

Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales

Inobservancia de la prueba obtenida ilegalmente

El Estado debe ser el primer garante del respeto de la legalidad. Por ello no puede admitirse la prueba ilegalmente allegada, no solo como aval de los derechos ciudadanos, sino también como llamado de atención a los contraventores del art. 29 de la Constitución Nacional.

Juez: Dr. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.
Manizales, septiembre 1 de 1992

Comentario: ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN*

4. CONSIDERACIONES

4.1 En términos del art. 388 del Código Procesal Penal, basta la comprobada presencia de un indicio grave de responsabilidad para el proferimiento de una medida de aseguramiento. Analicemos si en el *subjudice*, tal demanda probatoria se da.

4.2 “El indicio es el medio de prueba resultante de una operación lógica mediante la cual, a partir de una circunstancia fáctica plenamente demostrada en el proceso, se infiere la existencia de otro hecho llamado indicado”. (JORGE ARENAS S., *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit Temis, 1988, pág. 22).

V.M.V.G. deseaba para el mejoramiento de su carro Suzuki, provisto de puertas de lona, unas puertas metálicas. Para ello se dirigió —al parecer—

al establecimiento Segundas Manizales, donde entregó veinte mil pesos, mientras se las conseguían. Ya el 14 de agosto —dice la señora U. J.— lo llamaron del negocio, para entregarle las puertas que requería.

En explicación que diera ante autoridades policivas, el señor V. G. expresa que efectivamente compró las puertas a M. R. y las pagó mediante sendos cheques (cuyos números dio. Cfr. fl. 5 ft.). Asimismo relata que las hizo instalar en el Taller Gorautos.

La queja criminal de la señora U. J. es sumamente detallada. Fue despojada de su vehículo Suzuki el 15 de julio del presente año. Desde esa fecha, se dedicó a inspeccionar cuanto vehículo de esas características observaba. El martes 25 de agosto notó la presencia de un auto muy similar,

* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Antioquia.

en cercanías del Colegio Los Ángeles de esta capital. Decidió entonces revisarlo y pudo constatar —asevera— que tenía las mismas puertas del que le fuera depredado, por lo que buscó ayuda policial, para dejar en claro el asunto. Nació así entonces la vía que llevó a los agentes policiales, hasta el taller del ahora procesado.

Explica el justiciable que compró las puertas que menciona y las volvió a vender. Nombra a un sujeto Jáiro N. "alias El Cura" como quien le transmitiera el dominio de los mencionados elementos; agrega que también le comisaron "un motor de Dahiatsu" "porque no tenía improntas".

Trasluce la diligencia de descargos del encartado, la idea de ser este habitual comprador de elementos cuya procedencia ignora, pues, nótese que no atina a dar nombres o datos completos de las personas con quien tiene negocios, situación que se agrava si tenemos en cuenta que su profesión es la de mecánico y no propiamente la de agente o comercializador de repuestos. Relieva lo dicho, el hecho confesado de habersele comisado un motor carente de improntas, aunque sí da el dato de su dueño —el cual habrá de corroborarse—. Tal aspecto, en realidad de verdad, deja mucho que pensar, pues, no se concibe actitud semejante, ante un hecho de la trascendencia del anotado.

El despacho ha analizado con sumo detenimiento, la descripción que da de las puertas, la señora U. J. Mírese cómo cada detalle: la pintura, los rayones, el estado de las seguridades, los empaques, los vidrios, etc. El conocimiento que tenía de su vehículo, le otorgó la seguridad para reconocerla como la suya.

¿No podría decirse que el prementado reconocimiento, aparezca amañado, pues, cómo entonces se explicaría que coincidentalmente, sujetos extraños comercializaran las mismas y quien las comprase, resulte aceptando que efectivamente las acaba de adquirir? ¿Por qué no atina a dar mayores detalles, acerca de la compra, el procesado? En tal orden de ideas, y en sana crítica probatoria, aparece hasta ahora sumamente creíble el dicho de la agraviada, en el sentido que tales

puertas le pertenecen, lo cual habrá de ser objeto de inspección judicial.

Surgen en consecuencia, dos serios indicios que bien indican la conexión o compromiso con el reato, del señor A. G., a saber:

4.2.1 *La posesión de parte del elemento material del delito.* Como atrás se anotó, la presencia de un indicio grave, signa esa "probable responsabilidad" que justifica la medida de aseguramiento. Frente a quien se comisa parte del ilícito, o su total, hay que predicar un serio compromiso, salvo que demuestre ser adquirente de buena fe; que ha tomado todas las precauciones de usanza, para cerciorarse de la lícita procedencia del objeto que adquiere; pero aquí ocurre todo lo contrario: A. G., compra aquí y allá, a este y a aquel; ello se refuerza si nombramos la circunstancia accesoria, de haberse hallado en su taller también, un motor sin las improntas de ley, lo que lo deja seriamente comprometido, pues, son situaciones que se conjugan y convergen.

