entonces, con la Constitución Política de 1991 se evidencia un cambio trascendental específicamente con lo plasmado en el inciso final del artículo 29 que introduce la nulidad de pleno derecho como sanción a las pruebas obtenidas por fuera del debido proceso, sin embargo desde la expedición de la norma de normas han existido tres procedimientos penales distintos, el decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, siendo el último y actual quien reglamentó la nulidad del mentado artículo 29 de la Constitución asumiéndolo como una regla de exclusión.

“Los tres procedimientos parten de la libertad de medios de prueba, el artículo 253 del decreto 2700 de 1991, que se reproduce en el Art. 237 de la Ley 600 de 2000; y el Art. 373 de la Ley 906 de 2004, autorizan probar por cualquier medio de prueba que no resulte violatorio de los derechos humanos. Si bien el punto de partida es la libertad probatoria, aparecen normas que desarrollan el enunciado constitucional de la nulidad de la prueba obtenida por fuera del debido proceso que ordenan la no valoración o la exclusión de pruebas irregulares” (Montesalve, 2010, p. 356).

Ahora bien, no existe uniformidad ni en la terminología ni en el contenido de lo que debe entenderse como prueba ilícita (Parra Quijano, 1998, p. 20), pese a ello “Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad” (Peregrini, 1995) citado por (Parra Quijano, 1998, p. 23).

La prueba ilícita contemplada como “la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas” (Parra Quijano, 1998) ha tenido a lo largo de la historia diversos manejos en el campo jurídico que varía de un país a otro

por el modelo jurídico utilizado, mismo que se encuentra en constante cambio.

Por su parte (Echandía, 1995) la prueba ilícita se conoce 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 los derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan. (p.589)

(Urbano, 2011) Afirma que, así como en otros momentos se consideró que una prueba ilícita era la que vulneraba los artículos 15, 28, 29 y 33 de la Carta Política o las formalidades legales esenciales, así también hoy debe estimarse que pruebas ilícitas no sólo son aquellas sino también las que, de manera manifiesta y trascendente, vulneran los nuevos deberes y principios que regulan la práctica probatoria, pues también estos tienen soporte constitucional expreso y directo. Es decir, concurren fundamentos para ampliar la concepción de prueba ilícita: ésta es también la obtenida con violación de los deberes y principios constitucionales de las pruebas penales y, en consecuencia, sobre ella también opera la regla de exclusión.

Teniendo como base los anteriores conceptos se puede concluir por se que toda prueba que por su naturaleza o por la forma en que fue recolectada que vulnera derechos fundamentales, debe ser excluida de un juicio de valoración e igualmente se deberá proceder con aquellas pruebas que se deriven de manera directa o indirecta de la primera.

¿La Prueba obtenida en forma ilícita debe ser valorada? ¿Es válida y eficaz?

Estos cuestionamientos no han tenido una sola solución, por el contrario se han planteado dos posturas contrarias, tal como lo afirma (González Navarro, 2011) en su obra “ La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio,” El Juez Cardozo consideraba que la prueba

obtenida ilícitamente debía ser considerada válida y eficaz sin dejar de lado los correctivos o sanciones que se debían imponer a quienes la hayan recolectado de esa manera, caso contrario es lo que plantea el Juez Holmes, quien afirma que la única sanción real que impida los abusos en la obtención de la prueba, consiste en la inadmisibilidad de la misma en el juicio”. (p.983).

Así entonces estas dos posturas contrarias que se han suscitado en los diferentes ordenamientos jurídicos contraponen “la búsqueda de la verdad material como objetivo final y esencial del proceso penal y el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conforme a cual corresponde al juez a la hora de la valoración de la prueba tener en cuenta o excluir de ella las pruebas cuya fuente se obtuvo o que se practicaron incurriendo en ilicitud” (González Navarro, 2011, p. 983).

