

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RESTRICCIÓN A DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL**

OSCAR FERNANDO TAMAYO ZULUAGA

Asesor

CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL PROBATORIO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN, ANTIOQUIA

2013

A mis padres, que gracias a ellos se ha forjado en mí el profesional que soy y a mi novia que ha sido parte fundamental en la consecución de mis objetivos académicos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
Pregunta de Investigación:	5
Metodología de la Investigación:	5
1. DISEÑO CONCEPTUAL.....	7
1.1 Formulación del Problema.....	7
1.2 Objetivos.....	10
1.2.1 Objetivo General.....	10
1.2.2 Objetivos Específicos	10
1.3 Justificación	11
2. MARCO TEÓRICO.....	14
2.1 Antecedentes.....	14
2.2 Concepto de Derecho Fundamental.....	15
2.2.1 Elementos Esenciales de los Derechos Fundamentales.....	16
2.2.1.1 Conexión directa con los principios.....	16
2.2.1.2 Eficacia Directa.....	17
2.2.1.3 El contenido esencial.	17
2.3 Principio de Proporcionalidad	19
2.3.1 Estructura del Principio de Proporcionalidad	22
2.3.1.1 Subprincipio de Adecuación o Idoneidad	22
2.3.1.2 Subprincipio de Necesidad.....	23
2.3.1.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto	25
2.3.1.3.1 Test del Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto	27
2.3.2 Requisitos para la aplicación del Principio de Proporcionalidad	28
2.3.2.1 Requisitos Formales.....	28
2.3.2.2 Requisitos Sustanciales	28
2.4 La Ponderación.....	29
2.4.1 Críticas al Juicio de Ponderación.....	32
2.4.2 La ley de la Ponderación.....	33

2.4.2.1 Pasos para aplicar la Ponderación	33
2.4.3 Segunda ley de la Ponderación	36
2.4.4 Situaciones en las que no resulta aceptable la ponderación.....	36
2.5 Restricción a los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal	38
2.5.1 Autorización Previa y Control Posterior constitucionales	40
2.5.2 Competencia del Juez de Control de Garantías en Restricción de Derechos Fundamentales	48
2.5.3 Conclusiones	49
2.6 Cláusula de exclusión probatoria.....	49
2.6.1 Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado	51
2.6.2 Prueba Ilegal	52
2.6.3 Prueba Ilícita	55
2.7 Momentos Procesales para solicitar la Exclusión de las Pruebas.....	57
2.7.1 Audiencia Preliminar	60
2.7.2 Audiencia de formulación de imputación	61
2.7.3 Audiencia Preparatoria	61
2.7.4 Audiencia del Juicio Oral	62
2.8 Criterios para decretar la Nulidad derivada de la Prueba	63
2.8.1 Teoría del Descubrimiento Inevitable.....	65
2.8.2 Teoría del Vínculo Atenuado.....	66
2.8.3 Teoría de la Fuente Independiente.....	67
2.8.4 Teoría del Acto de Voluntad Libre	68
CONCLUSIONES	69
REFERENCIAS	72

INTRODUCCIÓN

Pregunta de Investigación:

¿Bajo qué parámetros debe aplicarse el principio de proporcionalidad, para atenuar la afectación de los derechos fundamentales en materia probatoria en el proceso penal Colombiano?

Metodología de la Investigación:

El método de la presente investigación, se implementó a través de una exploración bibliográfica, doctrinaria y jurisprudencial en diferentes bibliotecas y centros virtuales del Municipio de Rionegro – Antioquia, donde se logró recopilar una buena cantidad de material jurídico, necesario e idóneo para el buen desarrollo y consecución de los objetivos trazados y propuestos, esencia del presente trabajo.

Es importante resaltar que debido a los elementos intrínsecos y extrínsecos de la misma naturaleza de la investigación, se desarrolló un trabajo de campo intenso en aras de lograr recopilar la información suficiente con el fin de poder referenciar las diferentes tesis expuestas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, autores, doctrinarios y estudiosos que se han referido al tema de manera amplia y profunda. En consecuencia con lo anterior, se prescindió de realizar valoraciones aplicativas a casos concretos, pues uno de los fines establecidos en la

investigación, es tratar de agotar el tema en su totalidad, situación que no se podría lograr a través de un estudio de caso.

Acerca del Principio de Proporcionalidad, es preciso anotar que se partió desde las teorías de Robert Alexy, logrando así especificar la naturaleza, reglas, aplicación y utilidad de este Principio como una herramienta básica para resolver conflictos entre Derechos constitucionales en el Proceso Penal. Gran parte de la investigación, se sustentó en la obra de Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, denominada El Proceso Penal; de donde se logró extraer información relevante de diferentes autores, pronunciamientos, fallos y proveídos de las altas Cortes del País, atinentes a los efectos y consecuencias de la restricción a Derechos Fundamentales y así mismo se lograron identificar vacíos importantes, objeto de análisis en el presente trabajo.

