

Pruebas ilícitas

Jairo Parra Quijano

Profesor en la Universidad Externado (Colombia). Docencia Excepcional en la Universidad Nacional de Colombia.

I. IMPORTANCIA.

La noción de prueba aparece unida a todas las actividades de tipo social. Puede afirmarse que es una necesidad que surge desde que el hombre vive en sociedad. El niño, desde temprana edad, empieza a realizar experimentos que quiere hacer ver a sus padres como demostración de sus habilidades y a fin de que éstos den muestras de admiración y aprobación.

En todas las ciencias reconstructivas, la prueba tiene una importancia fundamental, pues permite conocer el pasado; pero en el campo del Derecho este aspecto es vital para saber quién tiene la razón.

En el mundo del proceso, la prueba es fundamental; ya que estando destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.

El juez reconstruye los hechos tal cual se supone ocurrieron, y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor, sería imposible la aplicación de las normas.

La prueba entonces tiene una función social, una función humana individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos para aplicar las normas).

II. EL PRINCIPIO DE LA LICITUD DE LA PRUEBA.

2.1. Para abordar el tema.

Podríamos pensar en el artículo 1o. de la Constitución Nacional Colombiana, que dice: «fundada en el respeto de la dignidad humana», el artículo 13 que se refiere a la igualdad ante la ley, el artículo 29 que se refiere a la nulidad de pleno derecho de la prueba no sólo cuando se violan las formalidades, sino los derechos fundamentales.

Es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio probatorio.

No existe uniformidad ni en la terminología ni en el contenido de lo que debe entenderse por prueba ilícita. Por ejemplo, en la legislación y doctrina alemana se denomina «de las prohibiciones de prueba».

Creemos suficiente para dar una pincelada sobre la legislación alemana, transcribir el parágrafo 136a, de la ley procesal de ese país: «1. No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento y violencia corporales, administración de fármacos, por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coerción tan sólo cuando el derecho procesal penal lo admita. Estarán prohibidas la amenaza como una medida inadmisibles según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la ley. 2. Las medidas que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión del inculpado no se permitirán. 3. La prohibición de los apartados (1) y (2) regirán independientemente del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que se hubieren producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización».

En la Ley Orgánica (6/1985 de 1 de julio) del Poder Judicial para España, en el artículo 11.1 se lee: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

El artículo 188 del Código de Procedimiento Penal italiano regla: «La libertad moral de la persona en la práctica de la prueba: 1. No pueden ser utilizados ni siquiera con el consentimiento de la persona interesada, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos».

Inclusive el mismo código, en el artículo 189 regla: «Cuando sea solicitada una prueba no reglamente-

tada por la ley, el juez podrá practicarla en cuanto fuere idónea para asegurar el esclarecimiento de los hechos y no perjudique la libertad moral de la persona».

2.2. Las pruebas «prohibidas» o ilícitas y la libre apreciación de la prueba.

Algunos autores se inclinan a pensar que el sistema de la libre apreciación y la prueba ilícita están estrechamente relacionados y que se puede invocar aquel sistema para «lavar» las pruebas ilícitas, porque todo se reduce a no despreciar nada que pueda servir de prueba; sin embargo, haciendo nuestro el pensamiento de Beling, en el sentido que «las prohibiciones de prueba se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad», se puede afirmar que el sistema de la libre convicción opera y debe operar sobre pruebas aportadas en forma regular y sin violación de los derechos fundamentales de la persona.

Se puede afirmar con Gerhard Walter, en términos generales, que «la libre apreciación de las pruebas se refiere únicamente a la apreciación de medios de prueba lícitos»⁽¹⁾.

No podemos menos que pensar que cuando cualquier sistema procesal consagra el sistema de la libre convicción, está consagrando la «obligación» que tiene el juez de valorar pruebas sin sujeción a valoraciones prefijadas por el legislador, pero sólo a las que sean lícitas.

2.3. La lucha contra la criminalidad no justifica todo.

En efecto dice Ada Pellegrini Grinover: «Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, con la observación de reglas preestablecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por sí solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes»⁽²⁾.

Los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la «defensa social»⁽³⁾ justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos de la persona. No hay nada más precioso que la libertad.

Escribe Beccaria: «No hay libertad donde las leyes consientan alguna vez, que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa»⁽⁴⁾.

“ La prueba que se recauda violando normas procesales, puede ser apreciada una vez se subsane la irregularidad. La que se practica violando normas sustanciales, es ilícita y se tiene como inexistente ”

2.4. Ubicación del tema de la prueba ilícita.

El artículo 29 de la C.N. reza: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

No cabe duda que la norma constitucional es de carácter sustancial y como consecuencia se está refiriendo a todos los casos en que se violen los derechos reconocidos a los individuos independientemente del proceso específico.

Es importante entender que las normas que se refieren a las pruebas pueden ser de dos clases: unas de tendencia procesal, como aquellas que establecen reglas de lógica y manera de recibir el testimonio. Por ejemplo, si se recibe el testimonio sin citación de la contraparte, se puede señalar una nueva fecha y recibirlo o sencillamente no se apreciará en la providencia respectiva por no haberse cumplido con el derecho de

(1) WALTHER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985. p.316.

(2) Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. No.10, Año 7, septiembre, 1995. p.22.

(3) PELLEGRINI, Ada. Op. cit., p.22.

(4) Ni el grande ni el rico han de poder comprar los atentados contra el débil y contra el pobre: de otra suerte las riquezas, que bajo la tutela de las leyes con el premio de la industria, se convierten en sostén de la tiranía. BECCARIA, César. Madrid, 1879. Versión vertida al castellano de César Cantú, XXVI. p. 148.

contradicción. En cambio, existen normas sustanciales que en caso de ser violadas conducen a la nulidad de pleno derecho de la prueba, como amenazar, torturar, violar la correspondencia, etc.

La prueba que se recauda violando normas procesales, puede ser apreciada una vez se subsane la irregularidad. La que se practica violando normas sustanciales, es ilícita y se tiene como inexistente.

Con relación a lo anterior dice Ada Pellegrini Grinover: «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»⁽⁵⁾.

2.5. La no valoración de las pruebas ilícitas.

Debemos responder: ¿Qué se hace con la prueba ilícita?

Para responder a esa pregunta, y de ninguna manera con un criterio abarcador, puede decirse que existen marcadamente dos criterios:

2.5.1. La prueba no es admisible. Debe ser excluida (*exclusionary rules*). Existen «lujos» que el Estado no puede darse, como lo sería el violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger.

Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el Estado asume estos criterios, el proceso tendría mácula y autorizaría el «juego sucio» dentro de él desvirtuando entonces su finalidad, la cual es la de ser un mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor, es desestimularla.

El órgano judicial, por sobre todo, cumple una función pedagógica que no podemos ocultar, la sentencia trasciende en paz con justicia social. ¿Cuál sería esa trascendencia, cuando la prueba se consiguió, por ejemplo, torturando a las personas? ¿es ése, en términos de inversión social, un mensaje apropiado para la comunidad, para los justiciables?

Resulta importante por demás, recalcar que conforme al artículo 173 del Código de Procedimiento Penal francés, el acto anulado es retirado del expediente, lo cual nos parece una muy prudente medida. Pero además, y esto nos confirma la importancia que el legislador francés confirió a este tema, está prohibido extraer dato alguno de los actos anulados, y la infracción de esta prohibición se conmina bajo la amenaza de prevaricación para los magistrados y de diligencias disciplinarias para los defensores⁽⁶⁾.

2.5.2. La prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de que quienes la obtuvieron en esa forma sean castigados, trátase del funcionario de policía, de la fiscalía, el juez o los particulares. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y los delinquentes.

Tomamos partido por la primera tesis. La búsqueda de la verdad en el proceso penal no puede ser a costa de los derechos fundamentales de las personas.

2.6. Efectos reflejos de la prueba ilícita.

Empezemos por la «teoría de los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*).

Quien se plantea el problema de la prueba ilícita como aquella que no puede ser utilizada, a la cual no puede darse absolutamente ningún valor, tiene necesariamente que tomar partido y responder qué sucede con la pruebas lícitas que proceden de una prueba ilícita.

Existen diversos supuestos como sostiene López Barja De Quiroga: «Un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan los derechos fundamentales, dónde se encuentran el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizado con mandamiento judicial. En el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del arma utilizada para cometer el delito. Nos encontramos, pues, ante unas pruebas obtenidas lícitamente, pero que parten o tienen su origen o fundamento en una prueba que se obtuvo ilegalmente⁽⁷⁾».