En ese orden, “La prueba ilícita no se configura por la creencia de que se violaron formalidades de la prueba, sino porque se atenta contra los derechos fundamentales de la persona en su consecución.” (González Navarro, 2011, p. 1017), es por ello que de las dos posturas contrarias del Juez Cardozo y el Juez Holmes se derivan tres teorías: La primera donde la prueba ilícita se debe y se puede valorar, es eficaz sin perjuicio de las sanciones a imponer a los funcionarios por utilizar medios ilícitos para su obtención, tal y como lo afirma el Juez Cardozo; la segunda que es conocida como la Teoría del fruto del árbol prohibido, donde una prueba legal derive de una ilícita, no se puede valorar toda vez que si se aprecian las pruebas ilícitas se estimula su uso, por lo tanto si se desechan se cortan de raíz y de esta manera puede resolverse el problema de vulneración de derechos fundamentales.

En tercer lugar, se encuentra la teoría alemana de entorno jurídico donde si la prueba viola el entorno jurídico del individuo no se puede apreciar, como bien podría hacerse si

ocurre lo contrario, considerada esta última como una variante de la anterior, es decir de la teoría del fruto del árbol prohibido.

En Derecho comparado existen tres grandes sistemas de regulación de las pruebas ilícitas que corresponden a los países de tradición anglosajona, los países de tradición romana y por último se encuentra Alemania y los países de tradición germánica.

En cuanto a los países de tradición anglosajona como Estados Unidos, la prueba ilícita es manejada a través de la regla de exclusión, según la cual las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él. Los países de tradición romana tales como Francia e Italia manejan un régimen de nulidades específicas donde en todo caso el juez no puede anular la prueba si no afecta los intereses de la parte concernida.

Finalmente, en Alemania y países de tradición germánica no existe regla alguna de exclusión ni de nulidades, simplemente es el juez quien tiene la potestad para determinar en un caso específico cuando una prueba es obtenida con violación del derecho y debe ser desestimada. (González Navarro, 2011, pp. 985-988).

En nuestro ordenamiento jurídico Colombiano como Estado social de Derecho donde su fundamento es la garantía efectiva de los derechos empezando por la dignidad humana, se evidencia que no ha existido un solo criterio frente a la prueba ilícita, sin embargo la Constitución Política de 1991 es rotunda en afirmar que la prueba conseguida a través de medios ilícitos es nula de pleno derecho y por lo tanto no debe tener injerencia en el proceso, situación que toma mayor relevancia en el proceso penal donde se tocan las más finas hebras de los derechos fundamentales de las personas investigadas por la comisión de un delito en contraposición a la sociedad y a búsqueda

de verdad material, retomando posturas del Derecho Anglosajón con la existencia de ciertas exclusiones en torno a la prueba ilícita.

Así entonces se encuentra que si la prueba ilícita es nula de pleno derecho, como consecuencia de un procedimiento irregular en su obtención, practica o por vulneración a un derecho fundamental, esta deberá ser excluida del proceso más no cesar el proceso en sí, por lo tanto no se debe solicitar la nulidad de lo actuado o del procedimiento, simplemente se limita a la excusión del procedimiento contemplada en el artículo 29 constitucional “entendida como la inadmisibilidad en la etapa del juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contraria a las garantías constitucionales”. (González Navarro, 2011, p. 1025), por cuanto “El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas en un Estado de Derecho, configura, entonces, una garantía procesal encaminada a proteger al individuo de eventuales excesos en los actos de investigación destinados a obtener pruebas”. (González Navarro, 2011, p. 1027).

Así como lo establece (Fierro Méndez, 2010) en la práctica, la regla de exclusión, por su contenido y naturaleza, ante hechos por valorar, no resulta fácil de manejar ni de establecer sus límites ni contenidos; además que requiere de un delicado juicio de ponderación y de una muy sólida estructura conceptual y de destrezas, habilidades y competencias profesionales a la hora de su aplicación y es lo que se puede conocer como los criterios de modulación.

La regla general de exclusión consiste tal y como se reseñó en líneas anteriores, en que si una prueba lícita se deriva de una prueba ilícita, esta debe excluirse, sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina esta situación es distinta al venirse aceptando los criterios de la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable que constituyen excepciones a la aplicación de la regla de exclusión.