A fin de lograr la consecución de los objetivos propuestos y la respuesta a la pregunta de investigación, se realizó un estudio de las sentencias C-822 de 2005, SU-159 de 2002, C-591 de 2005, , C-336 de 2007, C-720 de 2007, 32193 de 2009 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; atinentes a la afectación a Derechos Fundamentales, la Cláusula de Exclusión Probatoria, la aplicación del Principio de Proporcionalidad como herramienta básica de análisis y la ilicitud e ilegalidad de la prueba; logrando establecer el nivel de operabilidad de estos elementos, para efectos de llevar a buen término los Procesos Penales en aras de dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, referente al cumplimiento del Debido Proceso, que es el logro más importante que se persigue con esta investigación.

1. DISEÑO CONCEPTUAL

1.1 Formulación del Problema

Los Derechos Fundamentales que rigen en nuestro país, tienen un carácter preponderante no sólo en el Ordenamiento Jurídico interno, sino que también en el concierto internacional a través de los tratados suscritos y ratificados por Colombia, que forman parte del Bloque de Constitucionalidad. Son varios los instrumentos internacionales que se ocupan de consagrarlos, tales como: La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, La Carta Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los Derechos Fundamentales, son el mínimo de garantías de los que deben gozar los ciudadanos, cuyo cumplimiento debe ser fielmente respetado en un Estado Social y Democrático de Derecho y que a su vez sirven para el cumplimiento de los demás derechos de segunda y tercera generación, en aras de crear una institucionalidad jurídica dentro de un orden justo y social.

El Derecho Penal, no es ajeno al cumplimiento de estas máximas fundamentales, pues en él se encuentran inmersas distintas instituciones de primordial custodia por parte del Estado, que se

constituyen en la base de un Debido Proceso Penal Constitucional y el respeto de la dignidad humana del acusado.

En el Proceso Penal se pueden evidenciar dos tipos de intereses que se encuentran contrapuestos:

Primero: Las víctimas afectadas con la conducta delictiva, son personas titulares de los derechos a la verdad, justicia y a la reparación.

Segundo: Se encuentran los derechos del acusado que deben ser respetados y observados por el Estado.

Es aquí donde surge la problemática de la presente investigación, pues en el Proceso Penal se presenta una puja de derechos fundamentales entre las partes, ambivalencia de necesaria solución por parte del operador judicial en aras del respeto a la dignidad humana de los ciudadanos.

En virtud de lo anterior, se ha propuesto como herramienta el Test de Proporcionalidad a la hora de resolver este conflicto entre derechos, y por ello es importante destacar que este Principio es trascendente y pertinente porque la arbitrariedad del Estado puede no limitarse a la actuación por fuera del derecho, sino incluso desembocar en un uso abusivo. Es decir: la utilización de las herramientas jurídicas dentro del marco formal del sistema jurídico, pero incompatibles con los contenidos materiales de los valores, principios y derechos constitucionales o con mucha frecuencia, abiertamente contrarios a la lógica o práctica. El principio de proporcionalidad equivale a una “prohibición de exceso” deducido jurisprudencialmente de los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Constitución Política. Tal relación resultará decisiva a la hora de

considerar restricciones graves a los derechos fundamentales, como la libertad. (Bernal 2013, p. 88)

Esta investigación va dirigida a resolver la pregunta: ¿Cuáles son los parámetros necesarios que se deben tener en cuenta para una debida afectación a Derechos Fundamentales y la incidencia del principio de proporcionalidad en materia Investigativa Probatoria Penal?

Los resultados del trabajo investigativo, estarán orientados a dar respuesta a este interrogante, a partir del cual se pretenden dejar en claro los lineamientos planteados en aras de precisar en qué medida estas máximas del derecho pueden ser restringidas y deben ceder ante el buen desarrollo del proceso investigativo por parte de la Fiscalía General de la Nación o su delegado y la Defensa en el proceso Penal, con el fin de adquirir toda la evidencia física y material probatorio necesarios, para establecer la responsabilidad o inocencia del acusado.

Esta investigación, tiene como propósito realizar un rastreo en la Jurisprudencia de las Altas Cortes, en la norma y como también en diferentes obras de doctrinarios que se han referido al tema de manera precisa; en aras de clarificar objetivamente los conceptos de afectación a derechos fundamentales, la consecuencia jurídica de una errada restricción a los mismos y el Principio de Proporcionalidad como herramienta para resolver el conflicto entre máximas o principios del derecho.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Determinar de qué manera se puede restringir los Derechos Fundamentales en materia probatoria penal y cuál es la consecuencia de una indebida vulneración de los mismos.

1.2.2 Objetivos Específicos

- Indagar acerca del efecto y alcance jurídico del Principio de Proporcionalidad en materia Penal a la hora de resolver conflictos de colisión entre derechos fundamentales a través de un rastreo bibliográfico, jurisprudencial y legal.
- Determinar las consecuencias jurídicas que se desprenden de una indebida restricción a los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, a través del análisis de la cláusula de exclusión probatoria, estipulada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

- Establecer los niveles de afectación a los Derechos Fundamentales, con el fin de determinar si requieren autorización previa o control posterior por parte del Juez de Control de Garantías.

