



Universidad del
Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Penal

Título del proyecto

El Control de Legalidad Probatoria: Tratamiento y Exclusión de la Prueba Ilegal e Ilícita en la Audiencia de Solicitud de Medida de Aseguramiento en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

Presentado por:

Javier Camilo Amador Perilla
Magaly Lozano Rodríguez

Alejandro Cadena Molano

Bogotá, D.C. 12 de septiembre de 2025



Universidad del
Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Penal

Título del trabajo

Modalidad: Artículo de reflexión

Presentado por:

**Javier Camilo Amador Perilla
Magaly Lozano Rodríguez**

Bajo la dirección de:

Alejandro Cadena Molano

Bogotá, D.C. 12 de septiembre de 2025

CONTENIDO

1. Desarrollo del artículo	4
2. Palabras clave	4
3. Abstract	5
4. Keywords	5

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Introducción	6
2. Revisión teórica y /o antecedentes de la investigación a realizar	10
3. El tratamiento de la prueba ilegal e ilícita en la audiencia de imposición y medida de aseguramiento.....	10
4. Origen y evolución de la cláusula de exclusión constitucional.....	18
4.1 Disuasión de la Policía Judicial	20
4.2 Integridad del sistema.....	21
4.3 La garantía del debido proceso	22
4.4 La protección de los derechos fundamentales.....	23
5. La cláusula de exclusión en Colombia	26
6. Excepciones a la cláusula de exclusión	32
6.1 Vínculo atenuado	34
6.2 La fuente independiente	36
6.3 El descubrimiento inevitable	38
7. El régimen de libertad en Colombia	40
8. Los fines constitucionales de la imposición de la medida de aseguramiento	43
8.1 Asegurar la impunidad de los imputados en el proceso penal	43
8.2 Conservación de la prueba	43
8.3 Protección de la comunidad, en especial a las víctimas	44
9. Requisitos y cargas argumentativas para la solicitud e imposición de la medida de aseguramiento	45
10. Referencias bibliográfica	

1. Desarrollo del artículo

El estudio se centra en el contexto de la temática del tratamiento de las pruebas ilícitas e ilegales en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento en Colombia. La investigación busca aportar al conocimiento jurídico, destacando que, si bien la fase preliminar no es el escenario natural para la exclusión de pruebas, el juez de garantías sí puede declararlas "inutilizables" para fundamentar su decisión. Para ello, se utilizó un método de análisis dogmático y jurisprudencial, revisando la Constitución Política de Colombia, el Código de Procedimiento Penal y sentencias relevantes de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Los principales resultados indican una distinción clave entre prueba **ilícita** (violación de derechos fundamentales) e **ilegal** (incumplimiento de requisitos para recaudo, consecución, aducción o práctica), cada una con consecuencias diferentes.

Se concluye que, aunque la exclusión formal de la prueba solo procede en etapas posteriores, el juez de garantías tiene la facultad de **inutilizar** la evidencia viciada, garantizando así el debido proceso y los derechos del procesado durante la imposición de una medida de aseguramiento. Esta es una implicación relevante para el sistema penal, asegurando que la eventual intervención de derechos fundamentales del procesado o de terceros no se realice a costa de las garantías constitucionales.

2. Palabras clave

Debido proceso, exclusión, prueba ilícita, prueba ilegal, medida de aseguramiento, derechos fundamentales.

3. Abstract

The study focuses on the treatment of illicit and illegal evidence during the pre-trial detention hearing in Colombia. The research aims to contribute to legal knowledge by highlighting that, while the preliminary phase isn't the natural stage for the formal exclusion of evidence, the "**juez de garantías**" (supervisory judge) can declare it "**inutilizable**" (unusable) to support their decision.

To do this, a dogmatic and jurisprudential analysis was used, reviewing the Colombian Political Constitution, the Code of Criminal Procedure, and relevant rulings from the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court.

The main findings indicate a key distinction between **illicit evidence** (evidence obtained in violation of fundamental rights) and **illegal evidence** (evidence that fails to meet formal requirements), each with different consequences.

The study concludes that, although the formal exclusion of evidence only occurs in later stages, the supervisory judge has the authority to render flawed evidence unusable. This ensures due process and protects the rights of the accused during the imposition of a pre-trial detention measure. This is a significant implication for the criminal justice system, guaranteeing that fundamental rights are not affected at the expense of constitutional guarantees.

4. Keywords

Due process, exclusion, illicit, illegal test, pre-trial detention, fundamental rights.

1. Introducción

El sistema de justicia penal, en su objeto por descubrir la verdad, se enfrenta constantemente a una tensión fundamental: la necesidad de investigar y sancionar delitos, por un lado, y la obligación de respetar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, por el otro. En este contexto, la protección del debido proceso se erige como un principio rector, garantizando que la obtención, práctica y valoración de las pruebas se realice dentro de los límites legales y constitucionales. Este principio es el pilar sobre el cual se construye el régimen probatorio en materia penal en Colombia, asegurando que la búsqueda de la verdad no se obtenga a cualquier precio, sino bajo el estricto apego a las formas sustanciales y a los derechos fundamentales.

En este marco, han surgido dos categorías clave que definen la admisibilidad de la evidencia: la prueba ilícita y la prueba ilegal. La prueba ilícita es aquella que se obtiene mediante una violación directa de derechos fundamentales, como la dignidad humana, la intimidad o el debido proceso. Por ejemplo, una confesión obtenida bajo tortura o una declaración sin la advertencia del derecho a guardar silencio se consideran pruebas ilícitas. La consecuencia jurídica de una prueba ilícita es la exclusión del proceso, lo que significa que el juez no puede considerarla de ninguna manera, sin importar la gravedad del delito. Además, en casos específicos de violaciones graves cometidas por agentes del Estado, como la tortura, la nulidad puede extenderse a toda la actuación procesal.

Por otro lado, la prueba ilegal, también llamada irregular, se produce cuando en su obtención, práctica o aducción se incumplen requisitos legales formales, pero sin una violación directa de derechos fundamentales. A diferencia de la prueba ilícita, la exclusión de una prueba ilegal no es automática. En este caso, el juez debe realizar un juicio de ponderación para determinar si el requisito legal omitido es "esencial" y si su transgresión compromete de manera

fundamental el debido proceso. Si la formalidad incumplida no es sustancial, la prueba no será excluida. La distinción, en esencia, radica en la naturaleza de la garantía violada: sustancial en la prueba ilícita (un derecho fundamental) y formal en la prueba ilegal (un requisito procesal). La prueba ilícita está inherentemente viciada y siempre se expulsa, mientras que la prueba ilegal requiere un análisis de trascendencia para su expulsión.

El régimen de exclusión de pruebas en Colombia encuentra su origen y desarrollo en el artículo 29 de la Constitución Política, así como en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. El artículo 29 de la Constitución establece de manera categórica que "es nula, de pleno derecho, toda prueba obtenida con violación del debido proceso". El artículo 23 del Código de Procedimiento Penal reitera que las pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales serán "nulas de pleno derecho" y, por lo tanto, "deberán excluirse de la actuación procesal". Además, el artículo 23 extiende esta consecuencia a las pruebas que son "consecuencia" de las excluidas, dando fundamento a la doctrina de los "frutos del árbol envenenado".

Esta doctrina establece que la ilicitud de la prueba principal contamina las pruebas derivadas de ella cuando existe una conexión causal inescindible. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la ley han establecido excepciones a esta regla general para evitar que la verdad material quede sacrificada por completo cuando la conexión es débil o inexistente. La Ley 906 de 2004, en su artículo 455, consagra de manera taxativa tres excepciones a la cláusula de exclusión:

- **Vínculo atenuado:** Permite que la prueba derivada sea admisible si la conexión entre la prueba ilícita original y la nueva evidencia es tan remota o si han intervenido circunstancias que rompen la cadena causal.

- **Fuente independiente:** Aplica cuando la prueba se demuestra a través de una vía completamente autónoma y legítima, no relacionada causalmente con el acto de investigación ilegal.

- **Descubrimiento inevitable:** Permite la admisión de una prueba obtenida ilegalmente si la fiscalía puede demostrar que, de todas formas, habría sido descubierta por una vía o fuente lícita e independiente, aun sin la infracción inicial.

La aplicación de esta cláusula de exclusión y sus excepciones ha sido objeto de amplio desarrollo en la jurisprudencia colombiana, la cual ha establecido los momentos procesales en los que puede ser solicitada. Estos incluyen las audiencias preliminares para el control de legalidad de actos de investigación que afectan derechos fundamentales (como allanamientos o interceptaciones), la audiencia preparatoria, que es considerada el escenario "natural" para la selección de pruebas y, de manera excepcional, el juicio oral o el recurso de casación.

Dentro de estos escenarios, la parte que solicita la exclusión tiene una carga argumentativa rigurosa. Debe precisar qué pruebas deben ser excluidas, cuál es el derecho o garantía fundamental violado, en qué consistió la violación, y, de manera crucial, demostrar el nexo de causalidad entre la violación y la evidencia.

Este trabajo se centra en un interrogante crucial: ¿Qué sucede cuando una solicitud de medida de aseguramiento —una audiencia preliminar que, en principio, no está habilitada para la exclusión de pruebas— se sustenta en elementos materiales probatorios que podrían estar viciados de ilegalidad o ilicitud? A pesar de que la etapa de imposición de medidas de aseguramiento implica un debate probatorio, con el fin de acreditar la inferencia de autoría y los fines de la medida, el sistema legal no prevé de forma explícita la exclusión en este

momento. Sin embargo, es claro que una decisión tan drástica como la restricción de la libertad de una persona no puede fundamentarse en evidencia irregular.

Este trabajo explora la solución a esta dicotomía, argumentando que, aunque la exclusión formal de la prueba solo procede en etapas posteriores, el juez de garantías sí puede declararlas "inutilizables" para fundamentar su decisión. Esta facultad le permite al juez no considerar la evidencia viciada, garantizando el debido proceso y los derechos del procesado durante la imposición de una medida de aseguramiento. El estudio se basa en un análisis dogmático y jurisprudencial de la Constitución Política de Colombia, el Código de Procedimiento Penal y sentencias relevantes de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional para abordar esta problemática.