(5) Op.cit., p.23.

(6) LOPEZ DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989. p.99.

(7) PELLEGRINI, Ada. Op.cit., p.115.

Esta problemática ha dado lugar a que en los Estados Unidos de América se haya elaborado la teoría del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), conforme a la cual, el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.

Por ejemplo: si una persona es torturada y dice dónde están las armas, no puede utilizarse la confesión ni tampoco endilgarle que él tenía las armas, porque a pesar de que la segunda prueba, la inspección judicial es válida y legal, tiene como fuente un acto ilegal. Claro que la existencia de las armas por ser objetividades no se puede negar, pero para poder condenar si es del caso a la persona, se requiere utilizar otras pruebas no contaminadas.

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales (BGH) ha desarrollado la «teoría del entorno jurídico» -sobre la cual escribe Juan Luis Gómez Colomber⁽⁸⁾- en cuya virtud, la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente acerca de la práctica de las mismas, depende de si «la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia».

Sin embargo, no se puede decir que esta tesis sea de fácil aplicación y que haya sido constante. Por ejemplo: el parágrafo 81a de la Ley Procesal Penal alemana regla: «Podrá ordenarse la investigación corporal del inculpaado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esa finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales, que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculpaado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud». Frente a ese artículo es de gran importancia práctica la obtención de extracción de sangre u otros resultados de investigaciones de forma inadmisibles, bien porque han sido ordenados por personas incompetentes, bien porque han sido practicados por personas que no son médicos. La

opinión dominante entiende que aunque se haya producido la infracción, aunque el medio de prueba se haya obtenido antijurídicamente, es aprovechable (también así lo ha entendido el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales, por ejemplo en auto de 17 de marzo de 1971), porque el parágrafo 81a no concede ningún derecho a dejar fuera del proceso medios de prueba, y tampoco debe asegurar la cualidad del medio de prueba. La protección en este caso es la tutela penal existente, pues quien ordenó, siendo incompetente para eso, la extracción de sangre, o el no médico que la practicó, cometen delito de privación de la libertad y de lesiones⁽⁹⁾.

La corte argentina, en fallo de 10 de diciembre de 1981, ha dicho que: «otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito». Con posterioridad fue puliendo este criterio hasta llegar a sostener que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de su aplicación automática e irracional; es decir, que sólo resulta posible quitar mérito a las pruebas que aparezcan conectadas con la ilegalidad inicial, pero no cuando media un cauce diferente de investigación que permita llegar a la prueba cuestionada».

En el derecho público provincial argentino dicha doctrina alcanza consagración en la reciente Constitución de la provincia de Córdoba de 1987, cuyo artículo 10 establece: «Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta constitución carecen de toda eficacia probatoria.

La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella»⁽¹⁰⁾.

Sostiene José I. Cafferata Nores, que en la Argentina hay casi un criterio unánime, en relación al no uso de «cualquier elemento de prueba constitutivo de la vulneración constitucional en sí misma. Por ejemplo, la confesión contenida por apremios ilegales».

(8) El Proceso Penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985. p.136.

(9) GOMEZ COLOMBER, Juan Luis. Op.cit., p.135.

(10) J.D. ALBORA, Francisco. Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal. XI Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal. Rio de Janeiro, mayo, 1988.

En cambio dice el autor citado, «hay divergencias en cuanto a las pruebas que, sin configurar en sí mismas el corpus del quebrantamiento a la garantía constitucional, se han conseguido gracias a la vulneración de ésta».

El sustento de esa postura nace de una estrecha interpretación, tomando solamente las causales de nulidad del Código de Procedimiento, «sin tomar en cuenta la operatividad propia de las garantías fundamentales afectadas».

Sostiene que en base a estos criterios se han acuñado en la Argentina, si se pregunta si la ineficiencia del acto aniquilado acarrea la invalidación de otros actos anteriores, concomitantes o posteriores, frases como: a) así ocurrirá sólo cuando exista una dependencia jurídico-procesal, b) ocurriría cuando exista una derivación causal establecida por la ley, de tal modo que el acto anulado sea condición de la legítima existencia del acto consecuente, c) no habrá extensión de la nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica⁽¹¹⁾.

Más adelante profundizaremos sobre este aspecto de la doctrina y jurisprudencia argentina, pero debe quedar claro que las normas procesales, sin la carnadura que suministra la Constitución, resultan raquíticas para interpretar el fenómeno de la prueba ilícita. El derecho procesal penal no es más, como repetidamente se ha dicho, que el derecho constitucional aplicado. No puede sostenerse que para la permanencia del orden jurídico se requiera violarlo, porque eso es un verdadero contrasentido.

En el Brasil, sobre todo después de la Constitución de 1988, se vino a consolidar la posición del Supremo Tribunal Federal, apartando del proceso brasileño de cualquier naturaleza, la admisibilidad de pruebas ilícitas; artículo 5 L. VI: «Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos».

Los tribunales vienen aplicando la disposición constitucional, no permitiendo el ingreso de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso: Enmienda Parcial No. 92/90, TRF de la 3a. Región denegando enmienda parcial impetrada por el M.P. contra el acto del juez de

la 12a. jurisdicción federal, excluyendo la transcripción y agregación de los autos del resultado de grabaciones clandestinas. La 5a. Cámara Civil de TJRS, en expediente No. 590.019089 (caso Lio César Echmitt) concedió orden para eliminar del proceso el resultado de grabaciones hechas sin el consentimiento de las personas participantes en la conversación»⁽¹²⁾.

2.7. Las nuevas tendencias del derecho comparado.

Escribe Enrique Véscovi⁽¹³⁾: «En principio debemos decir que descubrimos una tendencia regresiva o limitativa de la prohibición de las pruebas ilícitas que venimos estudiando, al menos con referencia a ciertos delitos que tienen muy preocupada a la comunidad toda. Como pueden ser los de terrorismo y tráfico de drogas y de personas (mujeres y niños).

Así y en este sentido se ha señalado que el derecho a la intimidad, que nos preocupa cada vez más en medio de las agresiones de todo tipo que sufre, es, como todos los derechos, no absoluto sino relativo y limitado. Esto es, que debe verse en su relación con los demás derechos del hombre, como el de propiedad, libertad, vida, etc.

Así nace el llamado criterio de proporcionalidad, que fundamentalmente rescata la teoría alemana, para considerar en cada caso concreto, la situación. Para analizar la relación entre el derecho proclamado para impugnar la prueba ilícita y el que se protege al aceptar esa prueba.

En todo caso nos causa cierta alarma la nueva jurisprudencia norteamericana, con una Suprema Corte de Justicia más conservadora, que, a nuestro juicio ha retrocedido en torno al tema de la prueba ilícita y la mención de los frutos del árbol venenoso, cuyo concepto protector de la intimidad parece descartado.

Referiremos algunos casos últimos de interés.

Así en el caso *McLekskey S.C. Walter Zant* por mayoría y con discordias, se acepta como prueba la confesión del imputado que primeramente había negado su participación en el delito. Esa confesión se obtiene colocando en la celda contigua al acusado otro delincuente con el cometido de conversar con aquel y obte-

(11) CAFFERATA NORES, José I. *Temas de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p.196.

(12) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op.cit.*, p.25. Y además, resulta útil transcribir de ese magnífico trabajo lo siguiente: «Las mesas de proceso penal, actividad ligada al departamento de derecho procesal de la facultad de derecho de la Universidad de San Pablo, tomaron posición sobre la materia de la prueba ilícita con las siguientes conclusiones: Conclusión No.48: Denominanse ilícitas las pruebas obtenidas en infracción a normas y principios de derecho material. Conclusión No. 49: Son procesalmente inadmisibles las pruebas ilícitas que infringen normas y principios constitucionales, aun cuando fueran relevantes y pertinentes y aunque no exista conminación procesal expresa».

(13) Trabajo en homenaje al maestro panameño Jorge Fabrega. Febrero, 1995.

ner datos y su confesión que luego ratifica al verse cercado por la prueba obtenida por ese medio.

En puridad la aceptación de esta prueba deriva del rechazo de la petición del acusado en que basa su apelación, por razones formales (no haber invocado determinado precedente, etc.). El fallo de la Corte, redactado por el Juez Kennedy por seis votos (tres discordias), confirma la decisión de que el recurrente hizo abuso de su *writ* al introducir al recurso de manera ilegal.