1.3 Justificación

El presente estudio de investigación, está fundamentado en el campo del Derecho Penal Probatorio, y puede llegar a ser de utilidad a nivel social para el ejercicio profesional de nuestros colegas, en aras de verificar los límites del Ius Pudiendi del Estado en materia investigativa Penal. La Fiscalía General de la Nación, como ente investigativo y acusador en materia Procesal Penal, tiene unas facultades constitucionales consagradas en el artículo 250 de la Carta Magna donde se la autoriza en determinados casos afectar Derechos Fundamentales de terceros con el fin de adquirir los elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios del juicio; entonces este estudio resulta fundamental a la hora de establecer esos parámetros concretos y directrices limitantes dentro de los cuales debe actuar con mucha responsabilidad el ente acusador, pues su poder no es absoluto.

A corto plazo, la presente investigación puede tener un impacto revelador de mucho interés para quienes ejerzan la profesión de manera liberal como los Abogados Litigantes o para quienes estén al servicio del Estado, tales como Fiscales, Defensores de Oficio y el Ministerio Público.

A mediano plazo, se puede lograr crear una conciencia general entre quienes ejercen el Derecho en materia Penal, pues conocer los límites del Ius Pudiendi del Estado en materia de

investigación Criminal, facilitaría la Defensa de los acusados en determinado Proceso, se impediría el ejercicio de poder desbordado y arbitrario del Estado haciendo prevalecer los Derechos Fundamentales tanto de la víctima como los del procesado.

A largo plazo, el presente estudio traería como consecuencia más notoria, la observancia y el cuidado merecido del cual deben gozar los Derechos Fundamentales de las partes en el proceso, los eventos en los cuales deben ceder al cumplimiento de principios y máximas de mayor entidad en el caso concreto para así garantizar la efectiva administración de justicia y evitar dilaciones injustificadas en el Proceso Penal, tal y como lo ordena la Constitución en su artículo 29.

Resulta imperante determinar en esta investigación, qué peso jurídico tienen los derechos fundamentales del acusado en contraposición con los derechos de las víctimas y de qué herramientas se debe valer el juez para autorizar la práctica de diligencias en tratándose de adquisición de evidencia física y material probatorio pertinente para la investigación.

El Ius Pudiendi del Estado, está sometido y limitado por las garantías constitucionales y legales del procesado, además las pruebas que se pretendan hacer valer en la fase del juicio oral, deben cumplir con una serie de requisitos con respecto a la pertinencia, idoneidad, inmaculación y sobre todo un estricto respeto por el debido proceso y derechos fundamentales de los sujetos pasivos, destinatarios de la diligencia.

El poder de la Fiscalía para investigar y acusar y del Juez para llegar al convencimiento de los hechos más allá de toda duda razonable en un Estado Social y Democrático de Derecho; está sometido y racionalizado por una estricta vigilancia, control de constitucionalidad y legalidad de

los actos, pues algunos procedimientos investigativos en determinado caso concreto, podría llegar a vulnerar Derechos y Garantías Fundamentales de las personas con su práctica, incurriendo así el Estado en un uso excesivo y desproporcionado del poder. Aquí radica la importancia de este trabajo investigativo, pues los medios anteriormente utilizados para la consecución de las pruebas, tales como la tortura y la coerción física y psicológica de las personas; deben permanecer en la historia en aras de humanizar el Derecho Penal Constitucional no sólo para las víctimas y el acusado, sino también para la sociedad en general que se puede ver afectada con el ejercicio desmedido del poder por parte del Estado.

La investigación estará sustentada en las declaraciones de la Corte Constitucional, vertidas en sentencias SU-159 de 2002, C-822 de 2005, C-591 de 2005, C-336 de 2007, C-720 de 2007, Sentencia de Casación Penal 32193 de 2009, la obra de Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, denominada El Proceso Penal Tomos I, II; y otros doctrinarios que se han referido al tema de manera amplia y precisa. También contará con la participación de un Estudiante de segundo semestre de la Especialización Derecho Penal Probatorio, de la Universidad de Medellín en convenio con la Universidad Católica del Norte.

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Tal y como lo afirma Bechara (2011) La idea de la protección de los derechos fundamentales, lleva a pensar en la tutela de los mismos, y cómo la corte constitucional, tribunal supremo para la salva guarda de estos derechos, puede garantizar su viable aplicación en un estado social de derecho. Un modelo garantista de derecho es aquel que vela por el cumplimiento y desarrollo de los principios y valores constitucionales, aun mas aquel catálogo de derechos que van de la mano con el hombre por su propia condición humana, cuando así (el hombre) como ser social se da cuenta que por sí mismo no puede velar por dichos intereses y entre a direccionar las actividades de ese entorno superior que es creado como consecuencia primordial de vivir en sociedad.

Los Derechos Fundamentales son las mínimas garantías que se tienen como ciudadano y deben rodear toda actuación del poder punitivo del Estado como camino previo a la búsqueda de la verdad.