2. REVISIÓN TEÓRICA Y/O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN A REALIZAR.

Para el desarrollo del tema objeto de estudio, acudimos a destacar a varios autores importantes que abordan el tema relacionado, los cuales se irán enunciando en el cuerpo del artículo, la Constitución Política de Colombia, el Código Penal Colombiano, jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, doctrina y derecho comparado con el país más destacado en el tema probatorio, que es Estados Unidos.

3. EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILEGAL E ILÍCITA EN LA AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La administración de justicia penal, en su búsqueda de la verdad y la aplicación de la ley, está intrínsecamente ligada al concepto fundamental del debido proceso, particularmente en el ámbito probatorio. Este principio rector garantiza que la obtención, práctica y valoración de las pruebas se realice dentro de los límites constitucionales y legales, salvaguardando los derechos fundamentales de las personas. En este contexto, surgen categorías claves como la prueba ilícita y la prueba ilegal, cuyas diferencias y consecuencias son esenciales para comprender la aplicación de la regla de exclusión y sus excepciones en el sistema judicial. La misma encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Constitución, y los artículos 23 y 360 de la ley 906 de 2004, frente a los cuales tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han desarrollado una jurisprudencia que define y llena de contenido estos conceptos.

En este orden de ideas, la doctrina también ha reconocido que las denominadas prohibiciones probatorias se erigen como el núcleo esencial de un proceso penal que sea respetuoso por las garantías y principios de un Estado de Derecho (Muñoz Conde, 2008, pág.:

18). Incluso, de antaño, se ha reconocido que dichas prohibiciones no se enuncian de manera taxativa en la ley, sino que se presuponen como obvias (Beling, 2009, pág.: 4).

Aun cuando la obviedad sea manifiesta, los sistemas procesales, incluyendo el colombiano, han positivizado una serie de normas que regulan el debido proceso probatorio y las prohibiciones en materia de pruebas. Esto implica que ciertos hechos no pueden ser objeto de prueba, que determinadas pruebas no pueden ser utilizadas, que la producción de pruebas no puede seguir ciertos métodos y que la obtención de estas solo puede ser ordenada por personas específicas (Roxin, 2019, págs. 278-279).

En Colombia, el debido proceso es una garantía fundamental en cualquier sistema jurídico que se precie de ser democrático y respetuoso de los derechos humanos. Es así que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece de manera categórica que "es nula, de pleno derecho, toda prueba obtenida con violación del debido proceso". De allí que se propenda porque, en materia penal, las pruebas que sustentan las teorías del caso de las partes no generen consecuencias adversas a lo que se quiere probar (Medina Rico, 2017, pág.: 4). Este mandato constitucional es el pilar sobre el cual se edifica todo el régimen probatorio en materia penal, asegurando que la búsqueda de la verdad no se realice a cualquier costo, sino bajo el estricto apego a las formas sustanciales y a los derechos fundamentales (CC, SU-159/02, 2002).

La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, desarrolla este principio constitucional en varios de sus artículos. El artículo 23, como norma rectora, reitera que "toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal". (CSJ, 52320, 2018). A su vez, el artículo 360 de la misma codificación complementa esta disposición al establecer que "el juez excluirá la

práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

El debido proceso probatorio no se limita a la fase de recolección de evidencia, sino que abarca la totalidad del ciclo de la prueba: su obtención, práctica y aducción (CSJ, 31127, 2009). Esto implica que cualquier medio de convicción debe ser allegado al proceso respetando las formas y los requisitos legales esenciales establecidos para su formación, producción o incorporación. La observancia de estas formalidades es lo que confiere validez jurídica de la prueba (CSJ, 31127, 2009). En punto del señalado principio, el alcance que se le ha otorgado al último inciso del artículo 29 de la Constitución es el referente a irregularidades en la obtención, admisión, práctica y valoración de las pruebas que afecten el debido proceso de forma tal que sea necesaria la exclusión de las mismas (Quinche Ramírez, 2022, pág.: 227).

El sistema procesal penal colombiano, además, se erige bajo el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, el cual permite que los hechos y circunstancias relevantes para la correcta solución del caso puedan ser acreditados por cualquier medio probatorio, siempre que no se violen los derechos humanos. (CSJ, 48288, 2019). Esto significa que no hay una tarifa legal preestablecida sobre cómo probar ciertos hechos, pero sí una condición inquebrantable de respeto por las garantías fundamentales. (CSJ, 52051, 2018).

La importancia de este principio se refleja en la función del juez, quien tiene el deber de valorar los elementos probatorios y evidencias físicas que se le presenten, no solo para adoptar decisiones sobre la responsabilidad del acusado o la imposición de medidas cautelares, sino también para analizar si la exclusión de pruebas es pertinente por haber sido obtenidas de manera ilícita o ilegal (CSJ, 48498, 2019). La Corte ha insistido en que la ruptura del sistema

normativo por parte del presunto responsable no puede ser conjurada por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento cuya finalidad es protegerlo. Por lo tanto, el debido proceso probatorio es una columna vertebral que asegura la legitimidad de la acción estatal en la administración de justicia (CSJ, 48498, 2019).

De otra parte, en escenarios como la imposición de la medida de aseguramiento, en donde en principio no es admisible plantear discusiones sobre ilegalidad o ilicitud probatoria, a pesar de que en la misma sí haya un debate de orden probatorio. Surge entonces la discusión sobre qué medidas puede adoptar el juez que advierta que, ante una petición de restricción de la libertad, la misma se sustente con base en pruebas ilegales o lícitas. Aspecto que toma relevancia toda vez que, si bien se trata de una medida cautelar, la misma implica la restricción de la libertad.

Por lo anterior, se analizará en gran medida la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues si bien es cierto que en las mismas no se ha resuelto la problemática planteada, sí se han desarrollado conceptos que permiten aportar una solución.

El punto de partida es el concepto de la **prueba ilícita**, la cual es aquella que se obtiene con una violación directa de los derechos fundamentales de las personas (CC, SU159, 2002). Este tipo de prueba atenta contra la dignidad humana, los principios esenciales y los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico (Reyes Alvarado, 2019, pág.: 194) al ser resultado de actuaciones que menoscaban la integridad del individuo y sus garantías constitucionales.

Vía jurisprudencial se han definido los eventos en los cuales se está ante esta tipología de pruebas. En primer lugar, cuando hay vulneración de derechos fundamentales. Este evento se refiere a la obtención de evidencia desconociendo derechos como la dignidad humana, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación y la solidaridad íntima (CC, SU159, 2002). Por ejemplo, si se somete a una persona a tratos crueles e inhumanos para obtener una evidencia, esta sería ilícita. De igual forma, una declaración obtenida sin advertir el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, especialmente de una persona con escaso grado de instrucción académica, es considerada ilícita por desconocimiento del debido proceso y esta garantía fundamental (CSJ, 54600, 2020) (CSJ, 45619, 2016).

También cuando las pruebas se obtienen mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes: Cualquier prueba conseguida a través de estos métodos proscritos, sin importar su género o especie, es calificada como ilícita (CC, SU159, 2002). La Constitución busca disuadir el uso de medios violentos e inhumanos para obtener información sobre delitos. El derecho internacional, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención contra la Tortura, prohíbe el uso de declaraciones obtenidas bajo tortura (CC, SU159, 2002).

La consecuencia jurídica de una prueba ilícita es contundente; siempre y en todo caso, debe ser excluida del conjunto de medios de convicción obrantes en el proceso (CSJ, 48498, 2019). Esto significa que el juez no puede apreciarla y valorarla de manera alguna, sin que puedan anteponerse argumentos de razón práctica, de justicia material, de gravedad de los hechos o de prevalencia de intereses sociales para descartar su evidente ilegitimidad. La prueba ilícita carece por completo de validez y sus efectos son nulos, extendiéndose esta ineficacia a todas las ramificaciones que de ella pudieran derivarse. (CSJ, 54600, 2020)

Con todo, existe una sanción aún más severa para la prueba ilícita obtenida a través de crímenes de lesa humanidad imputables a agentes del Estado. Si la prueba es conseguida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, la sanción va más allá de la mera exclusión. La nulidad se extiende a toda la actuación procesal conforme al artículo 455 de la ley 906 de 2004 (con la interpretación realizada en sentencia C 591 de 2005), además, determina el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales elementos de convicción (CSJ, 48498, 2019). Esta es la mayor sanción prevista, reflejando la gravedad de la violación de derechos en estos supuestos.

Desde hace tiempo, la jurisprudencia colombiana ha adoptado la postura de que la prueba ilícita es inadmisibles e ineficaz, fundamentándose en el artículo 29 de la Constitución. (CC, SU159, 2002). La presunción de inocencia exige que toda condena se fundamente en pruebas de cargo válidamente practicadas, y esta validez se pierde cuando la prueba se obtiene con vulneración de derechos fundamentales (CC, SU159, 2002).

De otra parte, a diferencia de la prueba ilícita, **la prueba ilegal**, también denominada irregular, se produce cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, es decir, el debido proceso probatorio en su aspecto formal (CSJ, 54600, 2020). No implica una violación directa de derechos fundamentales de la misma entidad que la prueba ilícita, sino un desconocimiento de las formas procesales establecidas por el legislador. Con todo dichos requisitos deben ser esenciales y tener repercusión en el debido proceso (CSJ, 45619, 2016).

Para determinar si una prueba ilegal debe ser excluida, corresponde al funcionario judicial realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la

simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión (CSJ, 54600, 2020). Es decir, no cualquier irregularidad acarrea el retiro de la prueba del acervo probatorio.

En cuanto a este escenario, la jurisprudencia de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha realizado diversas acotaciones de este concepto. Por ejemplo, resulta pertinente entender que los defectos en la cadena de custodia de un elemento material probatorio o evidencia física, en principio, no afecta la legalidad de la prueba, sino su autenticidad y, por ende, su valor suasorio o aptitud probatoria (CSJ, 25920, 2007). La cadena de custodia es un mecanismo de autenticación, pero no el único (CSJ, 48288, 2019). Si no se cumplen los procedimientos de cadena de custodia, ello no redundará en la regla de exclusión por ilegalidad, sino que podría afectar la aptitud probatoria del medio, lo que sería un debate sobre su mérito en la audiencia de juicio oral. En definitiva, la prueba ilegal exige un análisis más matizado que la ilícita, donde se evalúa la esencialidad de la formalidad incumplida y su impacto real en el debido proceso (CSJ, 54600, 2020).