4.2.2 *La indebida justificación de la tenencia.* A. G. ha dado datos evasivos, incompletos e incipientes acerca de la procedencia de los objetos. Tal negligencia, como ya se dijo, no se concibe en personas que hacen de la labor que tienen, su objeto de trabajo para obtener el necesario sustento.

Pero a la evidencia analizada, cabe hacer serios reparos, frente a su origen:

4.3 *La recolección del material probatorio de cargo.*

4.3.1 Colombia ha sido instituido como un estado social de derecho —art. 1º de la C. N.; no puede perderse de vista además, que existe dentro de la "norma normarum" un principio fundamental, de inmediata aplicación, cual es el respeto de la dignidad de las personas (cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de junio 5 de 1992. Acc. de tutela T-406). De otra parte, el artículo 6º de la Carta, expresa que los funcionarios públicos responderán por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Nuestra nación vive una nueva realidad constitucional, donde se ha abandonado el positivismo jurídico de las viejas escuelas: el hombre es la razón de ser del Estado; por él y

para él existe. De tal suerte que todo acto que desdeñe tan importante postulado, atenta contra el normativo vertebral de aquel. Los derechos y garantías no están en la Carta para que las autoridades los violen; si el interés general ha de prevalecer —C. N., art. 1º— tiene que entenderse que no pueden dejarse de calle los intereses particulares; feriados a la arbitrariedad o al desconocimiento particular, de los agentes del poder. "Pero para un correcto desempeño de la función judicial no basta con saberlo anterior, es importante no perder de vista que el hombre es el centro y fundamento del derecho, pues de su propia naturaleza emanan atributos que constituyen derechos y deben ser amparados jurídicamente. La razón de ser del Estado radica en el respeto a la dignidad humana y que el individuo pueda gozar de las condiciones materiales que le permitan el ejercicio pleno de esos derechos" (Revista *Debate & Justicia*, núm. 1, Max. Alejandro Flórez R., pág. 61).

4.3.2 En tal orden de ideas, no puede desconocerse que el art. 28 de la Carta contiene un derecho fundamental de inmediata aplicación, consistente en que el domicilio solo puede ser registrado, previa orden de autoridad competente, salvo los casos de flagrancia. También constituye un derecho fundamental, el que no se aprecien, en debate judicial, las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Constituye, asimismo, prerrogativa constitucional, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 id).

4.3.3 Otrora crecieron silvestres, amañados conceptos, como los de "flagrancia permanente", que se erigían en patente de corso de los emisarios de la arbitrariedad, quienes parapetados en ese absurdo, fueron autores de plurales tropelías en detrimento de los derechos ajenos, porque hay que decirlo sin rubores, también los infractores de la ley son ciudadanos con derechos. Bastaba decir que se trataba de "simples irregularidades", para de un solo plumazo desconocer las garantías procesales que la democracia construyó con el tesón y persistencia con que trabaja la abeja; es bastante recordable por ser trasunto

del respeto y reverencia del Estado demoliberal, el salvamento del voto del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS publicado en los *Extractos de Jurisprudencia* del Segundo Trimestre de 1988 (págs. 386-387), donde claramente se deja explicado el concepto de flagrancia y se deduce la ilegalidad de la prueba recogida con violación de las formas que la ley ha previsto, debiendo el juzgador inobservarla.

El Estado ha de ser el primer garante del respeto de su propia legalidad; en el decurso procesal, ha de inadmitirse entonces, la prueba ilegalmente allegada, no solo como aval de los derechos ciudadanos, sino también como llamado de atención, a los contraventores del Estatuto Supremo. "El argumento tópico, sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver condenados al fracaso sus esfuerzos y al margen de las posibilidades (civiles penales o administrativas) en que puedan incurrir los funcionarios que hicieron uso de aquellos". (JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO: "Prueba ilegítimamente obtenida" publicado en la Revista *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 7, septiembre de 1989, Madrid, España, pág. 22. Las subrayas son del original).