El otro caso que queremos citar en esta pequeña referencia es aún más notorio. Se trata de una persona residente en México que fue secuestrada en su domicilio en dicho país y fletado en un avión particular a Texas donde se le juzga y condena por el secuestro y homicidio de un agente de la DEA. El juez de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones confirmando, entendieron que se había violado el tratado de extradición entre los dos países y ordenaron la repatriación a México del inculcado, pero la Suprema Corte de Justicia revocó la decisión, también con discordias. No tenemos tiempo de analizar los fundamentos, pues son ajenos al tema de la prueba ilícita en sí, pero en todo caso, demuestran una tendencia nueva que sin duda, restringe los derechos del debido proceso legal y las garantías de defensa, en forma alarmante».

Y finalmente agrega el tratadista citado: «Por último queremos mencionar un caso de nuestro propio país que está aún a resolución de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

Se trata de un caso en el cual están involucradas varias personas, inclusive un abogado penalista, acusados de enviar mujeres a Italia para ejercer la prostitución (la llamada trata de blancas).

El juez toma como base principal de la prueba grabaciones telefónicas obtenidas por la policía italiana, con autorización del juez italiano, de conversaciones mantenidas entre Italia y Uruguay. La prueba se basa en los dichos de las personas que hablaban desde Uruguay.

El juez decretó el procesamiento pero el Tribunal de Apelaciones en lo penal lo revocó en base, justamente, a que se consideró prueba ilícita la llevada al proceso.

Se hizo hincapié en que, naturalmente, el delito imputado se comete en Uruguay y la policía (Interpol) en comunicaciones con la italiana obtiene las grabaciones que luego se usan como prueba trasladada.

La tesis del Tribunal, que representa en Uruguay el rechazo de la prueba ilícita, se sostiene en base

a que dicha prueba se obtuvo sin conocimiento del juez uruguayo que no autorizó la grabación (como hubiera podido hacerlo según nuestra ley) y que no es válida la obtenida en Italia por grabaciones que, aunque autorizadas por el juez de aquel país, se refieren a comunicaciones en Uruguay respecto de un delito cometido en Uruguay y al proceso penal en este país».

2.8. El principio de la proporcionalidad.

Para atenuar digamos que, el rigor al aplicar sin ningún tipo de excusa la no admisibilidad y estudio de la prueba ilícita, en cierta forma ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Éste consiste en contrastar los derechos fundamentales.

2.9. Prueba ilícita en Colombia.

2.9.1. Se ha dicho por parte de la Corte Suprema de Justicia: los hechos: se formula denuncia penal contra el juez Z, por el delito de prevaricato y concusión. Se presenta fundamentalmente como prueba una grabación deficiente, afirmándose que en ella está la voz del juez y donde, a las claras, se muestra el interés de quien interroga, porque la persona interrogada acepta que solicitó plata para remover a un secuestre.

La Corte dijo: «Las pruebas con las que se pretende demostrar el posible delito de concusión no resisten la más mínima crítica, porque la forma como fueron producidas y el interés de quienes las prepararon permiten declarar la ilegalidad de su creación y las interesadas finalidades de quienes las sustentaron, que, por ese sólo hecho, perdieron su capacidad probatoria.

En relación a la conversación grabada entre el sindicato y el denunciante, debe destacarse que aquella fue realizada estando el primero de los nombrados en estado de embriaguez y habiendo sido éste objeto de un insidioso interrogatorio, que resultó a la postre incoherente y contradictorio, porque de entrada y en la voz con que posiblemente se identifica al sindicato, éste comienza diciendo que aunque quisiera ser venal, no puede serlo, porque jamás se ha vendido, insistiendo, en el curso de la misma grabación, en que no ha hecho ninguna propuesta, que le entendieron mal»⁽¹⁴⁾.

Si bien en la anterior sentencia de la Corte Suprema de Justicia, no hay un pronunciamiento expreso sobre la prueba ilícita, sí muestra ella desprecio por la trampa o la mala fe que se emplea para conseguir las pruebas cuando dice: «y habiendo sido éste, objeto de un insidioso interrogatorio».

(14) Sentencia del 17 de septiembre de 1985. Magistrado Ponente: Dante L. Fiorillo Porras.

2.9.2. Una juez fue condenada por concusión. Un oficial de la Policía Nacional contó que la funcionaria le había solicitado \$ 500,000.00 por no investigarlo por supuestos delitos cometidos por éste.

El oficial la llamó por teléfono, le grabó el diálogo y la juez se mantuvo en la suma de quinientos mil pesos (\$500,000.00) para dejar callada la situación.

La Corte conoce de la sentencia por vía de consulta. En el trámite del «recurso», el Ministerio Público razona así: «Es imperativo que se advierta por esta delegada en lo penal, en primer lugar, la no viabilidad plena de la principal prueba de cargo que se aduce contra la procesada funcionaria, esto es, la cinta magnetofónica obtenida como producto de la subrepticia grabación que se hiciera de una conversación telefónica en que el denunciante indujo intencionalmente a la juez, pieza procesal ésta que no procede elevarse a la categoría de prueba cubierta de pleno mérito probatorio ni legal, como se pretende, toda vez que se trata de un medio procedimental ilícito en su origen, en su producción y hasta en su aducción a las diligencias investigativas».

La Corte considera que la prueba no es ilícita con base en las siguientes consideraciones:

a) Hay que distinguir cuando esa aparente violación proviene de los que intervinieron en la conversación o comunicación o si proviene de un tercero. Censurable esta última, mas no cuando proviene de emitente y destinatario. En el caso que nos ocupa, la grabación fue entregada por el oficial, emitente y a la vez destinatario.

b) La Corte sostiene, que cuando una persona es víctima de un delito, puede hacer las grabaciones. En efecto dice: «Pero, cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita de autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las

acciones pertinentes. Éste por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada».

c) Finalmente la Corte se basa para tener y poder apreciar como prueba la grabación, en aspectos eminentemente procesales, y razona contando que la prueba fue admitida. Que se ordenó tomar «muestras de la voz del denunciante y denunciada con destino al Instituto de Medicina Legal. Y que la propia juez aceptó que fue real la conversación grabada si bien pretendió justificar su proceder aduciendo querer constituir prueba incriminatoria contra el oficial para iniciar investigación criminal en su contra por conductas contrarias a sus obligaciones oficiales⁽¹⁵⁾».

2.9.3. La Corte en sentencia de noviembre 13 de 1990, dijo⁽¹⁶⁾: «La Sala, conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de autoridad que no se ajusten a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedente, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria. Pero también se muestra alerta para no calificar, de buenas a primeras, como formas inaceptables de tortura, aprehensiones que buscan disminuir los riesgos de reacción (vgr. imposición de esposas) o interrogatorios severos. Además, resulta obvio en el proceso de exclusión de resultados investigativos que estos evidencien nexo causal con la práctica ilegal que los genera. Igualmente conviene insistir, en este estudio específico a que está constantemente abocado el juzgador, en lo que suele ser regla de experiencia, o sea, que los procesados, a más avezamiento en el delito, a mayor gravedad del mismo o protuberancia de la prueba de cargo, acuden a dramáticos relatos de coacción, que deben estudiarse

(15) Sentencia de la C.S. de J. Sala de Casación Penal. Marzo 16 de 1988. M. P. Lisandro Martínez Zúñiga. En: Leyes y Jurisprudencia. No.6. Bogotá. p.52.

(16) Los hechos son: algunos miembros de la Dijin conocieron, por una llamada telefónica, que en la casa de K éste guardaba material explosivo y armas de fuego. Solicitaron la correspondiente orden de allanamiento, pero horas antes de que ésta fuera expedida por el Juzgado Cuarto de orden público, al observar que el procesado salía de su casa, le detuvieron e interrogaron, volviendo al sitio y penetrando allí luego que aquél, por cierta presión ejercida por sus capturadores, accediera a franquear su residencia, pues dijo no estar comprometido en ningún hecho delictuoso. En la revisión se halló múltiples armas. En un segundo registro, se le encontró una barra de explosivo sísmico y una mina antivehicular, posesión sobre la cual brindó tres explicaciones (esos elementos los recibió de terceros creyendo que eran unos repuestos. Los agentes de la Dijin fueron quienes dolosamente colocaron ese material comprometedor en su casa; todo esto fue llevado por éstos para ganarse una recompensa). También se halló en casa de K numerosas cédulas de ciudadanía y variada documentación perteneciente a Pedro Pérez.

con escrúpulo y serenidad, a fin de no cerrar el entendimiento ante violaciones impasables, ni abrirlo ingenuamente, con toda amplitud y efecto, a esta clase de maliciosas alegaciones⁽¹⁷⁾».