Resulta pertinente destacar que los anteriores conceptos han sido objeto de múltiples definiciones, dotándolos de contenidos diversos. Así, por ejemplo, se ha propuesto agrupar tanto al concepto de prueba ilícita como al de prueba ilegal mediante un concepto denominado prueba inconstitucional (Merkel, 2022, pág.: 87). Esto en razón de que, más allá de la mera diferenciación terminológica, dicha caracterización propende por ser un concepto más funcional que abarque mayores eventos de ilicitud y excluya los que resulten superfluos (Merkel, 2022, pág.: 89).

Con todo, se puede concluir parcialmente que existen diferencias entre la ilicitud e ilegalidad de las pruebas en el proceso penal colombiano. En primer lugar, en cuanto a la

naturaleza de la violación, pues, como se adujo previamente, la prueba ilícita implica la violación de un derecho fundamental (CSJ, 48288, 2019). Es una transgresión de la esfera sustancial de las garantías constitucionales del individuo, como la dignidad, la intimidad o el derecho a no autoincriminarse; mientras que la prueba ilegal se refiere al incumplimiento de requisitos formales o reglas procesales esenciales para la obtención, producción, práctica o aducción del medio de prueba (CSJ, 52320, 2018). Es decir, atañe al "debido proceso probatorio" desde una perspectiva más procedimental que sustancial.

En segundo lugar, existen diferencias en cuanto a las consecuencias, pues si bien es cierto que en ambos casos lo es la exclusión, también lo es que, en los eventos de ilicitud de la prueba, la exclusión es automática e indefectible (CSJ, 48288, 2019). El juez no tiene margen de discrecionalidad para sopesar, ni siquiera invocando la gravedad de los hechos o el interés social (CSJ, 54600, 2020). Por otra parte, la prueba ilegal no siempre conlleva la exclusión automática. El juez debe realizar un juicio de ponderación para determinar si el requisito legal omitido es "esencial" y si su transgresión compromete de manera fundamental el derecho al debido proceso (CSJ, 54600, 2020). Una simple omisión de una formalidad insustancial no autoriza la exclusión.

En tercer lugar, en cuanto a la consecuencia de la nulidad, la prueba ilícita en casos específicos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial imputable a agentes del Estado, la nulidad se extiende a toda la actuación procesal y puede implicar el desplazamiento del juez (CSJ, 48498, 2019), mientras que en los demás eventos de exclusión de una prueba ilegal no implica necesariamente la nulidad de todo el proceso. Si el proceso cuenta con otras pruebas válidas, la decisión se basará en estas, y solo la prueba ilegal será marginada (CSJ, 48288, 2019).

En síntesis, la distinción radica en la naturaleza de la garantía violada (sustancial o formal) y en el rigor de la sanción. La prueba ilícita es intrínsecamente viciada y siempre se expulsa, con casos excepcionales de nulidad de todo el proceso; la prueba ilegal exige un análisis de trascendencia para determinar si la formalidad incumplida era esencial y afectaba el debido proceso (CSJ, 54600, 2020).

4. ORÍGEN Y EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN CONSTITUCIONAL

Tal como se mencionó en precedencia, la cláusula de exclusión en sus orígenes no se encontraba consagrada de forma expresa en los ordenamientos jurídicos, de allí que su desarrollo haya sido vía jurisprudencial (Hairabedián, 2022, pág.: 39). De igual forma, con el pasar del tiempo, la doctrina desarrolló conceptos fundamentales sobre la materia para finalmente dar paso a la positivización de dicha regla, encontrando fundamentos más delimitados, así como su respectivo alcance. (Hairabedián, 2022, pág.: 41)

La cláusula de exclusión parte de un presupuesto natural, la obtención de un elemento que sea ilegal o ilícito, o, en palabras de Miranda Estrampes, se exige que haya sido obtenido como resultado de una actuación inconstitucional (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 87). También se ha advertido que esta exclusión alcanza no solamente los elementos incautados de forma indebida, sino que aquella alcanzaría además la evidencia obtenida con ocasión de dichas actuaciones inconstitucionales, es decir, se excluye toda prueba que de forma directa haya sido obtenida con ocasión de dichas actuaciones ilegales o ilícitas (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 87).

Ahora bien, se parte de lo que se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado (CC, C591, 2005), símil que considera a un árbol envenenado cuyos frutos también contendrían veneno o serían ponzoñosos (Medina Rico, 2017, pág.: 39), según la cual la exclusión de las pruebas se extiende no solo a esas pruebas directas o primarias, sino también a las obtenidas indirectamente o con ocasión de aquellas, también conocidas como pruebas reflejas (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 88). Esta doctrina se desarrolló en el caso *Silversthone Lumber Company vs United States* de 1920, del célebre magistrado Oliver Holmes. Allí la exclusión de las pruebas que se obtuvieron en contravía de la enmienda cuarta se extendió por primera vez, a las que se obtuvieron de forma lícita, pero dependiente de las actuaciones ilícitas (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 34).

La regla de exclusión ha sido un mecanismo con amplio desarrollo jurisprudencial en diversos ordenamientos jurídicos extranjeros. Específicamente, en Estados Unidos se han desarrollado gran cantidad de precedentes que han delimitado sus alcances. Esto previo a determinar cuál es el objeto de dicha garantía. Básicamente, la cláusula de exclusión ha orbitado bajo cuatro fundamentos: *i*) como fundamento disuasorio para la policía judicial; *ii*) el basado en la integridad del sistema; *iii*) el debido proceso, y *iv*) el que encuentra fundamento en la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, a nivel doctrinal y jurisprudencial, dicha cláusula de exclusión tiene funciones, a saber: la protección de derechos fundamentales. Su objetivo primordial es salvaguardar los derechos de los ciudadanos en el proceso de obtención y práctica de pruebas (CSJ, 48498, 2019); un efecto disuasorio: Busca disuadir a los servidores públicos de adelantar labores investigativas que violen derechos fundamentales. Al saber que la información así obtenida no podrá utilizarse como soporte de la pretensión punitiva estatal, se desincentivan

estas prácticas irregulares. Aunque en algunos casos la disuasión no aplique directamente a particulares, la exclusión sigue siendo fundamental para la integridad de la administración de justicia (CC, SU159, 2002); y la integridad judicial: Garantiza la limpieza del proceso y la legitimidad de las decisiones judiciales, evitando que la justicia se construya sobre cimientos ilegales o ilícitos (CC, SU159, 2002).

4.1 Disuasión de la policía judicial

Si bien es cierto que los orígenes del fundamento de la cláusula de exclusión son de origen proteccionista, lo cierto es que los criterios han sido dinámicos, encontrando justificación en diversos fines. Uno de ellos, el que más ha tenido desarrollo jurisprudencial en Estados Unidos, es precisamente la disuasión de la policía judicial para la obtención de pruebas ilícitas. Fundamento que tuvo su origen en el denominado caso Calandra en 1974 (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 39), en donde se estableció que la finalidad de la exclusión no era compensar el daño producido a quien se vio afectado en su privacidad, sino que aquella era la de impedir que la policía volviera a realizar en el futuro la misma conducta al momento de obtener evidencia (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 39).

Este fundamento además dio origen a una excepción a la regla de exclusión: la buena fe, desarrollada por primera vez en el caso *Estados Unidos vs Leon* de 1984. (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 108). Bajo este contexto, se parte entonces de que la regla de exclusión no tiene un carácter proteccionista ni es una garantía fundamental, sino que se trata de una garantía cuyo objeto es disuadir a la policía de lesionar derechos de los ciudadanos (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 108), con la excepción en sentido de que, si la intención del funcionario ha sido de buena fe, esto hace que se pierda el efecto disuasorio (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 40).

La doctrina de la buena fe, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, implica que es posible valorar las pruebas que fueron obtenidas con violación de principios constitucionales, pero sin una intención de incurrir en estas, es decir, por error o ignorancia, pues los agentes están convencidos de que su actuar cumple con los requisitos legales (Hairabedián, 2022, pág.: 113).

El *deterrent effect* o efecto de disuasión se ha erigido más que como un derecho, un remedio preventivo (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 41), el cual a su vez ha servido para crear reglas como la denominada “*knock-and-announced*”, según la cual, cuando los agentes van a realizar un registro domiciliario, primero deben tocar la puerta o anunciarse, y que entre dicho anuncio y la apertura de la puerta haya un tiempo prudencial (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 42).

4.2 Integridad del sistema

La doctrina foránea ha identificado la decisión *Weeks vs. United States* de 1914 como la primera decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en donde usó la expresión “exclusión de la prueba” (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 33). Así, en un caso relacionado con correspondencia encontrada en el domicilio del allí recurrente, el Tribunal señaló que, sin una orden judicial de entrada y registro, aquella no podría ser usada como prueba incriminatoria. El argumento fue que la exclusión de la prueba en cuestión provenía de la cuarta enmienda —que garantiza la protección del ciudadano contra la arbitrariedad— en función del derecho a la intimidad (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 34), y no para sancionar la conducta del oficial de policía.

En el precedente en cita, se reconoció que la supresión de la prueba ilícita era una garantía constitucional del acusado (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 64). Con base en tal criterio, se concluyó que la correspondencia obtenida en el domicilio del acusado y que fue incautada sin que se tuviera una orden judicial para ello, desconociendo el debido proceso, debía ser devuelta al procesado, esto con fundamento en el derecho de propiedad (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 66).

Ahora bien, lo anterior deja ver que mediante este precedente se propugnaba no solamente por proteger los derechos fundamentales derivados de la cuarta enmienda, sino además por la correcta integridad judicial, pues se aseveró que los jueces no podían convertirse en aliados de las ilegalidades cometidas, sino que debían hacer prevalecer la Constitución (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 33).