“La exclusión de pruebas ilícitas por desconocer derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos o garantías constitucionales o contravenir el debido proceso no tendría significado si no es por su trascendencia a tan caros derechos, principios y valores, por tanto su admisibilidad no puede sustentarse en el celoso propósito de encontrar a cualquier precio la verdad real, o de evitar la impunidad, fines loables que no admiten medios ilícitos para obtenerlos”. (Fierro Méndez, 2010, p. 328).

En el caso Colombiano con la ley 906 de 2004 se continúa con la ideología del sistema anglosajón utilizando las excepciones a la regla de exclusión, donde el juez debe tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores tales como derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito (Fierro Méndez, 2010, p. 329), encontrándose como una excepción, el vínculo atenuado o conexión atenuada consistente en que:

“cuando el nexo entre la prueba ilícita principal y la prueba derivada no es directo sino él se halla atenuado por la concurrencia de múltiples situaciones.

Incluso cuando pueda apreciarse la existencia de una relación de causa-efecto entre la comisión de la ilegalidad originaria y la obtención de una prueba, que permita calificar a esta de fruto de esa irregularidad primera, no procederá aplicar la doctrina del fruto del árbol envenenado y la regla de exclusión cuando la conexión esté suficientemente atenuada como para que la ilegalidad originaria no pueda considerarse que haya alcanzado a viciar también la prueba idealmente derivada”. (González Navarro, 2011, pp. 1066-1067).

Es decir que tal y como se establece por el derecho comparado, el vínculo atenuado debe tener en cuenta el principio de buena fe puesto que, si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda será admisible. (Fierro Méndez, 2010).

Además de esta excepción, se encuentra la fuente independiente, ésta referida a que, si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso. (Asunto *Nardone vs. United States*, 1920) Citado por (Fierro Méndez, 2010, p. 329), en otras palabras, como lo afirma José I. Cafferata y Maximiliano Hairabedian citados por (González Navarro, 2011, p. 1068):

La fuente independiente funciona cuando el contenido probatorio del acto ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (V. gr confesión mediante tormentos, que indica el lugar donde se escondió el arma homicida) se puede igualmente arribar a sus consecuencias (V.gr, secuestro del arma por vías legales independientes (V.gr testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar).

Finalmente se encuentra el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito (Asunto *Nix vs. Williams*, 1984, citado por Fierro Méndez, 2010, p. 329).

En los tiempos modernos el derecho al secreto de las comunicaciones es protegido en el sistema constitucional, con la catalogación de esencial, fundamental para el buen suceso de unas ordenadas relaciones ciudadanas, familiares, sociales y laborales. El derecho al secreto de las comunicaciones está íntimamente

emparentado con el derecho a la intimidad (Rodríguez Choconta, 2014).

Existen diversos casos Colombianos donde se ventila lo concerniente a la prueba ilícita, lo relativo a las reglas de exclusión, y lo ateniende a las interceptaciones telefónicas, entre ellos tal y como se reseñó en líneas anteriores, el asunto conocido como del “miti - miti”, uno de los casos más controvertidos en el país puesto que tuvo que ver con una publicación por parte de la revista SEMANA en su edición 798 correspondiente al período 18 al 25 de agosto de 1997, de una conversación telefónica entre dos exministros, Saulo Arboleda como Ministro de Comunicaciones y Rodrigo Ignacio Villamizar como Ministro de Minas, donde se repartían la adjudicación del espectro electromagnético para la adjudicación de frecuencias de radiodifusión sonora.

Cabe destacar que la conversación telefónica que se publicó por la revista, no fue ordenada judicialmente y no se pudo establecer cuál fue el origen ni el porqué de la interceptación, pese a ello se inició un proceso judicial en contra de los entonces Ministros Saulo Arboleda y Rodrigo Villamizar por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos por parte de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo el destino de los dos implicados fue totalmente distinto puesto que si bien la Fiscalía General de la Nación dictó medida de aseguramiento para los dos, Villamizar en calidad de determinante y Arboleda como presunto ejecutor del delito, en el año 1998, ambos fueron acusados y el juzgamiento le correspondió a la Corte Suprema de Justicia, que en mayo de 1999, en pleno juicio, rompió la unidad procesal del caso. (Redacción Judicial, 2009)

Los argumentos que se tuvieron en cuenta por parte de la Corte Suprema de Justicia para la ruptura procesal fueron los argumentos del entonces Ministro Villamizar, los cuales correspondieron a que Él en el momento de la conversación telefónica se encontraba de

licencia por enfermedad y que el asunto de la adjudicación de las emisoras era ajeno a sus funciones toda vez que era el Ministro de minas, razón por la cual su actuar fue como particular y carecía de fuero, mientras que el exministro Saulo Arboleda si fungía Como Ministro de Comunicaciones.