Las manifestaciones del sentenciado, con todo y buscar la conformación de abrumadoras intimidaciones, no consiguen ese objetivo. Debe pensarse, para concluir en la ninguna tendencia de los agentes que realizaron el procedimiento en cuanto al ejercicio de presiones, amenazas y físicas violencias, que éstos procuraron la intervención del juez, la cual por el comportamiento del sentenciado, que intentó abandonar su casa de habitación, se produjo tardíamente; que todo ocurrió en inmediaciones de su residencia y nadie pudo escuchar una voz de protesta o de auxilio; que la aprehensión, en tal lugar y antes de presentarse el hecho de la entrada al hogar de K, fue de escaso tiempo; que su familia no demostró alarma, o inquietud o afán de recurrir a las autoridades o a los vecinos; que los rastros físicos señalados como efectos de la fuerza ejercida, no guardan correspondencia con lo que al respecto se quiso establecer (se le captura el 21 de octubre/88, en horas de la tarde; la remisión al juzgado se efectúa al día siguiente, horas de la mañana); en la indagatoria -octubre 24- se anota su incolumidad corporal y mental (Fls. 28-30 y 42 lo que intenta explicarse por haber sido rudamente golpeado, pero con la protección de una cobija); que el procesado es una persona de formación militar y que nunca cedió a suministrar la más mínima información sobre las noticias que los miembros de la Dijin decían poseer y que a él fue revelada; que aparece como fenómeno extraño el que tales agentes, poseyendo todas las llaves, no usaran éstas para franquear

autónomamente la entrada y apenas aplicasen a este fin la que servía a la reja del antejardín; que hay un juego sucesivo de coacciones y asentimientos, para nuevamente volver a unos y otras, llegándose a un final en donde se deja traslucir que el ingreso se produjo porque el sentenciado consintió al conocer que todo se debía a la tenencia de unas armas de fuego sobre las cuales podía acreditar su legítima procedencia y dominio. En síntesis, la composición prevenida e interesada que hace K, auspicia una apreciación de actividad ajena a la insufrible violencia, a la amenaza irresistible, a la insuperable intimidación y que, en cuanto a la penetración a su residencia, ésta no fue extraña a un atendible asentimiento suyo.

«Pero hay otra faceta que no es del todo desechable y que merece ser tenida en cuenta. Trátase de que los agentes que realizaron el procedimiento tildado de ilegal, recibieron información sobre la posesión de explosivos y armas de fuego y municiones por parte de K. Las pesquisas les llevaron a vigilar su casa, sabiéndose que estaba allí. Las circunstancias permiten entender, en buena lógica jurídica, que se evidenciaba un fenómeno de flagrancia, que trató de romperse totalmente cuando aquél intentó salir de su habitación y alejarse de allí, momento en el cual los agentes de la Dijin decidieron no esperar más la orden del juez y actuaron. Realmente se encontraron allí los indicados elementos, confirmándose por tanto la situación de flagrancia, la misma que por la seriedad y gravedad de las informaciones recibidas y las pesquisas antecedentes, auspiciaban esa penetración, aun contra la voluntad de su dueño.

Así entendida la cuestión, el proceder resulta válido».

(17) El sentenciado K, a los folios 28 y 29, relata su captura y la intimidación, a la cual le sometieron los mencionados agentes por espacio de una hora, pasado lo cual «supuse que sería tal vez por esas carabinas que tenía en la casa y les comenté que si eso era lo que buscaban, que yo se los entregaba y listo, pero me decían e insistían que yo tenía algo que iba a vender y que los autorizara a una requisa en mi casa, a lo que les dije que no tenía nada que ocultar y que los llevaba si era lo que querían. Luego llevaron o me llevaron en el carro y me pararon en otro sitio y uno de ellos sacó una pistola, me la puso en la sien y me dijo: aquí acabaron sus días, perro H.P. ¿o nos dejas entrar a tu casa o que decidís? Entonces yo les dije que estaba bien, que entráramos, pero ya antes me habían sacado las llaves, mis papeles y a pesar de haber visto que era oficial retirado, me dijeron que esos eran papeles chimbos y que era mejor que cantara. Luego me dijeron: está bien, te vamos a dejar sentar y hablemos para entrar a la casa. Yo, levantándome del piso, me senté y ví que estaba como a ochenta metros de mi casa, entonces esposado me bajaron del carro y me llevaron hacia la casa de donde ya salía uno de los agentes de mi casa con el candado de las rejas abiertas y con mis llaves. Me dijo: vamos a entrar. Cuando llegué a la reja de mi casa, que ya estaba abierta, entré y me dijo el más alto de ellos, a manera de pantomima, abra la puerta, aclaro, la segunda puerta, para entrar a su casa y supongo que está bien claro que es por voluntad propia. Entonces yo le dije, que ante estas circunstancias qué más podía hacer. Entramos derecho al segundo piso, al cuarto donde tenía las dos carabinas y el más alto me dijo: ¿dónde duerme? y lo llevé a mi pieza donde se hizo abrir mi armario y revisó y no encontró nada, entonces me sacaron al tallerito y ahí me quedé con un agente revisando una cantidad de cajas que yo tenía, una por una por espacio de una media hora donde no encontraron nada, pero en ese lapso el más alto se subió el segundo piso y se puso a manipular a mis hijas, que no supe qué fue. Al rato bajó y me hizo subir de nuevo a mi pieza y me dijo qué era eso, a lo que yo le dije que hacía unos tres días un amigo había ido a visitarme para un trabajo de calcomanías y que cuando ya salían ellos, les dije que para dónde iban, que si me podían llevar hacia los laboratorios Siemens en la 68 con las Américas y me dijeron que claro que con mucho gusto, pero que si podía hacer el favor de guardarles unos repuestos para carro que era que pesaban mucho y yo les dije que claro y me entregaron una bolsa la que cogí, sin ver, corrí a mi pieza y la guardé y bajé rápidamente para aprovechar la carrerita en el carro. Me pareció extraño que estos amigos Arturo Giraldo y otro, el que me llevó ese día de apellido Becerra o Montoya, no recuerdo bien, empezaron a hablarme de fantasías de volar la embajada americana, de un avión de la DEA y yo les seguí la corriente porque la mayoría de los casos de los militares retirados tienen y tejen fantasías con el mando y poder que ya no tienen»

Finalmente la Corte dice en la sentencia. «La tesis de la delegada, en cuanto pretende distinguir entre el allanamiento como tal y las pruebas recogidas durante el mismo, al punto que éstas pueden ser válidas. Pese a la invalidez de aquél; o ellas pueden ser inválidas, pese a la validez del registro, exigiéndose por tanto el análisis separado y autónomo de uno y otros, pues es manifiesta su independencia y la imposibilidad de censura por la vía del error de derecho, resulta exagerada, por lo indiscriminada y extraña a la valoración jurídica que debe presidirla.

Para la Sala la cuestión merece ser discriminada y tratada en forma diferente, dando lugar a consecuencias múltiples y distintas. De ahí que se pueda decir, de entrada, que la actividad procedimental que busca producir un medio probatorio llega a tener usualmente tanta entrelazada importancia, que, con frecuencia devienen en aspectos inescindibles, al punto que, atacado con éxito uno de los extremos, el otro desaparece; en otros términos, la pérdida de valor de lo actuado, que debe estimarse unitariamente, se da a expensas de la destrucción de uno u otro aspecto, o de la integrada formulación de la censura.

