

Conclusiones generales

Joel M. F. Ramírez-Mendoza

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

RAMÍREZ MENDONZA, J.M.F. Conclusiones generales. In: *Diferencias entre las reglas de exclusión probatoria colombiana e internacional penal*. Análisis en tres casos de injerencias en comunicaciones privadas [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 181-189. Opera prima collection. ISBN: 978-958-738-658-5. <https://doi.org/10.7476/9789587386585.0005>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Conclusiones generales

El Estado colombiano invoca el respeto y la protección a la dignidad humana, y esta se manifiesta en conjunto con otros derechos fundamentales, como es el derecho a la intimidad, a partir del cual la persona puede tener la tranquilidad de manifestar su propia voluntad sin ningún tipo de injerencia. Sin embargo, el Estado también tiene el deber de perseguir las conductas delictivas, y por ello en algunos casos resulta necesario hacer injerencias en la privacidad de las personas, como por medio de la interceptación de comunicaciones.

Si bien la regla general es que no se pueda realizar ningún tipo de injerencia, la excepción consiste en que, si resulta necesario, la Fiscalía podrá ordenar que se adelante la interceptación de comunicaciones, como un rezago de sus funciones jurisdiccionales según el art. 250 constitucional, y después deberá surtir el control posterior del juez de control de garantías. Esta excepción está regulada por la ley; en el supuesto de que no se cumpla con lo regulado, el material probatorio resultante deberá ser excluido del proceso judicial, puesto que la regla de exclusión es una garantía procesal para la protección de los derechos humanos que condiciona la producción probatoria y su uso judicial, aplicable en cualquier momento y a través de los diferentes recursos y mecanismos legales y constitucionales.

A pesar de que esto pareciera ser suficientemente claro, vemos que algunas actividades, que originalmente no están encaminadas a que produzcan efectos directos en un proceso judicial, como es el caso de las actividades de inteligencia y contrainteligencia, producen información que puede terminar siendo aportada al proceso penal como un elemento probatorio para demostrar la responsabilidad penal de quien se esté acusando. Si bien esta actividad está regulada por la Ley Estatutaria 1621 de 2013, el CPP vigente no tiene una regulación para que estas actividades deban ser tenidas en cuenta, a diferencia de los Códigos anteriores (principalmente el Decreto 2700 de 1991). Sin embargo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-392 de 2000 hizo un aporte en esta materia cuando revisó la constitucionalidad del art. 313 del Decreto 2700, en el sentido de que estas pruebas no podrán ser tenidas en cuenta a menos que se garantice a la defensa la posibilidad de contradecirlas.

Pero si la regla general de la Corte Constitucional, que se ha reiterado en varias sentencias, es que ninguna persona, pública o privada, por más loable que sea la razón, está autorizada para adelantar injerencias en las comunicaciones a menos que exista orden judicial y específica para hacerlo, entra en contradicción con el uso del material de las entidades de inteligencia, o incluso con la información aportada por personas particulares. Esto se ve por ejemplo en el caso del exmilitar Juan Carlos Castillo, quien le vendía armamento a las FARC, autodefensas y bandas criminales, donde si bien se aportaron interceptaciones por parte de la RIME 4 a la Fiscalía, y luego se excluyeron durante el proceso, el CTI las

tuvo en cuenta para la dirección de su investigación, en este caso, el Tribunal de Bogotá consideró que había un vínculo atenuado entre las investigaciones del CTI y las interceptaciones de la RIME 4, las que terminan llegando a un mismo punto. Situación diferente al caso de la masacre de Macayepo en cuanto que las captaciones incidentales aportadas por la SIPOI sirvieron para demostrar la responsabilidad penal de García Romero y Morris Taboada. En este caso la Corte Suprema de Justicia consideró que se dio la oportunidad de contradecir la prueba y por tanto no fue objeto de exclusión; sin embargo, queda en contradicción con la regla general de la Corte Constitucional. En la toma al Palacio de Justicia, encontramos que las grabaciones que se aportaron al proceso fueron hechas por personas particulares, y fueron útiles para demostrar la responsabilidad penal del coronel (r) Alfonso Plazas Vega; en este caso, el Tribunal de Bogotá, sala mayoritaria, considera que la prueba es confiable y lícita, a diferencia de lo que se plantea en el salvamento de voto.