2.2 Concepto de Derecho Fundamental

Según la Corte Constitucional, en sentencia SU-225 de 1998, Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos directa o indirectamente en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital. En el mismo sentido, agrega en sentencia T-418 de 1992 que los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible.

Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los principios y valores consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados. Esa conexidad, por supuesto, no debe valorarse en abstracto, sino en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares del mismo.

Angarita (1992)

También se pronunció la Corte constitucional en sentencia T – 406 de 2002, concluyendo que los derechos fundamentales son diversos y se le reconocen por las siguientes características:

- Que esté en conexión directa con los Principios.
- Que tenga eficacia directa.
- Que sea de contenido esencial.

2.2.1 Elementos Esenciales de los Derechos Fundamentales

En concordancia con lo anterior, Rosas (1996), concibe como requisitos esenciales de los Derechos Fundamentales, los siguientes:

2.2.1.1 Conexión directa con los principios.

Los Principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos creadores del derecho, debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. Los Derechos Fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con éstos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

2.2.1.2 Eficacia Directa.

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales.

Sobre el concepto de Derecho Fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente, fue tratado sobre la rúbrica de los Derechos Humanos y además el concepto de aplicación inmediata. Esta vía fue definida en la intervención hecha por el entonces Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana en la sesión del 6 de marzo, ante la comisión primera al presentar el proyecto de gobierno: “...en nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros, ... lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos...”

2.2.1.3 El contenido esencial.

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de contenido esencial es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos

anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.

Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las que en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

Los Derechos Constitucionales Fundamentales no son absolutos. Encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales. Rosas (1996).

La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrados en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los Derechos Fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de la ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. La constitución contiene una escala de valores que impide, salvo casos de extrema necesidad, conceder prioridad a un bien

jurídico por encima de un derecho fundamental. En la ponderación de valores constitucionales requerida en cada caso, es necesario garantizar una especial fuerza de resistencia a los derechos fundamentales, representada en la teoría del núcleo esencial, frente a otros valores jurídicos consagrados en la Constitución. M.P. Cifuentes (1992) Sentencia T – 426

2.3 Principio de Proporcionalidad

La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus*, y tiene sus raíces tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental, en el derecho anglosajón y en los países en los que ha influenciado de modo preponderante, se suele hablar de “principio razonabilidad” para referirse a este tipo de control o según la terminología estadounidense el estándar del *Substantive due process of law*.

Son diversas las similitudes entre el Principio de Proporcionalidad del derecho continental Europeo y el Principio de Razonabilidad (*Substantive due process of law o reasonableness*) de origen anglosajón, pero lo que une a uno u otro es la posibilidad por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, sea un sistema difuso o concentrado, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.

En el derecho continental, la locución “razonabilidad” se reserva en general a la constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado lo que vendría a indicar que se relaciona con la interpretación y

aplicación del principio de igualdad. Por el contrario, la proporcionalidad se refiere al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo. Usualmente se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos. La razonabilidad vendría a ser el principio que modera y limita el poder de policía para que la legislación sea conforme a la constitución, razonable y justa. Sapag (2008, p. 180)

El test de razonabilidad tiene su origen en el *rational scrutiny* del derecho anglosajón que se ha extendido a la jurisdicción Estadounidense y Europea. Aunque en Estados Unidos esta metodología ha tenido preeminencia, en Europa se ha venido aplicando en mayor proporción.

El test del escrutinio racional consiste en la utilización de un modelo de argumento objetivo-lógico, en donde se analiza la relación medios-fines, a fin de determinar si una diferenciación está ajustada o no a la norma constitucional. Según esto, es irracional y, por lo tanto, inconstitucional algo que pretende ser un medio para alcanzar cierto fin pero que en realidad no tiene nada que ver con la consecución de ese fin. Por ejemplo, es irracional la desigualdad que nada tiene que ver con la consecución del fin de la norma. Bernal (2013, p. 99)

Se puede concluir entonces, que el Principio de Razonabilidad, debe acompañar toda la actividad del juez de control de garantías a la hora de aplicar el juicio de Proporcionalidad. Es decir, El juicio de proporcionalidad no se puede realizar al arbitrio y capricho del juez, pues su actividad está limitada por la razonabilidad de ese análisis resolutorio, en aras de fundamentar una decisión lógica y acertada, que no contravenga los demás principios del Derecho Constitucional.