De ahí, por ejemplo, que si una confesión extrajuicio (indicio) se da durante un allanamiento realizado de manera arbitraria, o en interrogación indebida, no es dable decir que son diferentes y autárquicos el allanamiento, la toma de versión y el indicio que de allí resulta, pues obviamente, si éste sólo se obtuvo por tal medio, la validez tiene que mirarse por esos primeros planos. Otro tanto podría decirse de la recepción de la indagatoria, contraviniéndose a las formalidades sustanciales de la misma, y la confesión que en ella se produzca; o la designación arbitraria de personas que no son auxiliares de la justicia o la confección totalmente ilegal de un cuestionario, y la prueba conocida como dictamen o pericia. Vale tanto, cuando el aspecto es único, afirmar que la confesión fue recepcionada sin que en ella interviniera el juez, como afirmar que la diligencia de injurada, por este mismo vicio, se torna en inexistente, desapareciendo el elemento probatorio. De igual modo puede decirse que si lo único que permite considerar la existencia de un elemento probatorio que provenga del procesado es la diligencia de allanamiento, y ésta se cumplió contrariando su regulación legal o constitucional, vale tanto llegar al desconocimiento de esta diligencia para que lo que de ella dependa, en forma exclusiva, corra igual destino, como censurar la existencia del documento del elemento delictivo o producto del delito, por haberse obtenido por procedimiento vedado.

Nadie negará que un interrogatorio bajo tortura vicia la confesión y vicia igualmente los descubrimientos que sólo dependan en su fuerza demostrativa de ese medio.

Por eso, si un allanamiento efectuado en contravía de lo que al respecto, en sus aspectos básicos e imprescindibles, constituye la única manera de acreditar las manifestaciones de la persona que tenía derecho a la guarda domiciliaria, obviamente que el defecto tan sustancial dará al traste con esa comprobación.

Pero si el procesado, en diligencia válida posterior, decide reconocer la posesión de esas armas, la situación cambia fundamentalmente pues el valor de esa probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria misma.

Y también puede llegarse a igual resultado por complementos testimoniales, periciales, documentales, etc.



Conviene también dejar a salvo demostraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho, las cuales no pueden unirse al desprestigio o carencia de validez de procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen. Así el allanamiento exhiba irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería v.gr., el descubrimiento de un cadáver, de dinero, o documentos falsificados de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona secuestrada.

Se tiene, entonces, que en el caso *sub-exámine* el allanamiento fue válido bien por la aquiescencia del procesado, pues no logra convencimiento la forzada explicación de haber accedido a la penetración por la coacción o violencia sobre él ejercida, bien por que se daba un fenómeno de flagrancia. Y de otro lado K reconoció a lo largo del proceso que tales armas (las armas de fuego con sus municiones), así como los varios documentos decomisados, eran suyas y tenían una procedencia legítima. Esto le ha dado a esta situa-

ción una caracterización diferente y de ahí la validez de todos los experticios efectuados sobre las mismas⁽¹⁸⁾».

La sentencia anterior nos permite resaltar los siguientes aspectos:

a) Se maneja el criterio de la insufrible violencia (que no se puede sufrir -muy difícil de sufrir-. Sufrir: sentir físicamente un daño, dolor, enfermedad o castigo. Sostener, resistir, aguantar, tolerar, soportar, permitir, consentir). Es decir, que puede existir una violencia sufrible o amenaza resistible, superable intimidación, etc., para realizar una determinada actividad.

b) Que se puede caer en el error de manejar el instituto de la flagrancia para inmacular procedimientos ilegales cuando el resultado es positivo, como en el caso que nos ocupa, encontrar las armas. Ese resultado pareciera justificar la no orden de allanamiento. Pero, ¿qué hubiera sucedido si las armas no hubieran estado?

c) Permite manejar grados de «ilegalidad». Tan cierto resulta lo anterior que la sentencia afirma: «es lo cierto que las características de la conducta no afirman, en el grado que exige la ley, una apreciación de abierta ilegalidad», y obsérvese esta graduación en lo estudiado por la Corte: «y por tanto el procedimiento está más del lado de la ley que en contra de sus postulados y dictados.»

d) Se da paso a una posible inmaculación de lo que no lo era, cuando refiriéndose a un allanamiento ilegal la Corte termina diciendo: «Pero si el procesado, en diligencia válida posterior, decide reconocer la posesión de las armas, la situación cambia fundamentalmente pues el valor de esa probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria y también puede llegarse a igual resultado por complementos testimoniales, periciales, documentales, etc.

e) Se da una aplicación bien importante a la teoría de los frutos del árbol envenenado o del árbol prohibido. Cuando la Corte afirma: «Nadie negará que un interrogatorio bajo tortura vicia la confesión y vicia igualmente los descubrimientos que sólo dependen en su fuerza demostrativa de este medio».

f) También, en una aplicación muy especial de la teoría de los frutos del árbol envenenado, sostiene la Corte: «Así el allanamiento exhiba irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería v.gr., el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona secuestrada».

Esta sentencia fue dictada antes de la vigencia de la actual Constitución Nacional, y por sobre todo de la existencia del aparte final del artículo 29 de la C.N.

2.9.4. Ocurrieron los siguientes hechos: Un día del mes de marzo de 1992, cuatro agentes de la policía hacían el seguimiento de unos electrodomésticos hurtados y parece que tenían noticia de hallarse aquellos en la casa de L, a donde solían llevarse esta clase de objetos a cambio de estupefacientes. Tocaron a su puerta, observaron por la ventana el paso de una persona y ante la tardanza a atender ese llamado, uno de los agentes miró por debajo de la puerta y observó un desplazamiento de la procesada con algo entre las manos parecido a una bolsa, morral o tula. Le solicitaron permiso para ingresar y encontraron droga. L fue condenada a 60 meses de prisión.

En casación se alegó fundamentalmente, que interese para el tema que nos ocupa: a) que se llegó a la casa de L con un motivo preconcebido de la policía que allí había droga. Llegar, dice el defensor, con un encubierto motivo (búsqueda de unos electrodomésticos hurtados) y dejar por fuera lo que verdaderamente les impulsaba (búsqueda de droga) es arbitrario y abusivo; b) la prueba conformada por los testimonios de la policía violó el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 15 de la C.N. al mirar por debajo del quicio de la puerta hacia el interior del hogar, atacando en cierta forma la inviolabilidad de habitación ajena. La Corte, uniendo sus apreciaciones a las del procurador primero delegado para lo penal, afirma: «De otro lado, el punto, de cierta manera, ya lo ha definido la jurisprudencia (...) al estimar que una orden judicial de allanamiento expedida con todas las de la ley, para un determinado efecto, no priva a la autoridad que lo realiza de descubrir actuaciones ilícitas propias de ese inicial cometido, afines al mismo o completamente extrañas a ese propósito, surgiendo como diligencia plenamente válida todo lo que al respecto se haga y los logros en ese plano al descubrir una acción ilícita. Y esto se dice no sólo porque el asentimiento a ese acceso no puede darse con condicionamientos, v.gr., la restricción de no revisar sino algunas zonas de la habitación, no interrogar a nadie, revisar sólo cosas pero no personas, etc., pues la autoridad no puede tener esta veda cuando la actuación se ciñe a los dictados de la ley pertinente reguladora de la misma, disciplinamiento jurídico que se muestra ajeno a lo que se pretende imaginar el demandante con su mínimo enunciado»

(18) Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. No. 13 de 1990. M. P. Gustavo Gómez Velásquez.

Vuelve la Corte igualmente a plantear la flagrancia, cuyo criterio quedó plasmado en la sentencia anterior, y reitera: «situación en la cual la autoridad puede prescindir del requisito de la autorización del morador o de la orden escrita del funcionario judicial. Además, sería recortar de manera aberrante el radio de acción de la autoridad, en desmedro de las garantías constitucionales que cuestan para la sociedad, a la vez que se dispensaría insólito e indebido tratamiento de privilegio a la delincuencia, la cual no se niega, goza de protecciones jurídicas pero en espacio propio y con una reglamentación muy conocida y bien evaluada en su contenido y alcance.»

Y con relación a la vulneración de la intimidad personal agregó: «La violación de la intimidad personal diversa del domicilio -al mirar por debajo de la puerta hacia adentro y el entrar con engaños so pretexto de buscar una cosa para encontrar otra-, encuentra la misma respuesta ya dada aquí y en el cargo anterior. Es el propio sujeto amparado por la protección constitucional y legal el que admite la intromisión en el ámbito personal y reservado de su domiciliaria, cuando consiente la entrada de los agentes de la autoridad. En relación con la mirada hacia el interior, por un hueco bajo la puerta, será obvio pensar en que ese evento no constituye una violación de la intimidad de la morada, en cuanto se deja un espacio vacío que permite la vista sin penetración, lo que ciertamente no viola la intimidad que no está resguardada de la intromisión ajena. Así, si alguien construye una ventana que da a la calle y no coloca cortinas que impidan la vista, o no las corre si las tiene, no podrá aducir vulneración de su intimidad personal si realiza actos personales que por allí pueden ser vistos. Es una especie de permisión tácita a la intromisión ajena en el ámbito domiciliario o personal, lo que no resultará ilícito sancionable, aunque eventualmente devenga en reprochable acto de indebida cortesía»⁽¹⁹⁾.