4.3.4 Existen en otras latitudes, diversas teorías que tratan de acompañar esa suerte de determinismo a que se ve abocada la prueba ilegítimamente obtenida —*in exemplis*, la teoría del entorno jurídico donde se acude al método de la ponderación de intereses— (cfr. ob. cit., pág. 25). No compartimos tales excepciones, en verdad, pues hacerlo, sería autorizar al intérprete de la norma, la violación de la Carta Magna, pues, si el respeto de la dignidad humana, la prevalencia de los derechos fundamentales, el debido proceso, o la legalidad de la prueba, etc., están al vaivén de las construcciones hermenéuticas, en detrimento de los arts. 85 y 228 ib. —para solo citar dos normas—, habría que aceptar que el juzgador se ubica por encima de la Constitución, acaso protegiendo ora los inte-

reses del poder, ya los del disfrazado despotismo, que tampoco nos es ajeno.

4.3.4 La teoría conocida como "De los frutos del árbol venenoso", obliga a que no pueda apreciarse, como evidencia, nada de aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal. Y ello debe ser así, pues, de nada valdría declarar ilegal, por ejemplo, el allanamiento o registro y tener como certeza indiciaria, las armas o estupefacientes encontrados.

4.3.5 Piensa este juzgador, que ya va siendo hora que los jueces colombianos, den aplicación integral al último inciso del art. 29 de la carta —desarrollado en el normativo 246 del Estatuto Adjetivo Penal—. Aquí se estila decir que se trata de "simples irregularidades", o que no puede dejarse a la delincuencia por las calles, para que continúe sus fechorías, y de esa manera se legitima la arbitrariedad. No gratuitamente, nuestra nación recibió múltiples condenas el pasado año —1991—. En estudio adelantado por la Procuraduría General de la Nación, se coligió que el 75% de las condenaciones hechas al Estado, se debían al actuar de las autoridades policivas o militares (Ministerio de Defensa). *Setenta y cinco por ciento, ¡¡óigase bien!!*

No estamos entonces diciendo aquí nada apresurado, o salido de la realidad. Si los jueces no somos morigeradores de la conducta social, quedamos reducidos a simples árbitros solucionadores de conflictos; si no obramos como diques de la arbitrariedad, entonces nos convertimos en patrocinadores de ella. Cuando el Estado, a través de sus jueces, da valor a pruebas obtenidas ilegalmente, se convierte en delincuente y artífice del propio ilegalismo. ¿Con qué conceptos podrá juzgar a los demás, si él patrocina la barbarie, pues, de qué otra forma puede llamarse el desconocimiento de derechos humanos fundamentales?

Ya se ha vuelto de común usanza, el que el agente de policía capture con el simple señalamiento de cualquier ciudadano; que retenga las personas, porque le parece "sospechoso" ("Por intento de sospecha" dice el humor antioqueño, con sabiduría); porque "es reconocido delincuente" dicen en su ferria-

no lenguaje, los lacónicos informes. La libertad de los individuos, se ha puesto a la mano de la "inteligencia militar", quien decide a quién captura y a quién no; qué lugar allana y cuál no. Causa afrenta a los sacros derechos humanos, el que los mismos sean materia moldeable o disponible, según lo analice, discierna y concluya el agente de policía, que apenas ha terminado su primaria o agotado tres o cuatro años de secundaria.

La Fiscalía General de la Nación ha de educar sus servidores, en el respeto a las garantías fundamentales, pues, de otra manera, sus "éxitos" (o "positivos", como los estilan llamar en esas esferas) pasarán a ser estruendosos fracasos, pues los mismos no pueden construirse con desdén de las normas superiores. De nada sirve la nueva Constitución, si los jueces —sus gendarmes— siguen rebuscando teorías y "excepciones" para traicionar su claridad y su pristino espíritu. "El Estado de derecho se define materialmente como aquel que consagra, protege y hace efectivos los derechos de las personas, sus garantías y deberes. La protección de los derechos se integra como elemento definitorio del Estado social de derecho. No hay Estado social de derecho sin garantía efectiva de los derechos de las personas ni estos pueden realizarse por fuera del Estado de derecho" (Corte Constitucional, sent. núm. 06 de mayo 12 de 1992. T-221. M. P. Dr. CIFUENTES MUÑOZ. Resalta el juzgado). Por estimarlo de suma importancia, para los fines de la administración de Justicia, habrá de promoverse por medios conducentes el conocimiento de lo atrás dicho, a las autoridades nombradas.

4.4 En el *sub judice*, es claro que por parte alguna existían situaciones de flagrancia; tampoco juez o fiscal alguno, habían autorizado diligencia de allanamiento, registro y decomiso (C. N., art. 28). Así las cosas, los elementos hallados en el taller de A. G., no pueden servir de basamento a medida de aseguramiento alguna. Ahora bien, frente al hallazgo de las puertas en manos de V. G., y la posible venta a este —a través de terceros— por el aquí justiciable, hace de decir que no obstante

la posible negligencia en su adquisición, ella no cumple el requisito de constituir grave indicio, señero de responsabilidad, dados los múltiples contraindicios de también posible inocencia, dada su usual labor. Se tratará si de establecer, si tales compras eran habituales en el acriminado.

