

dispositivo, ni criticar instituciones positivas concretas que no concuerden con sus postulados.

Quizás por esto último, que en realidad es una característica de todo el libro y no sólo de los últimos capítulos, el autor mismo inscribe su obra dentro de la epistemología jurídica y no dentro de otras disciplinas que recurren más a los textos legales positivos para apuntalar sus afirmaciones. El libro de Nicolás GUZMÁN, entonces, no parece concebido como un manual para estudiantes, pero bien podría ser una herramienta para introducir en las facultades de Derecho algunos de los problemas fundamentales de la epistemología jurídica, por ejemplo, en

cursos de derecho probatorio.

De esta obra, finalmente, puede decirse que es un hijo orgulloso del garantismo *ferrajoliano*, porque reivindica el modelo positivista del autor italiano. Que hace una defensa del principio acusatorio (en concreto de la garantía del contradictorio) como método más adecuado para encontrar la verdad como correspondencia. Y que asume que esa verdad como correspondencia es la única concepción de la verdad admisible en un proceso penal que respete el principio de estricta legalidad.

MAXIMILIANO A.
ARAMBURO CALLE

FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 525 p.

Los años 1991 y 2004 representan dos momentos claves en el derecho probatorio colombiano. En el primero, se incorporó en forma expresa a la Constitución una regla de exclusión probatoria en el artículo 29, y en el segundo esa regla fue desarrollada por el legislador para el proceso penal. La diferencia más importante entre esos dos momentos, además del paso del tiempo, está en la inspiración del edictor de las normas. Mientras en el

primero la inclusión de la regla tenía una clara conexión con la protección de los derechos fundamentales como elemento justificador, fiel a la tradición del derecho continental, en el segundo el legislador recibió la influencia de la jurisprudencia y doctrina estadounidenses, ancladas en el fundamento disuasorio de conductas futuras (*deterrent effect*), todo lo cual quedó plasmado en el curso del debate parlamentario y en algunas tensiones

que se reflejan en el texto definitivo de la ley.

A partir de ese contexto rápidamente dibujado se puede comprender la importancia que puede representar en el medio jurídico colombiano una obra como la del español Carlos FIDALGO GALLARDO que, si bien resulta de profundo interés para la doctrina y la jurisprudencia de su país (por el estudio que hace de esta institución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no pierde un ápice de actualidad en el nuestro, donde es necesario comprender primero cómo se gesta y cómo evoluciona en Estados Unidos la prohibición de valoración de las pruebas ilícitamente obtenidas, para entender después el lenguaje empleado por el legislador del año 2004 al tratar fenómenos como la prueba derivada y los criterios para calificarla, por sólo mencionar un ejemplo.

La obra de FIDALGO GALLARDO es, parcialmente, el resultado de su tesis doctoral realizada en la Universidad de Sevilla exclusivamente sobre la regla de exclusión estadounidense; la otra parte del libro -en realidad, la primera: el capítulo 1 del libro, redactado después del resto- la constituyen los ajustes necesarios para introducir el tema en el derecho español, a partir de un cuidadoso análisis de la institución establecida en ese país por el Tribunal

Constitucional mediante una famosa sentencia¹, y de la posterior regulación en la ya mencionada LOPJ, de 1985. Conviene resaltar entonces, antes de comentar la estructura y contenido del libro, la similar fuente de la regla de exclusión en Estados Unidos y en España: la jurisprudencia, de la Corte Suprema en el primer caso, y del Tribunal Constitucional en el segundo. Por el contrario, en Colombia (al margen de los antecedentes históricos remotos y recientes) la fuente es la propia Constitución de 1991 que en forma expresa introdujo la regla y, recientemente, la ley misma². Esta diferencia debe tenerse en cuenta, pues a lo largo del texto de FIDALGO GALLARDO se encuentra subyacente una crítica profunda a temas como la creación judicial del derecho, las alteraciones del equilibrio entre los poderes del Estado o la politización de la Justicia, como él mismo parece anunciarlo desde las primeras páginas³.

Sin duda el libro de FIDALGO GALLARDO constituye un riguroso y cuidado estudio de todo el conjunto de sentencias que conforman el *sistema* de la regla de exclusión en los Estados Unidos. Introduce el tema en el capítulo 2, exponiendo con solvencia el contexto sustantivo en el que esta regla

¹ Se trata de la STC 114/1984.

² Me refiero a la ley 906 de 2004, cuyos artículos 23, 232 y 445 se refieren específicamente al punto.

³ Cfr. p. 16.

se enmarca en ese país, que, valga recordarlo, es el de las enmiendas cuarta, quinta, sexta y decimocuarta de la Constitución Federal (que en su integridad se reproducen en el libro en un anexo de indudable utilidad), de las que la Corte Suprema extrajo muchos años después (en 1914), la prohibición de valoración, al entender que esos textos exigían implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos en violación de los derechos constitucionales. Es en el capítulo siguiente en el que se encuentra la reconstrucción de la historia jurisprudencial de la regla. El autor hace un recorrido sobre las fuentes directas, es decir, por cada una de las sentencias que constituyen los precedentes. Y lo hace con un valor añadido: al analizar cada una de las sentencias describe -con fina pluma, además- el contexto en el que se producen. La evolución histórica de la regla de exclusión expuesta por el autor representa en este sentido no sólo una cronología detallada, que bien podría ser expuesta en unas cuantas páginas⁴, sino un valioso documento que otorga relevancia al “contexto de descubrimiento” de cada uno de esos hitos que, con frecuencia, suelen ser pasados por alto con desastrosas consecuencias en la coherencia de las

⁴ Un ejemplo de ello es lo que realizó nuestra Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002, aunque en ese caso se explica bastante bien, debido a la naturaleza del texto.

reconstrucciones simplistas como la que pretendió el legislador colombiano de 2004 en los artículos 23, 232 y 455 de la ley 906 de 2004.