Rompiendo un poco el orden, pero con miras a la búsqueda de mayor utilidad a las explicaciones que posteriormente haremos, resulta importante referirnos a la sentencia de fecha 12-4-94 de la Audiencia Provincial de Madrid (España, sección décimo quinta):

Hechos: se realizaron unas grabaciones audiovisuales de la conducta de los acusados. Una de las grabaciones se logró dentro de los servicios higiénicos y otra fue lograda en zona al aire libre (nos estamos refiriendo a un parque).

En lo que atañe a los servicios higiénicos, se trata de una dependencia en la que hay dos lavabos y

dos inodoros, éstos con sus respectivas puertas, sin que conste en la causa que sean unos servicios específicamente destinados a hombres o mujeres, aunque sí está claro que se trata de servicios públicos y abiertos al público.

Dice la providencia: «Ahora bien, el que sean unos servicios públicos para uso de cualquier ciudadano no quiere decir que estemos ante un espacio desprovisto de toda privacidad. Por contra, y debido precisamente al destino que tiene asignado ese lugar público -el que los ciudadanos puedan satisfacer sus necesidades fisiológicas personales- aparece revestido de unas connotaciones de privacidad que le dan un carácter especial y singular. Desde esta perspectiva, puede hablarse de un lugar público pero no expuesto al público.

En efecto, estamos ante un lugar público en cuanto que cualquier ciudadano puede entrar en él y utilizarlo para sus necesidades higiénicas y fisiológicas, pero, dada su función, es un espacio cerrado cuyo interior no puede ser visto desde la vía pública. Y no están expuestos al público ni la zona concreta asignada a los lavabos ni, por supuesto, los espacios cerrados en que se ubican los inodoros.

La videocámara enfocaba a la zona de lavabos, de tal modo que los inodoros quedaban en un ángulo ciego al que la cámara de filmación no podía acceder con su objetivo. Por tanto, es importante dilucidar cuál es la naturaleza del espacio realmente filmado y, sobre todo, si las personas que lo utilizaban gozaban de una privacidad tutelable por la norma constitucional».

Obsérvese la distinción que se hace con gran sutileza entre la zona de los inodoros propiamente dicha y la zona inmediata donde se encuentran los lavabos (la filmación se hizo captando solamente la zona de los lavabos, como ya se dijo): «A este respecto, parece claro que en esa zona de los servicios higiénicos se realizan acciones que gozan de cierta privacidad. Y así, es lo normal que, una vez utilizado el inodoro, las personas se arreglen y se acicalen en el lavabo. Y no resulta nada extraño que, dada la incomodidad del espacio destinado a las necesidades fisiológicas, los usuarios se reajusten la ropa interior en el espacio destinado a la antesala del wáter. Es cierto que en él no concurre la misma privacidad que en el espacio del inodoro, pero se trata también de una zona cerrada donde el usuario se encuentra solo en muchas ocasiones, lo que le crea una situación de confianza y de privacidad que le llevan a realizar actos de cierta intimidad corporal. Pues, en modo alguno pueden conside-

(19) Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. M. P. Carlos E. Mejía Escobar. Noviembre 17 de 1994. No. de radicación 8527. En: Autos y sentencias. José M. Forero B. Bogotá: Ediciones J. U. LTDA., 1995, septiembre-diciembre de 1994. p.25.

rarse incompatibles los espacios públicos con las situaciones de privacidad; así lo han reconocido en la práctica algunas resoluciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos (Katz vs. Unites States (1967), Terry vs. Ohio (1968) y United States vs. Chadwick (1977)).

Continúa la providencia diciendo: «Ese ámbito de privacidad fue el que buscaron los acusados y sus compañeros para consumir la heroína accediendo a un lugar cerrado donde no pudieran ser vistos con la facilidad para poder satisfacer su adicción, y en ese lugar, por supuesto, hablaron de temas relacionados con la droga y conversaron también sobre otros asuntos de su vida privada, pues, al fin y al cabo, integran un grupo de personas unidas por ciertos vínculos de amistad.

Así las cosas, al instalar subrepticamente una cámara de video y grabar las imágenes y conversaciones de los imputados y de sus compañeros y amigos, no cabe duda que se violentó su derecho a la intimidad personal, tanto desde una perspectiva formal (derecho al secreto de las comunicaciones art. 18.3 de C. E.) como desde una perspectiva material (18.1 de la C.E.)»⁽²⁰⁾.

Cita la providencia el caso «Malone»⁽²¹⁾ y se refiere a que en el caso que nos ocupa se grabó toda la conversación de las personas en el lavabo.

Agrega la providencia: «Y si esos razonamientos sirven para fundamentar que se ha infringido el derecho al secreto de las comunicaciones, otro tanto puede decirse en lo atinente al derecho a la intimidad desde una visión sustantiva y material. Pues no sólo se ha filmado durante varias horas en un espacio donde suelen realizarse actos de intimidad corporal, sino que se ha grabado conversaciones e imágenes relativas a la vida privada de los inculpados. No de otra forma pueden calificarse las conversaciones y las imágenes referentes al consumo de sustancias estupefacientes».

Y la sentencia repudia lo clandestino y lo insidioso y afirma: «En contra de lo que se ha venido esgrimiendo, podría argumentarse que los agentes siempre tendrían la posibilidad de entrar personalmente en los servicios higiénicos y observar directamente lo que

ocurría sin que se llegara a vulnerar ningún derecho fundamental. Ello es cierto, de modo que al tratarse de un lugar público utilizable por cualquier ciudadano los policías podían entrar cuando quisieran y registrar la zona en que se hallaban los inculpados, dado que no se trataba de un domicilio privado.

Precisamente por tal motivo debe quedar bien claro que la violación de derechos fundamentales se produce debido al procedimiento invasivo que utilizaron los agentes para obtener la prueba: un artificio técnico audiovisual que, en virtud de su carácter insidioso y clandestino, impedía a los inculpados controlar el ámbito de su intimidad personal y tomar precauciones ante la presencia de un tercero dentro de un recinto cerrado y destinado a actos higiénicos de no poca intimidad».

Con relación a la toma de la zona del parque situada al aire libre se dijo: «no cabe, en cambio, sentar la misma conclusión en lo que atañe a la grabación videográfica tomada en la zona del parque situada al aire libre, pues en este segundo supuesto se ha filmado un lugar público, abierto al público y expuesto al público: las zonas del parque donde hay bancos, árboles y vías de paso. No puede argüirse, pues, que sean lugares públicos que generan una expectativa de intimidad, sino todo lo contrario.

Los viandantes al tratarse de lugares abiertos y expuestos al público, saben que pueden ser observados en todo momento tanto por personas que deambulan por el mismo parque como incluso desde los edificios próximos.

Con ello no pretende defenderse como adecuada y proporcionada la filmación de grandes espacios de las ciudades al efecto de controlar y visualizar cualquier hipótesis lejana e inespecífica de actividades delictivas. Una medida de esta índole convertiría los centros urbanos en grandes panópticos y generaría probablemente más desasosiego que el que pudiera crear la propia actividad delictiva.

Però lo que sí parece razonable y ponderado es filmar puntos concretos sobre los que constan indicios

(20) La Constitución española establece en su artículo 18: «18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». «18.2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

«4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

(21) Para reforzar lo argumentado, no está de más citar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2 de agosto de 1984: «Caso Malone», en la que se consideraba infracción del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos el mero uso de un artificio técnico denominado «comptage» o «recuento», que sólo permite controlar el número telefónico al que se llama, pero no el contenido de una conversación. Esta doctrina ha sido acogida por el T.C. Español en su sentencia de 114/1994 (rtc, 1994, 113) que también ha considerado ilícito tal procedimiento.

suficientes de que en ellos suelen desarrollarse actividades delictivas. Y esto es lo que sucedió en el presente caso, habida cuenta de que la policía municipal había recibido denuncias acerca de acciones delictivas realizadas de forma reiterada en el parque público, y había podido también comprobar personalmente movimientos que apuntaban en tal sentido.