4.3 La garantía del debido proceso

El fundamento de la regla de exclusión soportado en la garantía del debido proceso parte de entender que este es un principio que protege de forma transversal los derechos contenidos en la Constitución (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 35). El precedente relevante que desarrolló este fundamento se encuentra en la célebre decisión del caso *Mapp vs. Ohio*. Los hechos consistieron básicamente en que unos oficiales de policía solicitaron autorización a la señora Dolly Mapp para ingresar a su domicilio, pues estaban en busca de un fugitivo (Guerrero Peralta, 2019, pág.: 421).

Ante dicha petición, la señora Mapp se rehusó a permitir dicho registro. Por ello los agentes esperaron la respectiva orden judicial. Sin embargo, solicitaron nuevamente permiso a la propietaria del domicilio, y ante la nueva negativa de aquella, forzaron la puerta para ingresar.

Una vez ingresaron, la señora Mapp requirió la respectiva orden judicial, por lo cual uno de los oficiales mostró una hoja de papel que fue arrebatada por aquella y se presentó un forcejeo, por lo cual fue arrestada. Además, en dicho registro se encontró material obsceno con el cual se procesó a la señora Mapp y se emitió condena en su contra (Guerrero Peralta, 2019, pág.: 421).

La Corte Suprema revirtió la condena. Se encontró que esta, cimentada en los métodos descritos para obtener la evidencia, contradecía el sentido de la justicia (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 83). En esencia, se justificó la regla de exclusión como parte o componente del derecho a la privacidad contenido en la cuarta enmienda e imponible a los Estados a través del debido proceso sustantivo (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 84).

En dicho precedente se reconoció que el derecho a la intimidad aplicaba a todos los Estados a través de la cláusula general del debido proceso (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 37). Se adujo en dicha decisión que, de no aplicarse de esta forma, los derechos y garantías quedarían sin valor alguno. Paradójicamente y siendo una de las decisiones que más influyeron en otros sistemas jurídicos (Pouchain Ribeiro, 2020, pág.: 82), a su vez fue el precedente que permitió fundamentar la regla de exclusión con base en la disuasión a los funcionarios, pues además de manifestar la protección de las garantías, indicó que con esto se excluyen los incentivos a su vulneración (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 38).

4.4 La protección de los derechos fundamentales

Finalmente, la dogmática moderna ha encontrado como fundamento de la regla de exclusión la protección de los derechos fundamentales. Esta parte de la discusión sobre si la cláusula de exclusión es un derecho material o un derecho de carácter procesal (Cuadrado

Salinas, 2021, pág.: 133). De otra parte, el origen de tal fundamento se cimenta en que dicha regla se ha positivado en los ordenamientos jurídicos.

Lo anterior conlleva determinadas consecuencias, pues si se acoge que la exclusión es una garantía sustantiva —que no por ello tiene mayor importancia si se considera de orden procesal— ello implica que el objeto de protección no es el proceso, sino que este es solo un elemento para la protección del ciudadano (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 133).

Bajo este orden de ideas, el fundamento de la regla basado en la protección de derechos fundamentales lleva a interpretar aquella en el sentido de que cualquier desconocimiento o lesión a los derechos conllevaría la inutilización absoluta de lo obtenido, incluso pese a su relevancia para la resolución del proceso (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 135). Ello además trae como consecuencia que la exclusión de las pruebas ilícitas pueda solicitarse en cualquier momento procesal, pues dichas pruebas no pueden tener efecto alguno (Cuadrado Salinas, 2021, pág.: 135).

La doctrina reciente ha decantado que el fundamento de la cláusula de exclusión no es el efecto disuasorio, sino la eficacia de los derechos fundamentales. En consecuencia, la excepción de la buena fe no opera en esta, pues es indiferente si se lesionaron los derechos de buena o mala fe (Barja de Quiroga, 2024, pág.: 94). También esta visión trae como consecuencia que la obtención de la prueba ilícita aplique en los eventos en que sea obtenida por policías o por particulares (Barja de Quiroga, 2024, pág.: 94). Ello es así puesto que la disuasión solo aplicaría para funcionarios, no para particulares o un poder diferente al de la policía judicial (Renedo Arenal, 2022, pág.: 155).

Con todo, se ha reconocido que debe haber una distinción en los eventos en los cuales se viole un derecho de carácter fundamental y uno que no ostenta tal condición, pues en este último evento la prueba sería válida y podría ser valorada en el proceso penal, pues la regla de exclusión solo aplica en eventos de lesión a derechos fundamentales (Barja de Quiroga, 2024, pág.: 94).

Por demás, resulta pertinente establecer qué sucede en eventos en los cuales, en el marco del proceso penal, se presenten discusiones de carácter probatorio, pero no se correspondan con ninguno de los escenarios en los cuales se pueda hacer control de legalidad o solicitar la exclusión de los medios de prueba ilícitos o ilegales, es decir, la eficacia de estos medios; pues, como ha reconocido un sector doctrinal, las discusiones en materia de ilegalidad o ilicitud se proyectan sobre las consecuencias de la misma (Armenta Deu, 2009, pág.: 103).

Por lo anterior, la doctrina ha desarrollado diversas consecuencias en materia de esta tipología de pruebas. El profesor Eduardo Jauchen destaca que la consecuencia de la regla de exclusión es la invalidez de dichos medios obtenidos de forma ilegal, lo que trae como consecuencia que la judicatura no podrá adoptar ninguna decisión, ni parcial ni indirectamente, en una prueba viciada (Jauchen, 2017, pág.: 283).

Por su parte, Luis Greco, quien hace una exposición crítica sobre la regla de exclusión en Alemania, señala que la teoría de la exclusión probatoria se centra en el juez, a quien le está prohibido valorar pruebas ilícitas o ilegales (Greco, 2024, pág.: 850). Entiende por valoración el recurso de la misma para fundamentar la sentencia. Sin embargo, también expone la posibilidad de que este efecto se extienda a etapas previas a la adopción de la sentencia, lo cual denomina como efecto previo de la exclusión probatoria (Greco, 2024, pág.: 850). De allí que,

en dichas etapas anteriores, según lo indica el autor, se pueda hablar no propiamente de exclusión, sino de inutilización.

La doctrina colombiana comparte una postura similar. El profesor Óscar Julián Guerrero expresa que, tratándose del derecho a la no autoincriminación en el evento de la renuncia o no al derecho a guardar silencio, los jueces deben tomar un rol activo, y en eventos donde la constatación de la renuncia sea deficiente, poco fundada o defectuosa, la consecuencia de tal situación es la no utilización de dicha información (Guerrero Peralta, 2016, pág.: 175), pues implicaría el desconocimiento del debido proceso.

5. LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN EN COLOMBIA

En nuestro país, la cláusula o regla de exclusión es un mandato imperativo en el sistema penal colombiano, contenido en el último inciso del ya mencionado artículo 29 de la Constitución Política, que establece la nulidad de pleno derecho de toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Esta cláusula constitucional sirve como una limitación al poder punitivo del Estado, vinculándose directamente con los principios del Estado de derecho y la juridicidad de sus actos. Su objetivo principal es proscribir métodos que busquen el conocimiento judicial a través del menoscabo de la voluntad e integridad del individuo, es decir, no se puede acceder a la verdad a cualquier precio (Pabón Gómez, 2025, pág.: 638).

Por su parte, el desarrollo legal se encuentra en la Ley 906 de 2004. Específicamente, el artículo 23, como principio rector, reafirma que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será "nula de pleno derecho" y, por lo tanto, deberá ser "excluida de la actuación procesal". Este artículo también extiende este tratamiento a las pruebas que sean

"consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia". Esto último es el fundamento de la teoría de los frutos del árbol envenenado, lo que se conoce como efecto espejo o reflejo (CSJ, 45619, 2016).

La Ley 906 de 2004 faculta expresamente al juez para aplicar la regla de exclusión. El artículo 360 dispone que "el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código". Esto subraya la obligatoriedad judicial de aplicar esta regla cuando se constatan las violaciones a las garantías fundamentales.

La aplicación de la cláusula de exclusión está supeditada a un conjunto de condiciones y cargas argumentativas que deben ser asumidas por la parte interesada, principalmente la defensa, aunque el Ministerio Público y la víctima también pueden solicitarla (CSJ, 52320, 2018).

Bajo este contexto, debe definirse quiénes son los legitimados para solicitar la exclusión de evidencia. En primer lugar, bajo un escenario natural, lo sería la parte defensiva: el procesado o el defensor. Son los principales sujetos legitimados para solicitar la exclusión, especialmente cuando el acto de investigación afecta sus derechos fundamentales. Incluso pueden hacerlo si la afectación es a los derechos de terceros (CSJ, 52320, 2018), siempre que asuman las cargas argumentativas inherentes al debate. Esta legitimación se deriva, por supuesto, de la calidad de indiciado o imputado.

Conforme al artículo 231 de la ley 906 de 2004 y vía jurisprudencial, también se ha reconocido que el titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia: Quienes tienen un vínculo jurídico o material con el bien del cual se obtuvo la

información también están legitimados (CSJ, 52320, 2018). También se ha desarrollado el caso del visitante con expectativa razonable de intimidad: Excepcionalmente, esta legitimación se extiende a un visitante que pueda acreditar una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

En cuanto a los momentos procesales para solicitar la exclusión, la legislación procesal penal vigente consagra varios momentos procesales en los cuales se puede solicitar la exclusión de la prueba ilegal o ilícita. En un primer momento, en las audiencias preliminares. Para actos de investigación que afectan derechos fundamentales, como registros, allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información de bases de datos, la Fiscalía debe comparecer ante el juez de control de garantías para un control posterior de legalidad (CSJ, 48498, 2019) (CSJ, 43092, 2014). Esta solicitud debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe final de Policía Judicial (CSJ, 56358, 2020). Es la solicitud oportuna, no la celebración efectiva de la audiencia, lo que cumple el requisito legal, incluso si la diligencia se pospone por causas justificadas (CSJ, 56358, 2020). El control posterior verifica tanto la forma como el fondo de la medida, incluyendo su proporcionalidad y necesidad (CSJ, 43092, 2014).

Aunado a lo anterior, en los eventos de Búsqueda Selectiva en Bases de Datos: Si implica acceso a información confidencial del indiciado o imputado, requiere autorización previa del juez de control de garantías y, posteriormente, un control de legalidad (CSJ, 56616, 2020).