Según la Corte Constitucional, el principio de proporcionalidad en sentido constitucional, es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios

de interpretación constitucional unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho, artículo 1 CP., fuerza normativa de la Constitución artículo 4 CP. y carácter inalienable de los derechos de la persona humana, artículo 5 CP. Sentencia C-822 (2005)

A falta de un mejor instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción a los derechos fundamentales, la mayoría de los tribunales constitucionales del hemisferio occidental, incluida esta Corte Constitucional, ha adoptado la metodología que propone el principio de proporcionalidad. La utilización de esta herramienta sirve al propósito fundamental de controlar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, limitar la discrecionalidad judicial en estas sensibles materias. Botero (2007)

En tal sentido, se afirma en la Sentencia C-720 de 2007:

Como se ha reconocido de manera unánime desde los orígenes del constitucionalismo moderno hasta la más avanzada doctrina constitucional contemporánea, de la verdadera independencia, imparcialidad y templanza de los jueces como guardianes de la Constitución depende, finalmente, la solidez y viabilidad de las instituciones democráticas. Pero al mismo tiempo, es necesario garantizar que los jueces se sometan a criterios de interpretación razonables en virtud de los cuales las decisiones resulten suficientemente motivadas y satisfagan los criterios de coherencia y consistencia que les dan legitimidad. De esta forma, incluso quienes no coincidan

con la decisión judicial, pueden encontrar que la misma tiene fundamento jurídico. En eso radica, justamente, la legitimidad de la labor del juez.

2.3.1 Estructura del Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios que conforman el denominado Test de Proporcionalidad: El de adecuación o idoneidad, necesidad y la ponderación en sentido estricto.

2.3.1.1 Subprincipio de Adecuación o Idoneidad

Serrano (1990) lo define como un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional del exceso, que hace referencia tanto desde una perspectiva objetiva como desde una subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines. Exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación, es decir; obliga a que la medida que se pretende llevar a cabo, sea adecuada para la consecución de los fines propuestos.

Este subprincipio está constituido como una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es necesario, ya que busca que los medios de convicción que se pretendan allegar al proceso sean pertinentes para con el objeto del proceso, y que los mismos resulten eficaces para

adquirir el conocimiento y el convencimiento necesario del objeto de la Litis; de esta manera se logran sufragar los Principios de concentración y la eficacia procesal de la prueba.

La Corte Constitucional, acerca de este subprincipio ha expresado que debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada. Sentencia C-822 (2005)

2.3.1.2 Subprincipio de Necesidad

También la Corte Constitucional en la misma sentencia, ha establecido que una prueba es necesaria practicarla, cuando no exista otro medio probatorio distinto que vulnere en menor medida los Derechos Fundamentales del sujeto pasivo de la diligencia, para la consecución de elementos materiales y evidencia física conducentes y pertinentes para la investigación; este componente del principio de proporcionalidad es conocido con el nombre de “intervención mínima” o “alternativa menos gravosa”

Por principio, las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la constitución son el último recurso en la investigación penal de tal manera que se impone una regla de subsidiariedad como método de averiguación de responsabilidad. Es decir, se debe por lo menos hacer un análisis de las intervenciones menos gravosas para la consecución de

determinado fin y de concluirse que solo existe una manera de obtener la evidencia física y elementos materiales probatorios necesarios para la investigación, se estaría cumpliendo con este requisito de necesidad.

Desde la perspectiva constitucional, el principio de necesidad se estudia teniendo en cuenta el problema de efectividad de los derechos fundamentales de tal manera que este principio se considera un deber para la administración de justicia, que, en muchos casos, debe seleccionar alternativas menos lesivas que aseguren la consecución de un fin, en otras palabras, estamos frente una consideración de ultima ratio en el proceso penal. Bernal (2013, p. 426)

Asimismo, la medida ordenada debe corresponder a la alternativa menos gravosa para el logro del fin buscado dentro del abanico de opciones con un nivel de efectividad probable semejante. Este principio hace necesario que se examine (i) la gravedad de la conducta delictiva investigada; (ii) la existencia de motivos razonables, atinentes a las características de la conducta delictiva investigada, que justifiquen la práctica de la intervención corporal ya sea que se trate de intervenciones que se deban realizar al imputado, la víctima, o terceros relacionados con la investigación; y (iii) la evaluación previa de otras medidas de intervención para determinar si la alternativa escogida es la que, con una eficacia probable semejante, resultaba menos gravosa. También se puede llegar a exigir (iv) que se intente previamente conseguir la evidencia por otros medios y que estas vías alternativas hayan sido infructuosas. Sentencia C-822 (2005)

Al respecto, se concluye que, el medio de prueba que restringe un derecho fundamental debe ser apto o idóneo para descubrir un delito o la concurrencia de personas en la conducta punible (criterio de idoneidad), si este medio de investigación es imprescindible para descubrir el delito perseguido por no existir otro medio de investigación menos traumático para con los

derechos de la persona imputada, y que sea igualmente eficaz para el logro del objetivo de descubrir y perseguir un concreto delito (criterio de necesidad), se debe ponderar o contrapesar los bienes que van a colisionar con ocasión de la restricción del derecho fundamental con los intereses del interés general en investigar, descubrir y perseguir las conductas punibles que atentan contra la convivencia pacífica. (Criterio de proporcionalidad) Cadena (2004, p. 41)

2.3.1.3 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es entendido como la ponderación de los principios constitucionales y legales desde el caso en específico, analizando las eventualidades y particularidades fácticas que reviste cada proceso y los sujetos pasivos de las intervenciones que se pretendan llevar a cabo. Alexy (2008), manifiesta que el Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto, se refiere a la optimización relativa de las posibilidades jurídicas.