Con semejantes antecedentes, parece razonable que filmara la zona donde esta actividad tenía lugar, para lo cual el tratarse de un lugar abierto y expuesto al público y en el que no constaba reserva de intimidad alguna, no precisaban autorización judicial. De ahí que se estime lícito el material videográfico obtenido en ese ámbito y que, en consecuencia, se valore como prueba al fijar los hechos probados»⁽²²⁾.

2.10. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El caso ocurre en Suiza y se dice que el señor Pierre Schenk contrató al señor Pauty para que diera muerte a su esposa, la señora Joseff Schenk.

El señor Pierre Schenk es acusado y condenado por tentativa de inducción al asesinato y una de las pruebas que sirvió para la condena fue una escucha ilegal telefónica donde se utilizó como agente provocador al mismo Pauty (quien supuestamente fuera contratado por Pierre Schenk).

En el Derecho suizo se requiere la autorización judicial, para que sea legal la interceptación telefónica, la cual no se consiguió (la policía actuó sin esa autorización).

Las posturas del gobierno suizo y los tribunales del mismo país, fueron así:

1. El gobierno suizo plantea la necesidad de ponderar los intereses en debate y que además la grabación no constituía el único elemento de prueba. Y reconoce la ilegalidad de la grabación.
2. El Tribunal Criminal de Rolle ha considerado

especialmente que de «todas formas el contenido de la grabación había podido figurar en el expediente, bien sea porque el juez de instrucción hubiese puesto bajo vigilancia el aparato de Pauty (el contratado para matar), bien sea simplemente porque bastaría oír a Pauty como testigo». Y que «entrar en los puntos de vista del acusado comportaría suprimir una buena parte de las pruebas de los expedientes penales».

3. El Tribunal de Casación Penal del Tribunal Cantonal de Vaudois ha destacado que: «En sí misma la grabación impugnada no incidía en la interdicción de la prueba», que si se quería recurrir a la balanza de los intereses y derechos en presencia, la violación de la esfera privada no debía prevalecer sobre el interés general en el descubrimiento del culpable de un crimen grave y que el medio utilizado quedaba en el caso concreto en los límites de lo tolerable que impone la lucha contra el crimen.

En cuanto al Tribunal Federal (Suiza), éste ha estimado que «el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima».

En resumen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio (por trece votos contra cuatro)⁽²³⁾.

Con base en ese artículo el señor Pierre Schenk había sostenido que el proceso no era equitativo por el uso de esa grabación. Hubo salvamento de votos, donde prácticamente se sostiene que sí existió violación no sólo al artículo 6.1 del Convenio, sino también al artículo 8 del mismo⁽²⁴⁾.

Con sustento en las muestras anteriores, se puede llegar fácilmente a la conclusión que el tema de la prueba ilícita no ha sido abordado uniformemente y ni siquiera bajo una sola denominación.

(22) En un voto particular se dice: «En los hechos enjuiciados en la presente causa, la medida adoptada para investigar el tráfico de drogas que se realizaba en el parque público, y en los servicios públicos del mismo, ha de calificarse de proporcional, ya que dado el lugar donde fundamentalmente se producía el tráfico de drogas, era difícil acreditar lo que realmente sucedía con otros medios probatorios y atendida la gravedad del ilícito tráfico de drogas investigado, la intranquilidad que existía en la población y las molestias que producían, se recurrió por la policía a grabar lo que ocurría en los servicios públicos».

(23) El artículo 6.1 del Convenio reza: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Todo lo referente al caso Schenk lo he elaborado con base en el libro ya citado de Lopez Barja de Quiroga. pp. 101 y ss.

(24) El artículo 8 del Convenio reza: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». «2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por otra parte, se puede arribar a las siguientes conclusiones en la época actual:

1. Se nota una inclinación a tolerar cierta violación de los llamados derechos fundamentales sobre todo cuando se dice que éstos no se pueden interpretar sin tener en cuenta que deben estar inscritos en la sociedad. Violación que se minimiza con el argumento que se hace en beneficio de la búsqueda de la prueba y por consiguiente pretendiendo eficacia en la persecución de la criminalidad.

2. Cuando aparece dentro del tema de la prueba ilícita el problema de la violencia que se ejerce para conseguirla, no es para repudiarla de plano, sino para estudiar su gravedad y para clasificarla, defendiendo «virtualmente» alguna que es sufrible (por oposición a insufrible).

3. Se justifica vedadamente o por lo menos se remata para inmacular: la violación de ciertas formalidades (ejemplo: en los allanamientos o en las interceptaciones telefónicas), tomando el resultado conseguido (ejemplo: encontrar las armas) como flagrancia.

En efecto, si se realiza por ejemplo un allanamiento en contravía de las disposiciones constitucionales y legales, pero se encuentra lo que pudiera llamarse el objeto ilícito, se justifica todo con la flagrancia. En caso contrario nada ocurre y las investigaciones pierden colorido y se encontrarán siempre justificaciones.

4. La manifiesta preferencia por favorecer la búsqueda de la prueba, aun con la vulneración de los derechos fundamentales, se manifiesta en forma tan rotunda que inclusive como se hizo referencia atrás, ya se hacen escalpeos como decir que el procedimiento empleado está «más del lado de la ley que en contra de sus postulados y dictados» o, «el medio utilizado (la grabación insidiosa y clandestina) quedaba en el caso concreto en los límites de lo tolerable que impone la lucha contra el crimen».

5. La prueba, su búsqueda, su captura, debe obedecer a un rito, que en sí mismo tiene exigencias de tipo ético. Sin embargo, se encuentran, como hemos visto, justificaciones al empleo de métodos clandestinos e insidiosos, como las grabaciones, el agente encubierto, el agente provocador, el motivo encubierto, como formas válidas (sin reproche ético) para demostrar determinados hechos⁽²⁵⁾.

El agente provocador es aquel policía (autoridad) que incita a que se cometa un delito. Es lo que

también se llama delito experimental. Es distinto del agente encubierto, que es aquel infiltrado en organizaciones criminales pero que no incita a cometer un delito.

6. Se aterran en algunas latitudes del empleo de narcóticos para averiguar la verdad en el proceso penal, pero en cambio son permeables y justifican la insidia, la clandestinidad y la fuerza para conseguir las pruebas.

Sin embargo, en algunas partes estos procedimientos atentatorios de la ética han merecido repudio como en el caso citado y resuelto por algún tribunal español.



7. En forma franca se viene defendiendo el criterio de proporcionalidad (doctrina de los tribunales de Alemania Federal) para admitir la prueba ilícita. Se confrontan los derechos en conflicto y se busca un equilibrio entre ellos. Recuérdese el caso de Pierre Schenk. Elaboremos un ejemplo: el señor A, intuyendo que su cónyuge tiene relaciones sexuales extramatrimoniales y con el fin de poder demandar el divorcio con sustento en esa causal, procede a colocar un video en la alcoba matrimonial y efectivamente logra la grabación. Al ser utilizada la grabación, la señora B argumenta que la prueba viola el artículo 29 de la C. N. ya

(25) Se ha dicho: «El criterio aplicable para decidir si una prueba es admisible estriba en si es relevante para el caso en cuestión. Si lo es, resultará admisible y al Tribunal le importa poco como se obtuvo la prueba» (Tribunal de Apelación para Africa Oriental y el Comité Judicial de Privy Council. 1955. Dicho por Lord Goddard. Tomado de la Ponencia Presentada por Jesus Fernandez Entralco. Universidad Hispanoamericana Santa María de Rábida (Huelva) 1989.

que se le violó el derecho a la intimidad protegido por el artículo 15 de la C. N.

Acerquémonos al caso para observarlo mejor: el marido tiene derecho a la prueba (artículo 29 de la C. N.). Además es regla de la experiencia lo difícil que resulta probar esa causal. Puede invocar el derecho y la dificultad para conseguir la prueba como justificaciones para utilizar el video y la señora B su derecho a la intimidad (¿tendrá derecho a alegar tal derecho, cuando ella fue la que introdujo un extraño?).