La ley 906 de 2004 consagra también en su artículo 238 un evento especial. Este artículo es relevante para la defensa. En efecto, dispone que "Si la defensa se abstuvo de intervenir en la audiencia, podrá solicitar en otra audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria la

exclusión de las evidencias obtenidas" (CSJ, 52051, 2018). Esta norma concede una ventana específica a la defensa que, por diversas razones (incluso estratégicas o por falta de aviso), no haya intervenido en la audiencia de control posterior inicial. El objetivo es preservar la garantía del derecho a la defensa y contradicción (CSJ, 56358, 2020).

Lo anterior es relevante porque, en muchos casos, un aviso previo a las personas que podrían resultar afectadas por un acto de investigación puede frustrar el objetivo del mismo, haciendo improcedente la citación a la audiencia de control posterior (CSJ, 52051, 2018). La ausencia de la defensa en la audiencia de control no impide que se discuta la validez de las pruebas en la preparatoria (CSJ, 56358, 2020).

Es importante destacar que cuando el acceso al contenido de comunicaciones se logra por el acto de liberalidad de uno de los participantes (ej, víctima o testigo que entrega su celular o mensajes), no se considera un acto de investigación regulado por los artículos 233, 235 ó 236. En estos casos, no se requiere autorización judicial previa para la obtención, aunque el debate sobre la exclusión por posible violación de derechos fundamentales (si se presenta, por ejemplo, afectación a la reserva profesional o a un tercero) sigue siendo legítimo (CSJ, 52320, 2018).

Por su parte, se ha reconocido que la audiencia preparatoria es el escenario principal y "natural" para la selección de pruebas que serán practicadas o incorporadas en el juicio oral (CSJ, 58323, 2021). El artículo 359 de la Ley 906 de 2004 faculta expresamente a las partes y al Ministerio Público para solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de pruebas.

En esta audiencia, el juez tiene la obligación de excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo aquellos obtenidos con violación de los requisitos formales (CSJ, 55798, 2019). Resulta pertinente destacar que el debate sobre la exclusión en esta etapa tiene

una base fáctica específica, distinta de los hechos que configuran el tema de prueba sobre la responsabilidad penal (CSJ, 52320, 2018).

La parte que solicita la exclusión debe cumplir con una carga argumentativa rigurosa. Esto implica precisar:

1. ¿Cuáles son las pruebas específicas que deben ser objeto de exclusión?

Se deben precisar cuáles son las pruebas que se busca excluir, tanto las que tienen relación directa con la violación de derechos o garantías, como las derivadas de las mismas. (CSJ, 55798, 2019).

2. ¿Cuál es el derecho o la garantía fundamental que se refuta violada?

Es necesario señalar cuál es el derecho fundamental o la garantía que se refuta transgredida. Si el derecho tiene varias facetas (por ejemplo, el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, personal o de las comunicaciones), debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate. (CSJ, 52320, 2018).

3. ¿En qué consistió la violación?

Se debe detallar en qué consistió la violación, por ejemplo, si se transgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad. La solicitud debe explicar de qué manera se transgredió un derecho o garantía fundamental al punto de hacer procedente una decisión tan gravosa como la exclusión de pruebas (por ejemplo, transgresión de la reserva judicial, reserva legal o principio de proporcionalidad) (CSJ, 52320, 2018).

4. Demostrar el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia cuya exclusión se pretende:

Es fundamental establecer el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia cuya exclusión se pretende. La exclusión opera si la prueba fue obtenida con

violación de las garantías fundamentales. Por ejemplo, si se alega que un acto de investigación se realizó sin orden judicial, debe demostrarse que esta era obligatoria, que no se emitió y que la evidencia es producto de esa violación. Para establecer si se requería orden judicial, debe precisarse el contenido de la evidencia, ya que de ello depende el análisis de si una persona tenía expectativa razonable de intimidad (CSJ, 55798, 2019). La falta de una argumentación adecuada puede llevar al rechazo de plano de la petición (CSJ, 52051, 2018).

También, se ha decantado vía jurisprudencia que otro escenario, aunque excepcional, para solicitar la exclusión de las pruebas ilegales o ilícitas es en el desarrollo del juicio oral (CSJ, 52320, 2018). En este espacio es posible resolver sobre la exclusión en esta etapa, especialmente cuando se trata de graves afectaciones a derechos fundamentales. Los jueces, como garantes del debido proceso, están obligados a verificar la licitud y legalidad de las pruebas incluso en sus sentencias (CSJ, 53094, 2018).

Finalmente, otra oportunidad es en el desarrollo del recurso de casación, el cual tiene como finalidad la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías de los intervinientes (CSJ, 53094, 2018). En este contexto, la Corte puede, excepcionalmente, ocuparse de la exclusión probatoria, especialmente si se trata de graves afectaciones de derechos fundamentales (CSJ, 53094, 2018).

6. EXCEPCIONES A LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

Tal como se mencionó previamente, la cláusula o regla de exclusión no solo afecta la prueba directamente obtenida con violación de garantías fundamentales (la "prueba primaria"), sino que también se extiende a aquellas que son "consecuencia de las pruebas excluidas, o las

que solo puedan explicarse en razón de su existencia" (CSJ, 52320, 2018). Este principio se conoce como la doctrina de los "frutos del árbol envenenado" (*fruit of the poisonous tree doctrine*), una tesis con fuerte arraigo en el sistema procesal estadounidense y ampliamente acogida en la jurisprudencia colombiana (CC, SU159, 2002).

Esta doctrina establece que la ilicitud de la prueba principal contamina a las pruebas que se derivan de ella, proyectando sus efectos cuando existe una conexión causal inescindible (CC, SU159, 2002). No se trata de "pruebas diferentes" que casualmente se descubren, sino de "pruebas derivadas" que no existirían sin el vicio original. Su finalidad es erradicar prácticas ilegítimas de iniciar investigaciones con medios espurios para luego "legitimar" pruebas secundarias.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido excepciones a esta regla general, buscando morigerar sus efectos y evitar que la verdad material quede sacrificada por completo cuando la conexión entre la prueba original viciada y la derivada es débil o inexistente (CC, SU159, 2002). Estas excepciones permiten admitir la validez de la prueba derivada bajo ciertas condiciones.

La legislación procesal penal vigente (ley 906 de 2004) consagra expresamente en su artículo 23 la cláusula de exclusión al señalar que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, y la consecuencia es la exclusión de la actuación procesal. En el segundo inciso de la disposición se hace referencia a que la misma consecuencia conllevan las pruebas derivadas de aquellas.

En este punto resulta pertinente destacar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado contenido al concepto de nulidad de pleno derecho. Por ello ha

establecido que dicho concepto hace referencia al **debido proceso probatorio**, el cual se define como el conjunto de requisitos y formalidades que prevé la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba (CSJ, 48965, 2017). A diferencia de la transgresión del debido proceso que conlleva como consecuencia la nulidad, en materia de debido proceso probatorio, cualquier vulneración a las reglas para formación o eficacia de las pruebas no lleva como consecuencia la invalidez, sino la nulidad de pleno derecho, que se equipara a la inexistencia del acto, es decir, a su desestimación (CSJ, 48965, 2017).

De otra parte, el artículo 455 de la legislación en cita consagra las excepciones a la cláusula de exclusión. Dicha disposición trae de forma taxativa como criterios: *i*) el vínculo atenuado; *ii*) la fuente independiente, y *iii*) el descubrimiento inevitable. También indica que cualquier otro que establezca la ley. En este punto es relevante señalar que dichos criterios son taxativos y, si bien se trata de una cláusula abierta, los citados son los únicos consagrados en la legislación.

Lo anterior implica que la buena fe como excepción a la regla de exclusión no es admisible en el sistema acusatorio, pues no está consagrado en la legislación. Contrariamente, bajo la égida de la ley 600 de 2000, sí es posible desarrollar excepciones como la de la buena fe o de otra índole, pues dicho estatuto adjetivo no tiene restricción alguna (CSJ, 43691, 2014).

6.1 El vínculo atenuado

El vínculo atenuado (*attenuated connection doctrine* o *purged taint*) es una excepción a la regla de exclusión de prueba derivada. En la doctrina foránea se identifica la decisión *Nardone vs. United States* como uno de los grandes referentes sobre el desarrollo de dicha

excepción (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 98). Conforme al precedente referenciado, se entiende que la evidencia no será excluida en eventos en los cuales la conexión entre la ilegalidad y el descubrimiento o aseguramiento sea tan atenuada como para disipar la inconstitucionalidad de aquella (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 98), es decir, que la infracción inicial es lejana, esto desde una perspectiva jurídica (Montserrat Quintana, 2022, pág.: 76).

Bajo este orden de ideas, debe tenerse presente que, en el marco de la relación causal entre la ilegalidad y la obtención de evidencia, por sí misma no implica que de forma automática opere la exclusión, sino que los jueces deben determinar si los funcionarios “explotaron” o se aprovecharon de la ilegalidad inicial o se tuvo la evidencia por otros medios alejados o desconectados de esta (Miranda Estrampes, 2019, pág.: 99).

En nuestro sistema procesal, esta excepción se aplica cuando la conexión entre la prueba ilícita original y la prueba derivada es tan remota, o cuando han intervenido circunstancias que rompen la cadena causal de antijuridicidad, que la contaminación inicial no se considera transmitida a la evidencia posterior (CSJ, 48498, 2019) (CSJ, 43533, 2018). La jurisprudencia señala que no basta una conexión exclusivamente causal y fáctica; debe existir una "conexión de antijuridicidad", lo que implica que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria, o que las exigencias de la tutela de la efectividad del derecho infringido no requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado (CSJ, 48498, 2019).

Para determinar si un vínculo ha sido atenuado, los funcionarios judiciales deben realizar un juicio de ponderación que considere la índole y características de la violación inicial del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron (CSJ, 48498, 2019). Un factor clave en esta ponderación es la intervención de la voluntad libre de la persona afectada o de terceros,

o el paso del tiempo, que pueden romper el nexo causal. Por ejemplo, si un sospechoso, después de una detención irregular, voluntariamente decide confesar o proporcionar información sin coerción directa de la ilegalidad inicial, el vínculo podría considerarse atenuado (CSJ, 43691, 2014). Esto contrasta con situaciones donde la información es directamente explotada de la ilegalidad principal (CSJ, 48498, 2019).