Es justo en este momento donde se empieza a tornar la denominación de caso miti-miti puesto que se aprecia claramente como los dos ministros empiezan a correr con suerte distinta, uno procesado como servidor público por la Corte Suprema de Justicia y otro que se desliga de esta condición y donde es competente para conocer del asunto un juez penal del circuito.

Posteriormente, el entonces ministro Villamizar obtuvo libertad condicional y tanto cuando fue condenado a 52 meses de prisión en julio de 2001, como cuando el Tribunal de Bogotá le rebajó la condena a 44 meses en septiembre de 2002, fue imposible su captura, pues ya no estaba en Colombia, terminó en libertad por vencimiento de términos; mientras que Arboleda fue condenado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2000 pese a que esta última admitió que no se había efectuado la entrega de la emisora y que no había existido un perjuicio económico para el Estado, pasó 36 meses recluido en su domicilio y cuatro meses en una estación de Policía. Así entonces terminó el asunto en mitad absuelto y mitad condenado (Redacción Judicial, 2009).

¿La interceptación telefónica presentada por la revista semana es una prueba ilícita?

¿La misma se convirtió en prueba determinante de la responsabilidad penal del entonces ministro de comunicaciones Saulo Arboleda?

El principio de licitud junto con el de contradicción, puede considerarse como el que garantiza la invulnerabilidad del debido proceso. Tal propósito lo distingue, cuando el artículo 29 de nuestra Constitución establece que “*es nula de pleno derecho la prueba*

obtenida con violación al debido proceso". De forma paralela, es preciso que se lea el artículo 164 del C.G.P., en el cual se establece que *"toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho"*. (Giacomette, 2014, pp. 96-97)

Tal y como lo plantea Giacomette (2014) en su obra *Teoría General de la Prueba*, ¿Cuándo se puede entender que se presenta ilicitud en la prueba? La ilicitud se puede presentar por la génesis o por la valoración de la prueba. En el primer sentido, la ilicitud se desprende de la forma o los métodos por medio de los cuales se consiguen o allegan pruebas. En el segundo sentido, se predica cuando se valora material probatorio que no ha debido ser valorado. De manera, que prueba ilícita se define a partir del desconocimiento del sistema jurídico con la vulneración, violación, afectación o desconocimiento de un derecho o garantía fundamental, constitutiva del debido proceso, sin importar la norma o mandato legal que la contenga. (Rodríguez Choconta, 2014).

La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un Derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un Derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados Derechos fundamentales. (Giner Alegría, 2008)

En ese orden de ideas, en el caso sub examine se evidencia la ilicitud de las grabaciones telefónicas toda vez que como se reseñó, la grabación no fue ordenada judicialmente, vulnerando con ello el derecho fundamental al debido proceso, desconociéndose su origen aunque se logró demostrar su autenticidad, por lo tanto debe ser excluida del proceso al ser nula de pleno derecho tal y como lo ordena la Constitución Política de 1991, así como lo manifiesta (Gössel,

2001) citado por (Herrera Aldana & Cortés Cubides, 2011) si bien el Estado tiene interés en castigar los delitos, la investigación de los mismos no puede realizarse a cualquier precio, porque el fin no puede justificar el empleo de medios que suponen la negación del Estado de Derecho mismo. La injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad.