Es palpable la contradicción que hay entre la regla general y los tres casos expuestos. Sin embargo, es importante resaltar que entre los tres casos hay un factor en común: que los tres tienen relación con el conflicto armado interno. Esta contradicción nos lleva a revisar cómo se ha venido tratando en otros espacios. Así llegamos al DIH, que es la normatividad especial para estos contextos. En él no encontramos una prohibición expresa de la interceptación de comunicaciones, o en general a las injerencias en las comunicaciones, pero sí una regla que permite emplear las medidas necesarias para obtener información del enemigo.

A pesar de ello, la regulación que trae el DIH está enfocada a los conflictos armados internacionales, no con respecto a los no internacionales; por ello resulta importante revisar lo regulado por el DIDH, puesto que en estas situaciones ambos derechos terminan complementándose. El punto de contacto entre el uno y el otro, que en cualquier caso se protegerá las garantías judiciales, en el caso del DIH lo encontramos en el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, y en el DIDH lo encontramos en la prohibición de suspensión de garantías judiciales en el art. 27.2 de la CADH junto con lo que ha venido desarrollando el Comité de Derechos Humanos en la Observación General n.º 29.

En relación con la exclusión probatoria, su principal desarrollo la encontramos en la CEDH. Esta ha venido desarrollando una postura, originalmente en los casos *Malone* y *Schenck*, ambos contra el Reino Unido, según la cual si bien las interceptaciones cometidas fueron violatorias del derecho a la intimidad, la prueba no se excluye del proceso en cuanto pudo estar sometida a contradicción por parte de la defensa, y por ello no se vulneran las garantías judiciales reconocidas en la Convención Europea de Derechos Humanos. A partir de estos dos casos, se exige desde este foro internacional si la prueba resulta auténtica o si la prueba se pudo contradecir durante el proceso judicial; a pesar de ello, la CEDH vincula el cumplimiento de la normatividad doméstica, como cumplimiento del principio de legalidad de cada sistema jurídico interno, en consonancia con la Observación General n.º 16 del Comité. Esta postura, por la remisión que se hace a los sistemas nacionales, no produce

mayores cambios para Colombia, pues nosotros tenemos la regla de exclusión como parte del proceso judicial. Este sistema no ofrece, entonces, solución para las contradicciones propuestas en nuestros casos.

Al consultar el TPIY encontramos que la regla de exclusión está encaminada a la exclusión de pruebas no fiables, y de aquellas que pueden ir en perjuicio del mismo Estatuto. Si bien es cierto que el tema de la fiabilidad se relaciona con la autenticidad de la prueba, el TPIY toma una parte de lo que se ha adelantado en la doctrina Schenck, y de allí se proyecta a la CPI. De igual forma, considera que la prueba se debe poder contradecir, como parte de las garantías judiciales del proceso. Adicionalmente, el TPIY agrega que las violaciones en general al derecho a la defensa — como la declaración sin abogado y rendir testimonio bajo situación de cualquier tipo de coacción — generarían su exclusión.

A pesar de estos puntos comunes sobre el respeto a las garantías judiciales, que son transversales al DIH, al DIDH y al DIP, encontramos que hay una diferencia importante: mientras la doctrina Schenck requiere el cumplimiento del principio de legalidad según la normatividad interna, tanto el TPIY en sus RPP como la CPI en el ER consideran que se debe ajustar a su propia normatividad, mas no el sistema jurídico doméstico. Esto hace que el art. 23 del CPP y el inc. 5 del art. 29 constitucional — donde se reconoce la regla de exclusión — no podrán ser aplicados en los procesos judiciales que se adelanten ante estos foros internacionales. Básicamente, la diferencia radica en que el principio de legalidad por el cual se obliga a sistemas de derechos humanos a

revisar los sistemas nacionales, en el caso de la CPI y el TPIY se atiende a su propia normativa, sin importar las reglas domésticas, como sucedió en el caso *Lubanga*. Sin embargo, es importante señalar que la CPI, a diferencia de la TPIY, hace un ejercicio de ponderación entre la impunidad a partir de la exclusión probatoria y los derechos del acusado, teniendo como referente su propia normatividad, para hacer el análisis de proporcionalidad.