A manera de ejemplo sobre esta excepción, en un caso analizado vía jurisprudencia, la defensa solicitó la exclusión de una memoria USB y la información extraída, alegando ilegalidad por incautación posterior a la captura y sustentada en prueba ilegal previa. Aunque el fiscal reconoció una relación entre la USB y la evidencia, argumentó que esa relación era mínima y que se podía aplicar la excepción del vínculo atenuado, dado que la captura no se fundó exclusivamente en la evidencia, sino que se trató de un registro incidental legítimo (CSJ, 45619, 2016). Sin embargo, la Corte, en ese caso, determinó que los soportes de la orden de captura eran ilegales, lo que llevó a la ilegalidad de la captura y, en consecuencia, de la incautación de la USB y de todos los archivos e informes derivados, lo que significa que el vínculo no se consideró atenuado (CSJ, 45619, 2016).

6.2 La fuente independiente

La excepción a la cláusula de exclusión denominada fuente independiente es otro de los mecanismos para que un medio de prueba reflejo (derivado) pueda ser admitido, incluso si inicialmente se sospechó que provenía de una fuente viciada (CSJ, 48498, 2019). Este criterio se basa en la necesidad de establecer que el origen de la prueba en cuestión no tiene una

conexión causal con la prueba principal ilícitamente obtenida, sino que proviene de una vía autónoma y legítima (CSJ, 43691, 2014).

Para que esta excepción opere, se deben cumplir ciertas condiciones:

a. **Origen autónomo:** La prueba debe aparecer demostrada a través de otra fuente completamente independiente del acto de investigación irregular (CSJ, 48498, 2019). Esto implica que el conocimiento de los hechos o la obtención de la evidencia se dio por un camino legal que no está causalmente conectado con la vulneración constitucional inicial (CSJ, 43691, 2014).

b. **Ausencia de conexión ilegítima:** No debe existir una "conexión de antijuridicidad" entre la fuente corrompida y la prueba derivada. Es decir, la prueba ulterior no debe ser ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la prueba original; en cambio, debe haberse transmitido la inconstitucionalidad de una a otra (CSJ, 48498, 2019). Si la prueba se obtuvo por medios suficientemente distinguibles, puede considerarse "purgada de la mancha primaria" (CC, SU159, 2002).

c. **Descubrimiento por vía legal alternativa:** La excepción de fuente independiente sugiere que el hecho se habría establecido de todas maneras por otros medios legales (CSJ, 43691, 2014).

Es importante no confundir una "prueba diferente" (que podría ser derivada y, por lo tanto, igualmente viciada) con una "prueba independiente" (que no tiene conexión causal con la ilícita y es admisible) (CC, SU159, 2002). La doctrina de la fuente independiente evita que los hechos se vuelvan "sagrados e inaccesibles" sólo porque se utilizó un medio ilegal para

obtener información, siempre que el conocimiento sobre ellos se haya obtenido de una fuente legítima e independiente (CC, SU159, 2002).

La jurisprudencia ha analizado diversos eventos en donde se estudia esta excepción. Así, en eventos de entregas voluntarias de información, cuando una persona, por un "acto de liberalidad" o voluntad, decide entregar a las autoridades un dispositivo (como un teléfono celular o una USB) que contiene comunicaciones privadas (CSJ, 52320, 2018). En estos casos, el acceso a la información no se considera un acto de investigación estatal que requiera una orden judicial previa o control posterior, porque la intimidad es renunciada por el propio titular (CSJ, 52320, 2018).

También, en eventos en los cuales la existencia de una noticia periodística que divulgó una grabación ilícitamente obtenida no impide que el Estado inicie una investigación preliminar con pruebas separadas e independientes (CC, SU159, 2002). En este evento resulta pertinente destacar el célebre caso de Saulo Arboleda Gómez, en donde, aunque una grabación telefónica ilícita fue excluida, la acusación se basó en pruebas separadas e independientes, como la noticia criminis, el comunicado de prensa del exministro de Minas y Energía reconociendo la conversación (que era una prueba independiente de la grabación ilícita) y las declaraciones de funcionarios del Ministerio de Comunicaciones (CC, SU159, 2002). La divulgación de la grabación ilícita no vició todo el procedimiento ni contaminó el acervo probatorio, siempre y cuando la acusación y sentencia se fundamentaran en pruebas válidas y suficientes (CC, SU159, 2002).

Finalmente, se presenta el caso en que el testimonio de una persona que acepta voluntariamente su participación en una conducta punible, a partir de una fuente de

conocimiento primigenia (como una memoria USB), puede ser válido si no tiene nexo causal con alguna ilegalidad previa en la obtención de la prueba primigenia (CSJ, 43691, 2014).

6.3 El descubrimiento inevitable

La excepción tipificada como descubrimiento inevitable es otra de las excepciones a la doctrina del "fruto del árbol envenenado". Esta excepción permite la admisión de una prueba obtenida inicialmente de manera ilegal o ilícita si la fiscalía puede demostrar que, de todas formas, habría sido descubierta por una vía o fuente lícita e independiente, aun sin la infracción inicial (CSJ, 43533, 2018). Su justificación principal radica en evitar que el acusado reciba un "beneficio" procesal inmerecido. Es decir, no se busca purgar la ilegalidad cometida por la autoridad, sino reconocer que la evidencia habría llegado al proceso de todas maneras a través de medios legítimos, impidiendo que la acusación quede en una posición más desventajosa que si la transgresión no se hubiera producido (CSJ, 43691, 2014).

Para que opere la excepción del descubrimiento inevitable, la parte que pretende la admisión de la prueba derivada tiene la carga argumentativa de demostrar, con suficiente claridad, que se cumplen ciertos requisitos (CSJ, 43691, 2014). Estos son:

a. **La existencia de una línea de investigación lícita e independiente:** Debe demostrarse que existía, o que habría existido con certeza, una investigación legal en curso o planificada, completamente separada del acto ilegal que llevó al descubrimiento inicial de la prueba. Es decir, los procedimientos lícitos no deben haber sido instigados o influenciados por la información obtenida ilícitamente (CC, SU159, 2002).

b. **Inevitable descubrimiento de la misma evidencia:** La parte debe probar que, de no haberse cometido la ilegalidad, los medios lícitos e independientes habrían conducido, sin

duda alguna y por sí mismos, al descubrimiento de la misma prueba en el mismo estado en que fue encontrada (CC, SU159, 2002). La mera posibilidad de un descubrimiento lícito no es suficiente; debe haber una "inevitabilidad" razonablemente cierta.

c. La no dependencia de la ilegalidad: Es importante que el descubrimiento no haya dependido de manera crucial de la información obtenida ilegalmente, ni que la ilegalidad haya acelerado el proceso de descubrimiento de forma significativa (CC, SU159, 2002). Si la infracción sirvió para "atajar" la investigación o para darle una ventaja que de otro modo no tendría, la excepción no se aplicaría.

En la jurisprudencia foránea se encuentran casos emblemáticos, como el evento de un cadáver localizado gracias a una confesión obtenida de un sospechoso sin la presencia de su abogado (lo cual sería una prueba ilícita). Sin embargo, si se demuestra que al mismo tiempo ya había un grupo de 200 voluntarios rastreando la región donde el cuerpo fue encontrado, y que su descubrimiento habría sido inevitable por esta vía lícita, entonces la evidencia del cadáver podría ser admisible bajo la excepción del descubrimiento inevitable (CC, SU159, 2002). En este escenario, la confesión ilegal no es convalidada, pero la evidencia del cadáver se admite porque su hallazgo no se considera exclusivamente un "fruto" de la ilegalidad, sino que tenía un destino inevitable a través de un camino lícito.

También en el sistema colombiano, por ejemplo, en el caso bajo radicación 53094, se discutió la aplicación de esta excepción frente a pruebas encontradas en un allanamiento y registro, argumentándose que la expectativa razonable de intimidad se pierde con una orden legal, y que el hallazgo habría sido inevitable. Aunque el recurso no prosperó en ese caso por otros motivos relacionados con la técnica de la demanda, la discusión demuestra la relevancia de esta excepción en el contexto judicial colombiano.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta el concepto de ilicitud e ilegalidad de las pruebas, sus efectos, los legitimados para solicitar la exclusión así como los momentos procesales pertinentes para esto, resulta necesario preguntarse qué efectos o eficacia tiene este tipo de pruebas en la audiencia preliminar de solicitud e imposición de medida de aseguramiento, escenario donde se discute la libertad de los procesados, se presentan y se resuelve con base en elementos materiales de prueba, que eventualmente podrían estar revestidos de los defectos ya descritos, pero como se ha expuesto anteriormente, no es un escenario procesal para solicitar o decidir sobre la exclusión de tales elementos.

7. EL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN COLOMBIA

El régimen de libertad y su restricción en la Constitución Política de Colombia y en la Ley 906 de 2004 se fundamenta en el derecho fundamental a la libertad personal, el cual, aunque esencial en un Estado constitucional y democrático de derecho, no es absoluto y está sujeto a privaciones y restricciones temporales (CC, C469, 2016). Estas limitaciones ocurren principalmente en el marco del proceso penal, bajo la forma de medidas de aseguramiento, las cuales tienen fines preventivos y no sancionatorios (CC, C469, 2016).

Por su parte, la Constitución establece garantías estrictas para la libertad personal:

Artículo 28: Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, salvo por mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Esto implica una estricta reserva de ley para establecer las condiciones de privación de libertad y una reserva judicial

para su imposición (CC, C469, 2016). La competencia para privar o restringir la libertad reside exclusivamente en los jueces, no en otras ramas del poder público (CC, C469, 2016).

Artículo 250 (modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002): Atribuye al juez de control de garantías la función de decretar las medidas necesarias a solicitud de la Fiscalía, con tres fines esenciales:

1. Asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal.
2. La conservación de la prueba.
3. La protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

La protección de la comunidad se justifica en el principio de la prevalencia del interés general (art. 1 C.P.) y el fin del Estado de asegurar la convivencia pacífica (art. 2 C.P.). Es importante destacar que, a pesar de la expresión "peligro para la comunidad" utilizada por el legislador, no se refiere a un "peligrosismo penal" o a un "derecho penal de autor", sino que, conforme a la hermenéutica de la Corte Constitucional, se refiere a criterios objetivos relacionados con los actos del imputado que permiten inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva (CC, C318, 2008).