Vale la pena tener en cuenta que la interceptación de comunicaciones no sólo vulnera el derecho fundamental al debido proceso, sino que también se ve afectado el derecho a la intimidad de acuerdo con lo plasmado en el artículo 15 superior que hace referencia al tratamiento y circulación de datos, estableciendo que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. (Constitución Política de Colombia, 2008)

En Sentencia SU 159 de 2002 que tuvo origen como consecuencia de una 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 da claridad frente a la valoración de la prueba ilícita, misma que se convierte en pilar para el manejo de esta última, donde se tiene en cuenta que la Ley 906 de 2004, reglamentó de manera expresa la nulidad del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, como quiera, que la asume directamente como una regla de exclusión en el proceso penal colombiano, preceptuando en el artículo 23: " Toda prueba obtenida con violación a 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 debido a su existencia" (Código de procedimiento penal, 2015)

A su vez establece que la interceptación de comunicaciones será tachada de ilícita y

excluida del acervo probatorio, siempre que: (i) no exista orden judicial, independientemente que la grabación la hiciera uno de los contertulios o un tercero; (ii) no se presente alguno de los casos establecidos en la ley; (iii) no se cumplan las formalidades señaladas en la ley.

En ese orden de ideas es claro como la Corte Constitucional plantea a los operadores judiciales el empleo u utilización de la teoría anglosajona donde se permiten las reglas de exclusión y donde deja por sentado que una vez realizado el respectivo análisis del asunto en concreto, tanto la prueba ilícita como las que de ella se deriven deberán ser excluidas por ser nulas de pleno derecho, para ello el juez deberá adelantar una valoración de los hechos; examinar la incidencia, relación y dependencia existentes entre uno y otros; y además, determinar si el supuesto fáctico se tipifica o no en alguna de las reglas legales dispuestas con el propósito de determinar si el vínculo causal se rompió en el caso en concreto (González Navarro, 2011, p. 1025).

Siguiendo este planteamiento, nuestro máximo Tribunal Constitucional en sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, delimitó para el ámbito nacional la Teoría de la exclusión de la prueba denominada «doctrina de los frutos del árbol envenenado», tesis que señala que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma fundamental aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima igual que la prueba ilegal que la originó, de tal manera, que la prueba ilícita inicial no solo afecta así misma, sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella. Doctrina que en apariencia acoge fielmente nuestra legislación en su artículo 23, para luego recibir las discutibles excepciones del artículo 455 de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior surge la imperiosa necesidad de indagar y denunciar las graves consecuencias que pueden llegar a afectar significativamente la indemnidad de los derechos fundamentales del procesado y la

integridad del debido Proceso Penal, surgidas a raíz de la relativización de la regla de exclusión probatoria. Así pues, debemos ser categóricos al precisar que no existe forma legal de practicar la prueba prohibida. (Giner Alegría, 2008)

Concomitantemente con lo anterior, en la precitada sentencia de unificación misma que tuvo lugar porque el accionante considera que la decisión condenatoria adoptada por la Corte Suprema de Justicia tuvo lugar con ocasión a la interceptación telefónica publicada por la Revista Semana, claramente señala:

La primera información que tuvo la Fiscalía General de la Nación de la ocurrencia de los hechos fue a través de una noticia periodística en la cual se transcribía una conversación telefónica entre dos ministros de Estado, interceptada por personas desconocidas, sin orden judicial previa. La Fiscalía solicitó al medio de comunicación que le remitiera las grabaciones telefónicas y, luego, inició la actividad investigativa. Se pregunta entonces la Corte: ¿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 (Sentencia SU 159 de 2002)

Así entonces las alegaciones del actor quedan sin sustento jurídico toda vez que la Fiscalía General de la Nación inició su investigación de manera oficiosa como era su deber, pese a la existencia de unas grabaciones telefónicas que daban a conocer la comisión de la conducta punible de interés ilícito en la celebración de contratos, máxime cuando se estaba frente a un