La Corte Constitucional, declara acerca de la autorización de la práctica de intervenciones corporales y registros; que el examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito - teniendo en cuenta para ello, la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (v) el grado de

incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc. Sentencia C-822 (2005)

En virtud de lo anterior, es importante resaltar que el juez de Control de Garantías en cada caso en particular es quien se encargará de realizar dicho examen de constitucionalidad a través del Principio de Ponderación, no sólo teniendo en cuenta los factores ya expresados por la Corte Constitucional, sino teniendo mucho tacto con el deber objetivo de cuidado que se requiere a la hora de permitir determinada diligencia que afecte de manera grave los Derechos Fundamentales de las personas.

En aras de aplicar el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto, se debe demostrar que existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular, en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Carbonell (2008)

También manifiesta la Corte Constitucional que una vez examinada la idoneidad y la necesidad de la medida, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica para determinar si la afectación de los intereses individuales en juego, resulta proporcionada a la relevancia del bien jurídico que se busca salvaguardar con la medida de intervención corporal

ordenada y para ello se deben identificar los valores e intereses en colisión, definir la dimensión de su afectación y de su importancia, y ponderarlos para determinar si esa relación resulta desproporcionada. Es por ello que, en algunos países, este tipo de medidas solo es permitido cuando se trata de delitos graves. Además, en la práctica misma de la intervención corporal, también están excluidos los excesos.

2.3.1.3.1 Test del Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

Los condicionamientos y directrices del Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto, son iguales que en el mandado de prohibición de exceso:

1. El grado o intensidad de la no realización (restricción) del derecho de prestación positiva.
2. El peso y la importancia de la realización del principio colisionante.
3. La relación entre ambos dirigida por la aplicación de la ley de la ponderación, que se traduce en que: cuanto más baja sea la no satisfacción de un derecho de prestación (positiva), tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Clérico (2008, p. 168)

2.3.2 Requisitos para la aplicación del Principio de Proporcionalidad

Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos.

2.3.2.1 Requisitos Formales

Se exige una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas, cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de las personas, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora.

2.3.2.2 Requisitos Sustanciales

Se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sentencia C- 822 (2005)

2.4 La Ponderación

Bechara (2011), define la ponderación como “una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, como un modelo que valora y presenta un esquema argumentativo que construye dentro del campo referencial de los derechos fundamentales un método jurídico. Este busca la confrontación de los objetos que se ponderan para llevarlos a una solución material y concreta en la que el resultado va a estar determinado por los pasos que se sigan en dicha construcción.”

Ruiz (2006), citando a Prieto Sanchís, sostiene que: “si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración, valoración en la que aunque no se quiera pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”

También expresa la Corte que existe una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es,

ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. Sentencia C-822 (2005)

Ahora bien, acudiendo al Derecho comparado, es importante traer a colación que la Sala segunda del Tribunal Constitucional de España, fijó una serie de exigencias que deben tenerse en cuenta para la aplicación del juicio de proporcionalidad, a saber:

1. Que la medida enjuiciada presente un fin constitucionalmente legítimo, como fundamento de la interferencia en la esfera del otro principio o derecho.

2. Se requiere acreditar que la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, esto es, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional, ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

3. La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional, ha de ser necesaria. Es decir; debe acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

4. Se debe aplicar el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto, esto es; se debe demostrar que existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Carbonell (2008)

En concreto, ha señalado la corte lo siguiente: La libertad legislativa para diseñar el proceso penal no puede ser tan amplia que afecte o restrinja irrazonablemente los derechos de los perjudicados por el hecho punible que corresponde investigar al Estado, por lo que las normas que imponen el establecimiento de cargas procesales, la limitación de los derechos de acción y de acceso a la justicia, la remoción de alternativas procesales, entre otras decisiones legislativas, resultan válidas constitucionalmente si: i) las medidas tienen como objetivo y resultan adecuadas para la defensa de derechos y garantías sustanciales y la protección de principios y valores constitucionales, ii) las medidas son proporcionadas entre los derechos y garantías sustanciales que protegen y, al mismo tiempo, entre los que restringieron y que además, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que desarrolla el sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 02 de 2003, la ponderación en materia probatoria, mediante la aplicación de juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, es particularmente pertinente dado que en dicho Acto se distingue entre tres grandes clases de medidas encaminadas al recaudo de elementos materiales probatorios: (i) las que siempre requieren autorización judicial previa (inciso 1 del numeral 3, artículo 250 CP); (ii) las que no requieren dicha autorización (numeral 2, artículo 250 CP); y (iii) las que pueden llegar a requerirla, según el grado de incidencia que tengan sobre los derechos constitucionales, puesto que si la medida implica afectación de derechos, la Carta exige autorización judicial previa (numeral 3, artículo 250 CP). Esta ponderación busca lograr un equilibrio entre los derechos del procesado, de un lado, y los derechos de las víctimas, así como el interés público imperioso en que se haga justicia, de otro lado. Ambos extremos se unen en el fin común de que se administre justicia de manera imparcial, pronta y con el respeto a las garantías constitucionales. Sentencia C-822 (2005)

A fin de establecer la mayor medida posible en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. En una constelación como esta, todos estos principios están en colisión. Ellos fundamentan prima facie normas, que pueden proponerse como soluciones para el caso concreto. La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas prima facie que fundamentan. Alexy (2008)

2.4.1 Críticas al Juicio de Ponderación

Bernal (2008), sostiene que una de las críticas importantes que se la hace al juicio de ponderación, es que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa y que no existen criterios jurídicos suficientes que garanticen la objetividad de la ponderación que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Esta crítica es conocida como la indeterminación de la ponderación.