De otra parte, la ley 906 de 2004 – a partir del artículo 295- desarrolla el régimen de la libertad y su restricción, estableciendo en diversas disposiciones el marco conceptual del mismo. En primer lugar, resulta relevante destacar que, conforme a esta normativa, las medidas de restricción de la libertad o de aseguramiento tienen un carácter excepcional y restrictivo. Las normas que autorizan la privación o restricción de la libertad tienen carácter excepcional, deben ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Con base en lo anterior, se pueden identificar unos límites a la imposición de las medidas de aseguramiento. Así, se destaca que conforme a la estricta legalidad, los motivos para la restricción de la libertad deben estar definidos de manera unívoca y específica por el legislador, incluyendo el tipo de medida, delitos, estándar probatorio, fines y criterios de necesidad (CC, C366, 2014). También que aquellas son excepcionales, es decir, las medidas que afectan la libertad sólo pueden ser decretadas de forma extraordinaria y excepcional debido a su drástico efecto (CC, C469, 2016).

También se destaca que la medida debe ser razonable, proporcionada y solo impuesta si es indispensable para cumplir el fin perseguido, es decir, si no puede ser reemplazada por una alternativa menos lesiva (CC, C469, 2016). Esto se vincula con la presunción de inocencia, asegurando que la medida mantenga su carácter preventivo y no punitivo (CC, C-469, 2016). Asimismo, se debe aplicar un esquema gradual, diferenciado y proporcionado de medidas, que va desde las menos aflictivas hasta la privación de la libertad. El juez debe imponer la medida menos gravosa que sea suficiente para lograr los fines del proceso.

8. LOS FINES CONSTITUCIONALES DE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento han sido precisados por el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política, y son desarrollados en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) (CC, C469, 2016). Estos fines, que deben ser perseguidos de manera necesaria, adecuada, proporcional y razonable, son principalmente tres:

8.1 Asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal: Este fin busca evitar la fuga o contumacia del imputado, garantizando su presencia en las distintas etapas del proceso (CC, C318, 2008). Al garantizar la comparecencia, se busca también amparar plenamente los derechos de defensa y debido proceso del acusado, y asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria a pena privativa de libertad (CC, C469, 2016). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido la detención preventiva para evitar que el imputado evada la acción de la justicia (CC, C469, 2016). Sobre dicho fin, cuando se habla de riesgo de fuga, la doctrina ha decantado que por huida debe entenderse que el procesado huya al extranjero, y no simplemente estando en el territorio nacional y no atienda los llamados judiciales (Ragués i Vallés, 2023, pág.: 178)

8.2 Conservación de la prueba: Este objetivo habilita al juez para decretar medidas de aseguramiento con el propósito de garantizar la integridad de las pruebas y el normal desarrollo del proceso (CSJ, 108815, 2020). Se busca evitar que el imputado obstruya, destruya, modifique, dirija, impida, oculte o falsifique elementos de prueba, o que induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros a afectar la actividad probatoria (CC, C469, 2016). La Corte IDH también avala la detención preventiva para evitar que el imputado obstruya el proceso (CC, C469, 2016).

Bajo este orden de ideas, según se aduce, debe ser demostrada de forma concreta y actual la producción del resultado –dañosidad de la prueba– con base en elementos de prueba que permitan justificar dicho enunciado (Dei Vecchi, 2017, pág.: 146). Incluso se ha propuesto como formas de establecer si dicho fin concurre aspectos tales como que haya pruebas que estén pendientes de producción y/o razones para afirmar que serán dañadas o alteradas por el comportamiento del procesado (Dei Vecchi, 2017, pág.: 147).

8.3 Protección de la comunidad, en especial de las víctimas: Este fin, respaldado por el artículo 250 de la Constitución y preceptos como la prevalencia del interés general (art. 1 C.P.) y el fin del Estado de asegurar la convivencia pacífica (art. 2 C.P.), busca proveer las condiciones necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de terceros o de las víctimas ante la probabilidad de nuevos delitos o vulneraciones (CC, C366, 2014). Es una justificación legítima para la medida cautelar. La Corte Constitucional considera que esta justificación es compatible con las interpretaciones de la Comisión y la Corte IDH, que también han reconocido el criterio de probabilidad de ejecución de nuevos delitos asociado a la protección de la comunidad (CC, C469, 2016). Es importante destacar que la "peligrosidad" en este contexto no se refiere a un "derecho penal de autor" basado en la personalidad del imputado, sino a criterios objetivos derivados de sus actos y de las circunstancias fácticas, que permiten inferir la probabilidad de nuevas conductas delictivas (CC, C469, 2016).

9. REQUISITOS Y CARGAS ARGUMENTATIVAS PARA LA SOLICITUD E IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La Fiscalía General de la Nación tiene la carga de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento que la sustentan y su urgencia (CSJ, 108815, 2020). Para las medidas privativas de la libertad, es imperativo que la Fiscalía pruebe ante el juez de control de garantías que las medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida (CSJ, 104983, 2019). Esta demostración es un elemento crucial del juicio de proporcionalidad (CSJ, 104983, 2019).

El Juez de Control de Garantías es el único facultado para decretar estas medidas (CSJ, 108815, 2020). Su decisión debe ser debidamente motivada y sustentada en la consideración de

las finalidades constitucionalmente admisibles (CSJ, 104983, 2019). El fallador debe realizar un juicio de proporcionalidad, evaluando si la medida solicitada es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, buscando un equilibrio entre el derecho fundamental afectado y el fin constitucional que se busca proteger (CSJ, 46148, 2016). Este juicio no puede basarse únicamente en la calificación jurídica del delito o su gravedad, sino en las circunstancias concretas del caso (CSJ, 98507, 2018). Además, la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad debe estar probada para imponer una medida privativa (CSJ, 104983, 2019).

La jurisprudencia ha señalado que los jueces de control de garantías deben aplicar las reglas para la imposición de medidas de aseguramiento, teniendo en cuenta la inferencia razonable de participación, la necesidad de la medida y la elección del tipo de medida a imponer, realizando siempre un juicio de proporcionalidad (CSJ, 104439, 2019). Un juez no puede imponer una medida más gravosa de la solicitada por la Fiscalía sin asumir las cargas argumentativas necesarias, incluyendo un análisis de las normas aplicables y el estudio de proporcionalidad (CSJ, 104439, 2019). Ahora bien, esto último ha sido objeto de discusión, pues en decisión de 24 de julio de 2025, una sala de tutela de la Corte Suprema de Justicia avaló que en sede de instancia se impusiera una medida más restrictiva que la solicitada por la Fiscalía (CSJ, 146808, 2025). En todo caso, también resulta pertinente destacar que, en el evento analizado por la Sala, se trataba de un punible de carácter sexual contra un menor de edad, lo que, bajo la égida de la ley 1098 de 2006, la única medida de aseguramiento procedente es la prisión intramural en establecimiento de reclusión carcelaria.

Las medidas de aseguramiento condensan un conjunto de presupuestos: *i*) la inferencia razonable de autoría o participación del imputado soporta en un caudal probatorio, *ii*) la demostración del cumplimiento de al menos uno de los fines constitucionales y *iii*) la necesidad

y proporcionalidad de la medida a imponer (Dei Vecchi, 2017, pág.: 44). Destacando que, conforme al párrafo 2 del artículo 307, para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, previamente se debe probar por parte de quien la solicita que las medidas no privativas resulten insuficientes para el cumplimiento de los fines constitucionales.

De lo anterior se colige que en el devenir de este tipo de procedimientos hay un debate probatorio (que no práctica), en donde se debe acreditar en grado de inferencia la **autoría o participación del imputado en los hechos** (*fumus comissi delicti*) y el **cumplimiento de algún fin** (*periculum libertatis*), donde se itera, se exige que dichos presupuestos se acrediten mediante elementos materiales de prueba (Quintero Jiménez, 2024, pág.: 33). La doctrina califica al primero de estos como un juicio doble, siendo el primero retrospectivo acerca de la inferencia o sospecha de intervención del procesado en los hechos objeto de investigación, y al segundo como un juicio prospectivo donde se debe verificar la probabilidad de condena (Ragués i Vallés, 2023, pág.: 54).

Dicha exigencia probatoria se considera coherente con una fundamentación epistemológica del proceso, ya que dicho ejercicio asegura la corroboración del cumplimiento de los requisitos sin recurrir en argumentaciones tautológicas y fuera de sesgos, lo que garantiza una decisión judicial correctamente fundamentada (Quintero Jiménez, 2024, pág.: 34).

El sistema de medidas de aseguramiento se rige por un mandato general de afirmación de la libertad (CSJ, 108815, 2020). Las normas que autorizan la privación o limitación de la libertad deben interpretarse restrictivamente, y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales (CC, T276, 2016).

El **principio de gradualidad** implica que el juez debe seleccionar la medida menos gravosa que sea suficiente para alcanzar los fines del proceso, considerando las circunstancias del imputado (CSJ, 104983, 2019). La Ley 906 de 2004 prevé diversas clases de medidas de aseguramiento, tanto privativas de la libertad (detención en establecimiento de reclusión o en el domicilio) como no privativas (prohibición de salir del país o del lugar de residencia, de concurrir a reuniones o lugares, de comunicarse con personas, prestación de caución, etc.) (CSJ, 104439, 2019). El juez puede imponer una o varias de ellas (CSJ, 104983, 2019).

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Penal también ha tenido en consideración lo dispuesto en las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, que declararon y ratificaron el estado de cosas inconstitucional (CSJ, 104983, 2019). Para mitigar el hacinamiento, se implementó la regla de equilibrio decreciente (CSJ, 104983, 2019), que permite el ingreso de personas a establecimientos carcelarios solo si no aumenta el nivel de ocupación y si se ha estado disminuyendo el hacinamiento. No obstante, la Corte ha reconocido que esta regla no tiene carácter absoluto y puede ser ponderada en situaciones concretas a través de un juicio estricto de proporcionalidad, especialmente cuando su aplicación pone en riesgo otros bienes constitucionales, como los derechos de las personas detenidas en condiciones precarias en centros transitorios (CSJ, 104983, 2019).