posible caso de corrupción donde se vulneraba ostensiblemente el estatuto de la contratación pública de Colombia al adjudicar frecuencias de radio difusión sonora, lo que refleja además como el ordenamiento jurídico Colombiano se ciñe una vez más a la tradición anglosajona donde se excluye la prueba que vaya en contra de derechos fundamentales en este caso el debido proceso en conjunto con el derecho a la intimidad y donde cabe recalcar que la prueba ilícita en este caso no es determinante para adoptar la decisión puesto que existieron diversos elementos materiales probatorios para generar un grado de certeza suficiente en el operador judicial, así como lo relata la Corte Constitucional en la sentencia de unificación precitada, retomando lo decantado por la Corte Suprema de Justicia afirmando 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 (Sentencia SU 159 de 2002), dicho en otras palabras el proceso sí puede quedar viciado de nulidad si el defecto probatorio consistente en haberse valorado una prueba ilegal o inconstitucional que incide decisivamente en la decisión adoptada por el juez. La Corte Constitucional ha dicho al respecto que si la prueba ilegal o inconstitucional es crucial para la adopción de la providencia judicial, esto es, si su incidencia en la decisión judicial es de tal magnitud que, de no haberse tenido en cuenta, el fallo racionalmente habría podido ser otro, el juez de tutela está obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso del afectado (Fierro Méndez, 2010, p. 242)

Pero que hubiese ocurrido si en vez de adoptar la posición de la Corte Constitucional de excluir la prueba ilícita, se hubiese adoptado la postura de la Corte Suprema de Justicia?

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, ha fijado lineamientos distintos a los de la Corte Constitucional frente a la interceptación de comunicaciones estableciendo que la interceptación de comunicaciones no será excluida del acervo probatorio, aun cuando no medie orden judicial, siempre y cuando se den las siguientes circunstancias: (i) que la grabación se lleve a cabo, necesariamente, por uno de los contertulios, no por un tercero; (ii) que se lleve a cabo con el fin de evitar la consumación de un delito; (iii) que se lleve a cabo con el fin de proteger al destinatario. (Giacomette, 2014, p. 175)

Así entonces, puede decirse hipotéticamente que la interceptación telefónica realizada a los dos ex ministros sería revestida de validez en el proceso si no se hubiese adelantado la investigación de manera oficiosa si no valiéndose de la interceptación telefónica únicamente, toda vez que serviría para evitar la comisión de un delito contra la administración pública, en especial por parte del ex ministro Saulo Arboleda quien fungía como Ministro de comunicaciones y sobre quien recaía responsabilidad por este tipo de conducta ilegal como lo es el interés ilícito en la celebración de contratos, no dejando de lado que es delito de mera conducta.

¿Y que pasa con las pruebas derivadas de la prueba ilícita?

Tal como se reseñó en líneas anteriores donde se tiene en cuenta nuevamente el método anglosajón que influye el ordenamiento jurídico colombiano, la regla de exclusión de la prueba ilícita presenta algunas excepciones, mismas que son adoptadas por la Corte Constitucional y sirvieron como fundamento en el caso en concreto:

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. (Sentencia SU 159 de 2002)

Ahora bien, de lo decantado sobre las interceptaciones telefónicas se entiende que no sólo se toca al debido proceso sino que también se ve envuelto el derecho a la intimidad, teniendo en cuenta como aspecto fundamental de la libertad de telecomunicaciones el poderse comunicar con los demás a través de los correos, del telégrafo, del télex o del teléfono, sin ser interceptado, perturbado o impedido por terceros, o por el Estado (Naranjo Mesa, 2006); situación frente a la cual existe también divergencia por parte de estos dos órganos de cierre, por un lado la Corte Suprema de Justicia y por otro la Corte Constitucional toda vez que la Corte Suprema de Justicia ve al derecho a la intimidad como un derecho absoluto, mientras que la Corte Constitucional considera que el mismo puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, por lo cual deberá realizarse un test de proporcionalidad (Giacomette, 2014).

Como el mundo jurídico es el de la convivencia humana y su fin es el bien común, la naturaleza del derecho fundamental es inviolable, pero no absoluta. Los derechos absolutos propiamente hablando, no existen. Y ello por tres motivos: primero, porque debe haber una proporción entre el sujeto de derecho y el

objeto jurídico protegido; si el sujeto de derecho es limitado, es obvio que el objeto jurídico dominado sea, también limitado. Sería absurdo pretender que el sujeto limitado dominara un objeto absoluto, por imposibilidad lógica. En segundo lugar, porque la naturaleza de la convivencia armónica exige que el derecho de uno llegue hasta donde comienza el derecho de otro. Y tercero, porque cada derecho está limitado por su correlativo deber. Repetimos pues, que el derecho fundamental es inviolable, lo que no equivale a absoluto, pues la limitación jurídica no es sinónimo de vulneración, sino de margen necesario para la convivencia y garantía del bien común (Naranjo Mesa, 2006, p. 529).