La regla de exclusión que trae consigo la CPI es diferente a la nuestra, y su aplicación a los tres casos que hemos propuesto terminarían con respuestas diferentes: en el caso de Juan Carlos Castillo, las pruebas no resultarían excluidas porque se satisface la autenticidad y la posibilidad de contradicción. En el caso de la masacre de Macayepo, la obligación de que las injerencias en las comunicaciones partan de una orden judicial no se tendría en cuenta, por lo que la Corte Suprema podría haber justificado la admisión de las injerencias a pesar de la regla constitucional interna existente. Finalmente, en el caso de la toma del Palacio de Justicia, las grabaciones que hayan hecho los particulares tendrían que estudiarse de manera conjunta para corroborar su autenticidad, pero tan pronto se supere este punto, la contradicción entre las posiciones de la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá termina pasando a un segundo plano, haciendo que las grabaciones sean prueba admisible porque se comprobó su fiabilidad.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, donde hace el análisis constitucional del ER, sobre la regla de exclusión dice lo siguiente:

De este modo, todas las pruebas obtenidas como resultado de una violación del Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas serán inadmisibles (regla de exclusión) cuando la violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas o cuando su admisión atente ‘contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él’. Estas disposiciones coinciden con los principios establecidos en la Constitución colombiana, que también protegen la integridad del acervo probatorio y consagran la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.¹

Esto se estudió para el año de 2002, pero después se implementó el sistema penal acusatorio, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Como principal sentencia que analiza la regla de exclusión dentro de este sistema se tiene la C-591 de 2005, la cual, si bien termina por reafirmar la regla de exclusión expuesta en la Sentencia SU-159 de 2002, al admitir las llamadas excepciones de exclusión de la prueba derivada, no la analiza desde los elementos que trata el art. 69.7 del ER.

La Sentencia C-578 de 2002 establece algunos tratamientos diferentes solo aplicables en el marco de la CPI, y no consideró la regla de exclusión del ER como uno de estos. Sin embargo, entre las dos reglas de exclusión, la del art. 23 de CPP y art. 29 constitucional, por una parte, y el art. 69.7 del ER, por otra, hay claras diferencias, a pesar de lo

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.

que interpretó la Corte en ese momento, y con base en esas diferencias se llega a conclusiones contradictorias, como en los casos propuestos.

Tareas pendientes

Al estudiar los diferentes cambios que ha tenido el proceso penal, encontramos los rezagos que mantienen a la Fiscalía como entidad jurisdiccional que puede adelantar una interceptación de comunicaciones sin control previo por un juez. Sin embargo, en el anterior sistema la Fiscalía tenía un control previo, a pesar de que fuera dentro de la misma entidad, y si esto era garantizado en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, Decreto 2699 de 1991, con mayor razón debería ser así en la Ley 906 de 2004; sin embargo, este control previo fue omitido dentro de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico vigente. Por tanto, se debería estudiar la viabilidad de adelantar una acción pública de inconstitucionalidad por omisión legislativa por este asunto.

Finalmente, también habría que adelantar una acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 69.7 del ER puesto que si bien la Corte Constitucional lo trató en su momento, el sistema jurídico ha tenido cambios considerables. Dicha demanda estaría encaminada a que la Corte tomara la posición anteriormente expuesta, o que considere que este debe ser sujeto de un tratamiento diferencial, donde si bien pareciera ser cosa juzgada, se presentaría alegando “derecho vivo”. Aun así, es importante reflexionar sobre la ponderación que hace la CPI, entre la impunidad de hechos

concretos, a partir de la exclusión de medios probatorios, y los derechos del procesado, pero esta tendrá que ser a partir de nuestras propias formas jurídicas.