De otra parte, importa destacar dos situaciones particulares. En primer lugar, que la misma Fiscalía General de la Nación a través de la Directiva 001 de 2020, estableció una serie de parámetros o lineamientos a tener en cuenta por parte de sus funcionarios al momento de solicitar imposición de medidas de aseguramiento, donde se reafirman los criterios anteriormente esbozados. En segundo lugar, que mediante la ley 2197 de 2022 si bien es cierto se ampliaron los criterios a tener en cuenta al momento de evaluar fines de la medida como el

peligro para la comunidad y la no comparecencia, en todo caso dichas disposiciones reiteran la reafirmación de la libertad.

Dicho todo lo anterior, nos encontramos ante dos situaciones. En primer lugar, conforme al artículo 29 de la Constitución, así como a la legislación adjetiva, se consagra la regla de exclusión, según la cual toda prueba que sea ilícita o ilegal debe ser excluida; es decir, no se puede atribuir responsabilidad penal con base en las aquellas. También quedó descrito los escenarios procesales en los cuales se puede solicitar y decidir sobre los vicios en las pruebas.

Sin embargo, también se puso de presente que en la audiencia preliminar de solicitud e imposición de medida de aseguramiento, quien pretenda la imposición debe probar la inferencia de autoría o participación del procesado en los hechos objeto de juzgamiento, la demostración de al menos uno de los fines constitucionales de la respectiva medida y también, en caso de solicitarse una de privativa de la libertad, debe probarse que las no privativas, ninguna serviría para cumplir tal fin, así como el respectivo estudio de proporcionalidad.

Dicho esto, resulta evidente que en el desarrollo de dicha actuación es posible que la prueba tanto de la inferencia razonable como de los fines constitucionales pueda ser demostrada a través de elementos materiales de prueba ilícitos o ilegales. Sin embargo, también se indicó que existen unos momentos procesales específicos en los cuales se puede tomar la decisión de exclusión. Por ello se presenta una dicotomía en el escenario de la imposición de la medida de aseguramiento. Por ejemplo, piénsese en el evento en el cual, para soportar la inferencia razonable, se presente por parte de la fiscalía algún elemento de prueba viciado de ilicitud, como podrían serlo interceptaciones entre abogado y cliente o algún resultado producto de un registro o allanamiento que se haya realizado pretermitiendo los requisitos legales para tal acto.

Esto teniendo en cuenta que esta etapa no es uno de los momentos habilitados para solicitar exclusiones de tal naturaleza.

Sin embargo, lo anterior lleva al interrogante sobre qué control puede hacerse en dicha audiencia ante la presencia de pruebas irregulares, pues es apenas natural que una decisión sobre la libertad de una persona no pueda fundamentarse en pruebas con esos vicios.

Tal como se dijo en precedencia, la ilegalidad e ilicitud conlleva no solamente la exclusión, sino que además tienen otros efectos como el de la inutilización de dichos elementos probatorios. Solución que se encuentra en ordenamientos jurídicos foráneos como el chileno, en donde ante la presencia de este tipo de pruebas en la fase de investigación, no es posible excluirlas, pero sí se acude al concepto de “**inutilizabilidad**” (Rettig Espinoza, 2021, pág.: 201). En prevalencia de los derechos y garantías fundamentales, en dicho sistema, el juez de control de garantías debe resolver los diversos asuntos sin tener en cuenta las pruebas viciadas, sin excluirlas (Rettig Espinoza, 2021, pág.: 201).

En nuestro país, el asunto no tiene la misma claridad que en el sistema descrito. Sin embargo, se advierten al menos dos decisiones judiciales que permiten concluir que en Colombia la prueba ilícita e ilegal tendría el mismo efecto, no solamente su exclusión, sino además su inutilización. En primer lugar, mediante decisión del año 2012, se expresó que en eventos en los cuales se considere la ilegalidad (que no exclusión) de elementos materiales de prueba, los mismos no pueden ser *utilizados* como fundamento de una imposición de una medida de aseguramiento (CSJ, 36562, 2012).

De otra parte, la Corporación en cita también ha destacado que la ilegalidad o ilicitud se predica no solamente de pruebas en estricto sentido, sino además de elementos materiales

probatorios (CSJ, 45619, 2016), lo que refuerza el argumento en el sentido de que en audiencias preliminares los elementos viciados tengan alguna consecuencia, que no puede ser el de la exclusión, pero sí el de su inutilización.

Por lo anterior, se arriba a la conclusión de que en los eventos donde el juez de garantías observe que se sustenta la solicitud de medida de aseguramiento con base en elementos materiales probatorios viciados de ilegalidad o ilicitud, está facultado para no considerarlos en su decisión, aun cuando no pueda tomar la decisión de excluirlos, sí la de inutilizarlos, esto en garantía de los derechos fundamentales del procesado y la estructura misma del sistema penal con tendencia acusatoria.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Armenta Deu, T. (2009). La prueba ilícita (Un estudio comparado). Marcial Pons.

Barja de Quiroga, J. (2024). La prueba ilegalmente obtenida por particulares. Tirant lo blanch.

Beling, E., Guerrero, O. (2009). Las prohibiciones probatorias. Temis.

Cuadrado Salinas, C. (2021). Fundamento y efectos de la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Tirant lo blanch.

Dei Vecchi, D. (2017). La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales. Ad-Hoc.

Greco, L. (2021). La regla de exclusión probatoria en Alemania. Una exposición crítica. En: Santana Vega, D., Cardenal Montraveta, S. (2021). Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez. Atelier.

Guerrero Peralta, O. (2016). Institutos probatorios del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Guerrero Peralta, O. (2019). Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Hairabedián, M. (2022). Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Ad-Hoc.

Jauchen, E. (2017). Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial. Rubinzal-Culzoni.

Medina Rico, R. (2016). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado. Universidad del Rosario.

Merkel, L. (2022). Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante. Marcial Pons.

Miranda Estrampes, M. (2019). Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada. Marcial Pons.

Montserrat Quintana, A. (2022). Derechos fundamentales en el proceso penal. Bosch Editor.

Muñoz Conde, F. (2008). De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. Hammurabi.

Pabón Gómez, G. (2025). De la casación penal en el sistema acusatorio. Ibáñez.

Pouchain Ribeiro, P. (2020). La regla de exclusión de la prueba ilícita. Un estudio comparado desde su origen en EE. UU. Tirant lo blanch.

Quinche Ramírez, M. (2022). Debido proceso judicial, administrativo y entre particulares. En: Roa Roa, J y Sierra Camargo, J., (2022) Manual de derechos fundamentales. Tirant lo blanch.

Quintero Jiménez, C. (2024). Orientación epistémica del proceso penal desde una perspectiva constitucional. Una aplicación al ámbito de la formulación de un estándar de prueba para la prisión preventiva. En: Miranda, G. (2024). Medidas de coerción en el proceso penal. Tomo I. Editores del Sur.

Ragués i Vallés, R. (2023). La prisión provisional como última^o ratio. Marcial Pons.

Renedo Arenal, M. (2022). El elemento subjetivo de la prueba ilícita. En: Roca Martínez, J. (2022). Procesos y prueba prohibida. Dykinson.

Rettig Espinoza, M. (2021). La prueba ilícita y su repercusión en la audiencia de control de la detención. En: Hoyl Moreno, G. (2021). La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal. Tirant lo blanch.

Reyes Alvarado, Y. (2019). Prohibiciones de prueba en los sistemas de tendencia inquisitiva y adversarial. En: Ambos, K., Malarino, E. (2019). Fundamentos de derecho probatorio en materia penal. Tirant lo blanch.

Roxin, C., Schünemann, B. (2019). Derecho procesal penal. Didot.

Jurisprudencia

Corte Constitucional [CC], marzo 6, 2002. Sentencia SU – 159/02. M. P.: M, Cepeda. (Colombia).

Corte Constitucional [CC], abril 9, 2008. Sentencia C - 318/08. M. P.: J, Córdoba. (Colombia).

Corte Constitucional [CC], junio 11, 2014. Sentencia C - 366/14. M. P.: N, Pinilla. (Colombia).

Corte Constitucional [CC], mayo 25, 2016. Sentencia T - 276/16. M. P.: I, Pretelt. (Colombia).

Corte Constitucional [CC], agosto 31, 2016. Sentencia C - 469/16. M. P.: L, Vargas. (Colombia).

CSJ

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 20, 2009. M. P.: J. Socha. No. 31127. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, junio 13, 2012. M. P.: J. Bustos. No. 36562. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, febrero 19, 2014. M. P.: J. Bustos. No. 43092. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, agosto 5, 2014. M. P.: E. Patiño. No. 43691. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, agosto 31, 2016. M. P.: L. Hernández. No. 45619. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, octubre 12, 2016. M. P.: P. Salazar. No. 46148. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, abril 18, 2017. M. P.: J. Acuña. No. 48965. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, abril 11, 2018. M. P.: P. Salazar. No. 52320. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, abril 11, 2018. M. P.: E. Fernández. No. 43533. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 30, 2018. M. P.: E. Patiño. No. 52051. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 31, 2018. M. P.: L. Salazar. No. 98507. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, septiembre 26, 2018. M. P.: E. Patiño. No. 53094. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 29, 2019. M. P.: J. Acuña. No. 48498. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, junio 11, 2019. M. P.: P. Salazar. No. 104439. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, junio 18, 2019. M. P.: E. Fernández. No. 48288. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, octubre 2, 2019. M. P.: P. Salazar. No. 55798. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, octubre 15, 2019. M. P.: P. Salazar. No. 104983. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, febrero 4, 2020. M. P.: P. Salazar. No. 108815. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, marzo 4, 2020. M. P.: J. Moreno. No. 56616. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, abril 20, 2020. M. P.: L. Hernández. No. 56358. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, mayo 13, 2020. M. P.: L. Hernández. No. 54600. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, enero 20, 2021. M. P.: F. Ospitia. No. 58323. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, julio 24, 2025. M. P.: M. Ávila. No. 146808. (Colombia).