Cabe cuestionarse entonces, es igual la intimidad de un particular y la de una persona de importancia pública como el ministro Saulo Arboleda? En la mentada sentencia SU-159 de 2002 se concluye que el derecho a la intimidad de este último tiene un ámbito más reducido pues el derecho a la información prevalece prima facie sobre el derecho a la intimidad de acuerdo con el test de ponderación precitado.

En este punto se planteó un interrogante a lo largo del análisis de la jurisprudencia donde se cuestiona la ponderación de los principios: en un lado está la no violación del derecho a la intimidad; en el otro, el derecho colectivo de la información y la realización y administración de justicia. Se encuentra pues, una antinomia constitucional al proclamarse en el artículo 1° la prevalencia del interés general, respecto a la protección individual del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 y los derechos inalienables a la persona, consagrados en el artículo 5°. (Giacomette, 2014)

Como respuesta al conflicto suscitado entre el derecho fundamental de la intimidad entre un particular y personajes públicos, teniendo como base que los derechos fundamentales no son absolutos, concomitantemente con lo plasmado en sentencia SU - 159 de 2000 se encuentra los decantado por la Corte

Constitucional en sentencia T 437 de 2004, donde se determina que los personajes públicos si bien tienen derecho a solicitar la protección de su derecho fundamental a la intimidad, su espacio de privacidad, en virtud de su desarrollo social, este se ve reducido. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad. (Sentencia T-437 de 2004).

Conclusiones

El estudio de la prueba ilícita no es algo novedoso, pues bien, en diversos países incluido el nuestro, diferentes juristas y estudiosos del Derecho han planteado hipótesis, teorías para el manejo de la misma en todos los ámbitos procesales, cobrando relevancia en el derecho procesal penal donde se ponen de presente diversos derechos fundamentales en especial el debido proceso, mismos que no deben ser sacrificados con el objetivo de que el Estado logre cumplir su objetivo de sancionar la comisión de delitos, siendo entonces el artículo 29 constitucional una garantía procesal encaminada a proteger al individuo de eventuales excesos en los actos de investigación destinados a obtener pruebas.

El hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba ilícita, catalogada así por vulnerar uno o varios derechos fundamentales no significa que deba anular todo el proceso o las decisiones adoptadas en el mismo, sólo en aquellos casos en los que la prueba ilícita sea la única muestra de culpabilidad del condenado y constituya el pilar para adoptar la sentencia condenatoria por parte del juez, sólo allí en ese momento podrá decretarse la nulidad del proceso, de lo contrario la nulidad debe limitarse a la prueba ilícita misma que carecerá de toda validez.

El caso *miti-miti* permite analizar la postura adoptada frente al manejo de la prueba ilícita, estableciendo que si bien los derechos fundamentales no son absolutos, y cuando se encuentren en conflicto con otro derecho del mismo rango fundamental deberá adelantarse un test de proporcionalidad, lo cierto es que no deben ser vulnerados con la finalidad de alcanzar los fines del Estado, así pues pese a que la prueba ilícita sea auténtica, la misma no servirá como fundamento determinante a la hora de fallar, puesto que el Estado social de Derecho garantiza la prevalencia de los derechos fundamentales del individuo pese a que el mismo haya cometido un delito, por lo tanto bien podría decirse que se encuentra Constitucionalizado el Derecho, al ser la Constitución Política de Colombia el pilar fundamental para todo tipo de decisiones en los diferentes ámbitos del Derecho.