Si se resuelve aceptarla, se da preponderancia al derecho a la prueba y se bendice el método de buscarla por lo difícil que resulta probarla. Si se niega su aceptación y valoración se da preponderancia a ese derecho a la «intimidad». ¿Qué dirá la sociedad que sabe que efectivamente sí hubo relaciones sexuales extramatrimoniales, pero la sentencia dirá que no se probaron?⁽²⁶⁾

Dentro de este criterio de la proporcionalidad se ha abierto sendero a la utilización de la prueba ilícita «pro reo», sea ésta conseguida por él o por un tercero, no importa que se haya afectado derechos del propio inculpado o de terceros.

8. Hay una tendencia, que pudiéramos llamar mundial, a tolerar cierta violación de los derechos fundamentales para conseguir las pruebas. La lucha que los estados han emprendido contra bandas organizadas dedicadas al terrorismo, el narcotráfico, al secuestro, les ha exigido quizá este comportamiento.

Este comportamiento ha resultado bien mirado por las personas del común, pero viene acostumbrando a los órganos del Estado a violar esos derechos y de pasada al órgano jurisdiccional a justificarlos y encontrarles una immaculación frente al temor de que la criminalidad señoree.

Los estados invocan una supuesta legítima

(26) Transcribamos estas reflexiones de un gran jurista:

«En efecto, la protección debida a la intimidad personal y familiar, no desprestigia ni anula toda observación que se proyecte en ese ámbito. El cerrado individualismo que algunos intérpretes nacionales quieren adjudicarle a la constitución política, no soñado ni siquiera por los epígonos más acérrimos de esta ideología, no puede prosperar porque lejos de ser un instrumento racional de valoración de la carta, la aniquila y convierte no en instrumento de convivencia, solidaridad e independencia, sino en factor de disolución y en verdadera náusea de anarquía y abuso. Cuando alguien intenta personalizar de tan extraño y repelente modo los derechos que acompañan al ser humano, tiene que entender a éste no como lo que es, ser social, sino imaginarlo aislado, solitario único, notas que le deben acompañar siempre vaya donde vaya, realice lo que realice y esté como esté, pues sólo así es dable comprender que el ejercicio absoluto, omnímodo e ilimitado de sus derechos no se toca con los otros individuos o colectividades. Por eso resulta absurda, anacrónica e incomprensible la interpretación que haga un juez de un derecho proyectando éste en su máximo desarrollo y plenitud, sin entrar en juego el entrecruzamiento que, obligadamente, se presenta con otras prerrogativas y protecciones jurídicas.

El buen juez no es el que produce la decisión necia, explicable sólo desde el punto de vista de un individuo, sino el que asume la decisión que concilia el constante conflicto de intereses y la oposición de derechos que la vida ofrece. Lo primero es un juicio arbitrario, lo segundo es justicia. Aquello sólo produce pasmo por el desorden que produce, esto llama al elogio y causa respeto por el equilibrio social que impone. La tesis inicial trata de legitimar, con el ropaje de la toga, el abuso, la violencia; la segunda reconoce los necesarios límites que establece el vivir en un estado de derecho, en un ente social, en una básica urdimbre de derechos, obligaciones y deberes, que procura perfección y no destrucción, mejoramiento y no retroceso. El ámbito de la intimidad tiene que responder, para ser atendido, a un gobierno legítimo de ese espacio. Esto se explica del siguiente modo, así los ejemplos salgan del estricto campo de lo penal. Tómese el caso del hogar, en donde la pareja, marido y mujer, tienen una igualdad de derechos y de compromisos. Hay zonas de intimidad personal, dentro de este escenario doméstico, que no pueden ser avasalladas por el otro, por la sola razón de convivir. Lo que no quebrante ese modo de vida compartida y fortalezca valores tan esenciales como la dignidad y libertad legítima, propia del desarrollo individual y conjunto, tendrá que mirarse como espacio merecedor de severa e infranqueable tutela. Pero cuando ese ámbito conyugal, al cual tienen participación y acceso por igual los cónyuges se desconoce y uno de ellos trata de introducir un distinto y contradictorio esquema de desarrollo, imponiendo su exclusiva voluntad, para consumación de actos ilícitos o incompatibles con ese escenario, el otro está autorizado para reclamar y apoyar ese requerimiento con medios usualmente no utilizables si se respetan las características propias de esa morada familiar. Para ilustrar este discurso basta considerar la situación del consorte que se considera, fundadamente, burlado en su propia residencia y decide comprobación mediante una oculta filmación. Los individualistas a ultranza, aquellos que sólo consideran el derecho sexual de cada uno aisladamente, impedirán la instalación de este medio de control y verificación, y más todavía se mecerán los cabellos y rasgaran sus vestidos porque a un proceso de divorcio o separación se trata de incorporar prueba de esta índole. Pero, bien miradas las cosas, ésta sería una conducta válida y una prueba procedente, porque allí no hay violación de la intimidad individual o familiar, porque precisamente se está empezando por desconocer la naturaleza y condicionamientos de esta intimidad, con la intromisión de un extraño. ¿O es que acaso el hogar debe considerarse como sinónimo de burdel o lugar público al cual pueda introducirse el amante con superior derecho al del cónyuge burlado? ¿Será barrera infranqueable a todo control el asentimiento que preste uno de los esposos? El derecho en este caso, es de dos y no de uno, por cierto del más insensato y que no ha sabido preservarlo. Porque si ya éstos quieren conjuntamente la desvirtuación del lugar, pues no hay más remedio que aceptar tan lamentable estado de cosas, porque los titulares de los derechos, todos, han dispuesto de los mismos en forma que tolera la ley. Los que niegan esta interpretación (validez de la prueba así obtenida) tendrían que imponer, como pauta de valoración igualmente idónea y eficaz, el que el cónyuge afrentado, no puede, al momento de producirse tamaña agresión, ni siquiera penetrar a su casa y observar lo que allí sucede, porque estaría violando la intimidad de los amantes que realizaban sus faenas en sitios inadecuados. Y vale tanto posibilitar esa irrupción, para que por directa retina se produzca la comprobación, como la de dejar un documento de comprobación del suceso, para hacerlo valer posteriormente ante la ley. O de otro lado, tendría que hacerse otro impropio distinción: permitir esa súbita irrupción, pero de manera insular, sin hacerse acompañar de nadie que realizara idéntica observación y le testificase luego o que se obtuviera una placa fotográfica o se tomase un video. Esta clase de singulares exégetas únicamente tolerarían la personal y resignada visualización, sin poderse historiar o documentar por cualquier medio el aflictivo y trascendente suceso» (Dr. Gustavo Gómez Velásquez - Tratadista colombiano).

defensa en pro de la legalidad y la constitucionalidad, pero se desbordan y de contera «obligan al órgano jurisdiccional a ser tolerante con esas violaciones».

Las justicias secretas que los estados han considerado necesarias para perseguir cierto tipo de criminalidad, han venido abriendo, y continuarán haciéndolo, una gran brecha por donde se deslizará, si no se tiene cuidado, el desconocimiento de los derechos humanos. Perseguir la criminalidad echando por la borda la ética es un precio muy alto que tarde o temprano se cobra en perjuicio del hombre y su grandeza.

Debe ensayarse otro tipo de protección a los funcionarios y a los testigos, pero en nuestra América a menudo violenta y con grandes masas de población, ignorante y pobre, ese secreto lejos de permitir una buena justicia, es otro motivo generador de zozobra y de violencia. La prueba secreta, el misterio en su manejo, es lo que más daña al ser humano encartado. Obligar al ser humano a intuir qué pruebas se tienen en su contra, supone un desgaste que genera resentimiento

contra el órgano jurisdiccional. La justicia secreta en el aspecto probatorio va en contravía de las reglas de la ética. Del secreto de la justicia se pasa fácilmente a la violación de los derechos humanos para conseguir la prueba. Aquella es una tentación muy grande para no aceptar la consecuencia. La justicia secreta no es el escenario natural de las pruebas. Se puede decir que la ansiedad del Estado por perseguir estas bandas, acomoda una dialéctica bien clara: amigo enemigo y se hace realidad el proceso que Beccaria calificaba como ofensivo, en que el juzgador más que de obtener información se ha de preocupar de encontrar, a cualquier precio la prueba⁽²⁷⁾.

Esa ansiedad le tiende claramente una trampa al Estado de Derecho, sobretodo cuando hay presión externa y por ello los cuerpos secretos, policiales, etc., resultan siendo protagonistas de la actividad probatoria. Esta actividad resulta estigmatizada por una mani-fiesta parcialidad que niega el sendero natural de la prueba que es la imparcialidad. ☞

(27) FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op.cit., p.815.