En efecto, esta evolución histórica (y ciertamente política) muestra cómo eran entendidos los derechos constitucionales en cada época; cómo la regla era inicialmente sólo aplicable en el ámbito penal federal y fue extendiendo sus efectos lentamente a casos diferentes; cómo era adoptada o rechazada por los tribunales de justicia estatales (la extensión a los Estados se produce *apenas* en 1961, en una sentencia que derogó las reglas internas estatales sobre admisibilidad o exclusión de pruebas irregulares⁵); cómo eran los votos particulares (que no eran pocos) de los magistrados que se oponían a los desarrollos que iba teniendo la institución; cómo se pasa de aplicar la regla de exclusión de la violación de derechos procesales, también a la violación de derechos sustantivos; cómo inciden en cada uno de los razonamientos judiciales los previsibles efectos en la sociedad de una determinada decisión que extendiera o restringiera la aplicación de la regla; y finalmente, pero no menos importante, cómo se gesta y avanza el declive de la regla a partir de la introducción de las varias e importantes excepciones que hoy se conocen ampliamente.

Dentro del capítulo sobre la evolución histórica, FIDALGO apunta

⁵ Cfr. p. 172.

varias líneas críticas sobre el fundamento disuasorio de la regla de exclusión estadounidense. Estas críticas agudas dejan ver su posición personal, que niega la tensión (que suele preceder muchos análisis de este tema) entre averiguación de la verdad y derechos fundamentales. Pero será a partir del capítulo 4, en el que se discute el fundamento constitucional (recuérdese, implícito tanto en Estados Unidos como en España, según sus tribunales, pero explícito en Colombia) de la regla, que el autor fija más claramente sus ideas sobre la jurisprudencia norteamericana en este punto. FIDALGO no sólo critica la legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos para haber desarrollado la regla de exclusión, sino que demuestra cómo los vaivenes de la regla han obedecido a los juegos de apretadas mayorías en ese órgano; cómo la regla ha quedado convertida en un mero remedio por fuera de la Constitución, incluso a partir de las mismas decisiones del alto tribunal norteamericano; y cómo finalmente, a su juicio, si la Corte hubiese sido coherente, la regla de exclusión tendría que estar derogada desde 1974⁶, año en que pasó a justificarse sólo en razones pragmáticas de conveniencia.

A partir de allí, en el capítulo 5, el autor realiza un severo análisis de los dos principales argumentos en los que se sustenta la regla de exclusión estadounidense (que llama argumentos

⁶ Cfr. p. 312 y ss.

de razón) y que son, como él mismo demuestra, argumentos pragmáticos: el efecto disuasorio, que persiste hoy, y la integridad judicial, prácticamente abandonado por la jurisprudencia. Sobre el efecto disuasorio, FIDALGO sostiene que permite un análisis, caso por caso, de costos y beneficios (ponderación de intereses) para aplicar la regla de exclusión, que no podría justificarse si hubiese un fundamento constitucional de la misma⁷. Tal vez por eso el autor se muestra más partidario de las alternativas a la mencionada regla, que serían más consecuentes con el efecto disuasorio que la regla misma: acciones indemnizatorias, penales y disciplinarias, que no supondrían la sustracción de la prueba viciada, y que permitirían centrar la atención del proceso penal en la conducta del acusado y no en la conducta de la policía.

En el capítulo 6, último del libro, el autor traza un mapa claro y concreto de la *operatividad* de la regla de exclusión. Si no se quisiera atender a

⁷ Cfr. p. 329 y ss. A nuestro juicio, que se pueda realizar un juicio de ponderación para introducir excepciones a la aplicación de la regla de exclusión no depende de que el fundamento tenga carácter constitucional simplemente, sino de que se encuentre en un principio (caso en el cual admitirá ponderación) o en una regla. En el derecho colombiano, es claro que la prohibición de valorar pruebas ilícitas está contenida en una regla de rango constitucional.

las mordaces críticas a la justificación histórica, política y jurídica de la regla, pero quisiera conocerse en qué consiste, una lectura del capítulo final de esta obra explicaría muy bien cómo ha funcionado en Estados Unidos la institución. Incluso, ese solo capítulo, bastaría para entender las distancias que nos hubiera convenido tomar a la hora de regular este tema en Colombia.

Una obra interesante, completa y

útil que tiene una virtud adicional: está profusamente documentada sin hacerse pesada su lectura, lo que se debe, además, a un estilo agradable de su autor.

MAXIMILIANO A.
ARAMBURO CALLE