Otra crítica de recurrente problematización, es que se considera su ejercicio como irracional porque implica la comparación de dos magnitudes, que debido a sus radicales diferencias, no serían comparables. La inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos que

les permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. Se denomina a esta crítica como la inconmensurabilidad de la ponderación.

Finalmente, la última crítica sostiene que la ponderación es irracional porque sus resultados son impredecibles ya que hacen alusión a casos particulares y concretos y no a criterios generales y que como consecuencia de ello las decisiones judiciales que resultan del ejercicio de la ponderación; devengarían en una jurisprudencia ad hoc sacrificando la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

2.4.2 La ley de la Ponderación

Según la ley de la ponderación, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

2.4.2.1 Pasos para aplicar la Ponderación

En virtud de lo anterior, es importante precisar que la ponderación tiene una secuencia de tres pasos que Robert Alexy identifica claramente:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego en segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio

que juega en sentido contrario. Finalmente en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Bernal (2013, p. 407)

También sostiene Alexy que el grado de vulneración o afectación a los Principios puede determinarse a través del uso de una escala triada o de tres intensidades. En esta escala el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser leve, medio o intenso. Es importante resaltar que no siempre los principios son de diverso peso, sino que también existen unos que tiene la misma fuerza normativa y es aquí donde entra a jugar un papel determinante el llamado peso abstracto de los principios relevantes, el cual está fundado en que a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen, en determinado caso en concreto uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto.

En las Ponderaciones no solamente es importante tener en cuenta la intensidad de las afectaciones a Derechos Fundamentales, sino que también; los pesos de los Principios que entran en Colisión, al respecto también menciona Alexy que esta posibilidad se vuelve real, cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza. Alexy (2008)

La fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación. El objetivo de esta fórmula es establecer “una relación de precedencia condicionada” entre los principios a la luz de las circunstancias del caso. Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la

comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, “del grado de no satisfacción o de afectación de un principio” y “la importancia de la satisfacción del otro”), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios. Esto implica que la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación y que es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuanto explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Carbonell (2008, p. 59)

Otro elemento que se debe tener en cuenta y que forma parte de la estructura de la ponderación, es la carga de la argumentación, la cual opera cuando del resultado de la fórmula del peso entre principios en colisión deviene en un empate. Robert Alexy en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, aduce que se debe resolver esta ambivalencia en virtud del Principio “in dubio pro libertate”, de acuerdo con el cual ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes. Es decir, la resolución debe ir en pro de la libertad y la igualdad jurídica. Asimismo, manifiesta el autor en su obra el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, que en caso de producirse un empate entre dos leyes, la norma debe considerarse como no desproporcionada, y que debe ser declarada constitucional, pues los empates no juegan en favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia.

2.4.3 Segunda ley de la Ponderación

En la doctrina de Robert Alexy, se puede ubicar una segunda ley de la ponderación, consistente en que cuando mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamenta la intervención. Es decir; la certeza de las premisas que cimientan la afectación, se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. Esta norma no se fundamenta en la importancia de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica (Ley epistémica de la ponderación). También en relación con esta ley se aconseja utilizar la escala triada dividida de la siguiente forma:

1. El control material intensivo.
2. El control de plausividad.
3. El control de evidencia.

2.4.4 Situaciones en las que no resulta aceptable la ponderación

El juicio de ponderación como herramienta para efectos de analizar la debida restricción a Derechos Fundamentales, tiene unos límites determinados, pues su actuar no puede transgredir

las esferas de la dignidad humana y por ende se prohíbe toda clase de tratos inhumanos, crueles y tortuosos, según la Constitución Política de Colombia, y al respecto se precisa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos que entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la convención, contra la tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo.

La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Sentencia C-822 (2005)

También menciona la Corte Constitucional en la misma Sentencia, refiriéndose al Derecho Corporal:

En cuanto a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, realización de exámenes físicos a la víctima y la obtención de muestras corporales tiene una alta incidencia en este derecho si la medida causa dolores, si la medida no se realiza con las condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad exigidas en los tratados internacionales, y si no se toman las previsiones necesarias para reducir al mínimo posible el grado invasivo de la medida.