Por lo dicho entonces, habrá el despacho de *abstenerse* de proferir medida de aseguramiento alguna, disponiendo la inmediata libertad del encartado.

Se proseguirá la instrucción, evacuando el material probatorio de rigor.

En razón de lo dicho, el Juzgado Quinto Penal Municipal de la ciudad de Manizales (C),

5. Resuelve

5.1 Abstenerse de proferir medida de aseguramiento en contra de G. A. G., por las razones atrás insertas.

5.2 Ordenar la inmediata libertad del procesado. Librese la boleta respectiva, con destino a la cárcel del distrito.

5.3 Prosigase con la instrucción del sumario.

Notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Varios son los aspectos que deben destacarse de la providencia del Juzgado Quinto Penal Municipal de Manizales:

1. En primer lugar, se trata de una providencia de un gran valor político, pues constituye una clara muestra de que sin duda, el paso de un Estado formal a un Estado material de derecho exige como condición básica que el juez entienda y asuma, con todas sus consecuencias, su papel de garante de los derechos humanos. Esta, por lo demás, es la única forma de materializar las garantías, de manera que se conviertan en algo más que declaraciones formales.

2. Por otra parte, especial interés reviste la respuesta que da el juez a la tesis según la cual siendo indiscutible la prohibición de valorar la prueba obtenida con transgresión de la garantía constitucional, sí puede ser aprovechable en cambio aquella derivada indirectamente. Creemos que la respuesta que se da en la providencia en el sentido de despreciar como evidencia todo aquello que se deduzca de la prueba obtenida en forma ilegal es la única posible en un Estado social y democrático de derecho, en el que las garantías no pueden ser objeto de matices (a la mejor manera de DWORKIN, "derechos en serio" o derechos, inclusive, anti-mayoría). Y en el que, para utilizar el pensamiento de la Corte Constitucional, se "incorpora un orden material de valores cuyo centro y razón de ser es la persona humana y el respeto a sus libertades fundamentales"¹.

Y es que siendo el respeto por las garantías lo que perfila la legitimidad del Estado en la persecución penal (debido proceso), la única solución aceptable del pro-

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, *Providencia del 10 de diciembre de 1992*, Salvamento de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES, ALEJANDRO MARTÍNEZ y CIRO ANGARITA.

blema planteado es la de la teoría “de los frutos del árbol venenoso”, pues lo contrario haría incurrir al Estado en una contradicción insalvable², cual sería la de abrogarse la capacidad para, de la ilicitud, derivar consecuencias “jurídicas”.

Sobre este mismo asunto debe considerarse, de igual forma, que si la garantía violada le pertenece al individuo y no al Estado, es aquel y no este quien debe recibir los beneficios que pueda acarrear la reparación del desconocimiento de la garantía fundamental. Tal reparación no se logra con la tesis tradicional que simplemente pregona la sanción para el funcionario transgresor, lo cual por lo demás, no hace sino alentar dichas prácticas³.

3. Esta providencia, por otra parte, también es un aporte, desde la jurisdicción, a la construcción de un sistema acusatorio, al menos si por tal se entiende un sistema procesal democrático. Y lo decimos por cuanto radicar en la Fiscalía General de la Nación (o en otro ente estatal) las funciones de investigación y acusación significa potenciar un verdadero contradictorio y erigir al juez como tercero imparcial e independiente, de ninguna manera comprometido con los intereses procesales que se discuten. Es este el juez que la democracia supone necesario para mediar en los conflictos sociales.

Desde luego, como los sistemas procesales no son sino concepciones políticas sobre el ejercicio del *ius puniendi*, la providencia que se comenta aporta al diseño de un marco verdaderamente acusatorio, ya perfilado materialmente en el Título II de la Carta Fundamental. Realmente no se trata “de una cuestión meramente jurídica. Un modelo de proceso indica siempre un modelo de civilización”⁴.

Y como sucede con frecuencia que al fervor por las garantías constitucionales se le opone, en autoritaria visión política, la preocupación por la impunidad, también entrega esta providencia la oportunidad para advertir que la impunidad no es un fin en sí misma y que ella tiene que ser el precio que el Estado entrega por un proyecto de sentencia justa.

² JOSÉ I. CAFFERATANORES, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 15.

³ *Ibidem*, pág. 16.

⁴ LUIGI FERRAJOLI, “El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal”, en *Argumentos*, Madrid, diciembre de 1980, enero de 1981, págs. 6 y ss.