En aras de que no sean vulnerados derechos fundamentales como el debido proceso o el derecho a la intimidad como en el caso sub examine cuando se evidencie la presencia de una prueba que pueda estar revestida de ilicitud ya sea por la forma en que sea obtenida o por el procedimiento realizado, lo cierto es que debe estudiarse acuciosa y detenidamente el caso en concreto con la finalidad de establecer si existe ilicitud en alguna de las pruebas, verificar que en caso de que esto ocurra la prueba ilícita no constituya una prueba determinante del sentido del proceso y en igual medida que las pruebas que de ella puedan derivar sean analizadas teniendo en cuenta que existen excepciones a la regla de exclusión, por lo tanto se deberá analizar una a una verificando la conexión que exista con la prueba ilícita. En el caso de la ilicitud de la interceptación de comunicaciones no sólo se encuentra vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, sino que también se ve afectado el derecho fundamental a la intimidad por cuanto la correspondencia, comunicaciones telefónicas

y demás son protegidas constitucionalmente, pese a que la misma Corte Constitucional ha determinado que en personas de conocimiento público como lo son servidores de mayor jerarquía, este derecho se encuentra de alguna manera limitado, puesto que sobre ellos recae responsabilidad estatal de gran relevancia.

El derecho irrenunciable que le asiste al investigado o condenado a que el proceso penal se adelante con transparencia, permite que frente a eventos de vicios de ilicitud, porque se le violó el debido proceso en la obtención y práctica de la prueba o se le atropelló algún otro derecho fundamental, además de los efectos de nulidad inherentes respecto de esa prueba, podrá también valerse de mecanismos constitucionales garantes como la Acción de Tutela, instituida como un mecanismo judicial innovador de significativa importancia que trajo a la luz la Constitución de 1991 en su Art.86, para salvaguardar y proteger de manera inmediata sus derechos fundamentales averiados, a instancias del Juez de tutela.

Referencias bibliográficas

Asunto *Nardone vs. United States*, U.S. 388 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 1920).

Asunto *Nix vs. Williams*, U.S. 467 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 1984).

Bohórquez, L. F., & Bohórquez, J. I. (2007). *Diccionario Jurídico Colombiano*. Bogotá D.C.: Editora Jurídica Nacional.

Código de procedimiento penal. (2015). Bogotá D.C., Colombia: Leyer.

Congreso de la República de Colombia. (2008). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Leyer.

Echandía, D. (1995). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá D.C.: ABC.

Fierro Méndez, H. (2010). *La prueba Ilícita e Ilegal*. Bogotá D.C., Colombia: Leyer.

Giacomette, F. A. (2014). *Teoría General de la prueba*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Giner Alegría, C. A. (2008). *Revista Anales de Derecho* No.26-2008. Prueba prohibida y prueba ilícita. España: Universidad de Murcia. Obtenido de <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>

González Navarro, A. (2011). *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Leyer Editores.

Gössel, K. (2001). La Prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de Derecho Penal Garantías Constitucionales y nulidades procesales.*, 19.

Herrera Aldana & Cortés Cubides, E. y. (2011). (U. Libre, Ed.) Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/>

Malvido Arsa, J. D. (2000). *Ley, razón y justicia*. Buenos Aires, Argentina: Alveroni.

Montesalve, S. (2010). La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 40, 351-379. Recuperado el 20 de septiembre de 2016

Naranjo Mesa, V. (2006). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá D.C.: Temis S.A.

Parra Quijano, J. (1998). Manual de Derecho probatorio. En J. Parra, *Manual de Derecho probatorio* (pág. 20). Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. Recuperado el 15 de septiembre de 2016

Peregrini, A. G. (septiembre de 1995). *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica.*, 22. Recuperado el 30 de septiembre de 2016

Redacción Judicial. (18 de 09 de 2009). “miti” condenado y “miti” absuelto. *El Espectador*.

Obtenido de <http://www.elespectador.com/impreso/rodrigo-villamizar/articuloimpreso162225-miti-condenado-y-miti-absuelto>

Rodríguez Choconta, O. A. (2014). *Prueba Ilícita Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley, Ltda.

Sentencia SU 159 de 2002 (Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Sentencia T-437 de 2004 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Urbano, J. J. (2011). *La nueva estructura probatoria del Proceso Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.