Es de anotar, que una indebida ponderación por parte del juez de control de garantías en cada caso en particular, podría traer como consecuencia, la exclusión de la evidencia física y elementos materiales probatorios que se hayan conseguido como resultado de una ilegítima autorización de las diligencias, ya que dicha prueba puede ser catalogada como ilícita o ilegal y podría dar lugar al ejercicio de una eventual acción de tutela, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

2.5 Restricción a los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal

Bernal (2013), declara que las restricciones a los derechos no son ilegítimas en sí mismas, sino que, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, su validez dependerá de que las medidas que las contienen se ajusten al principio de proporcionalidad.

Al respecto, el artículo 27 de la ley 906 de 2004, trae unos lineamientos importantes moduladores de la actividad procesal por parte de los servidores públicos, a saber:

En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De lo contemplado en el artículo anterior, se puede concluir que los principios de ponderación y necesidad, son de aplicación imprescindible tanto por parte del Juez y de la Fiscalía General de la Nación, durante el desarrollo del Proceso Penal. Entonces, la ponderación como herramienta de análisis en la restricción de Derechos Fundamentales, está instituida como un mandado legal expresamente regulador de la conducta de los servidores públicos y su aplicación en la legislación Penal tiene sustento debidamente consagrado en la misma norma jurídica, por la propia del legislador.

El numeral 3 del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, prescribe que son deberes de la Fiscalía General de la nación, en entre otros, “*Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción*” y agrega que en caso de requerir medidas adicionales que afecten Derechos Fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del Juez de Control de garantías.

Constitucionalmente contemplado este requisito, es necesario partir del principio de que cuando cualquier actuación judicial, implique la vulneración a Derechos Fundamentales, es absolutamente necesario solicitar autorización previa al Juez de Control de garantías, quien en el caso concreto analizará las especificidades y particularidades que reviste el asunto y decidirá de fondo si la medida es pertinente, proporcional y necesaria. De cumplir con el lleno de los requisitos exigidos en la constitución y en la ley, el juez debe autorizarla, señalando los

parámetros precisos y la forma en que se deberá ejecutar el procedimiento para garantizar la mínima vulneración a los Derechos Fundamentales.

2.5.1 Autorización Previa y Control Posterior constitucionales

El control Constitucional de las diligencias, puede presentarse de manera previa o posterior y en los casos en que la Carta Magna autorice a la Fiscalía General de la Nación o su Delegado para afectar derechos fundamentales, debe llevarse a cabo un control posterior. (captura excepcional, registro, allanamiento, interceptación de comunicaciones.

La ley 906 de 2004, contempla en el capítulo III, título II las actuaciones en que la Fiscalía y la Policía Judicial deben solicitar autorización al juez de control de garantías, pero de una lectura del artículo 246 de la misma norma, se puede concluir que no solamente dicha solicitud se debe circunscribir a los casos contemplados en título mencionado, si no que la regla general es que cualquier afectación a derechos fundamentales que se pretenda llevar a cabo, requerirá autorización del Juez de Control de Garantías, como ya se expresó.

La Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007, manifestó lo siguiente acerca del control previo por parte del Juez de Control de Garantías:

Para determinar el tipo de control que debe recaer sobre las medidas a que se refieren las normas demandadas, conviene recordar las reglas que deslindan la actuación de la Fiscalía y del juez de control de garantías en materia de facultades de afectación de derechos fundamentales,

conforme al artículo 250 superior: (i) corresponde a los jueces de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; solo excepcionalmente y previa regulación legal que incluya los límites y eventos en que procede, la Fiscalía puede efectuar capturas; (ii) la Fiscalía tiene la facultad de adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, sometidos al control posterior del juez de control de garantías; y (iii) en todos los demás eventos en que para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se requiera medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá mediar autorización, es decir, control previo, por parte del juez de control de garantías. Córdoba (2007)

En consonancia con lo anterior, el artículo 250, No. 2 de la Constitución Política, establece que el ente investigativo podrá adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones sin previa autorización del Juez de Control de Garantías; pero que a dichas diligencias se le realizará una revisión posterior por parte del Juez Constitucional (Juez de Control de Garantías). Es decir; se realizará un control Ex post.

De otro lado, el mismo artículo en su numeral 3, expresa la norma que el Fiscal podrá asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción y que en caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello. Es decir, el inciso 3 en contraposición al inciso 2 del artículo 250 de la Carta Magna, prescribe una autorización adquirida de antemano del juez con funciones de control de garantías para proceder a diligencias que afecten Derechos Fundamentales, es decir, se realiza un control Ex ante.

Adicionalmente, otros factores que se deben tener en cuenta para el análisis de las afectaciones, son las intensidades de las restricciones a los Derechos, y para el efecto se debe aclarar que cualquier diligencia que requiera una afectación a derechos fundamentales de manera media y fuerte, requiere autorización previa; y de otro lado, encontrándonos ante una afectación a derechos fundamentales de manera leve, ya no requeriría autorización, pues lo que se realiza es un control posterior de todo lo actuado, por parte del Juez de Control de Garantías.

Ahora bien, con respecto a los artículos 236, atinente a la recuperación de información dejada al navegar por internet, 239, vigilancia y seguimiento de personas, 241, análisis e infiltración de organización criminal, 242, actuación de agentes encubiertos, de la ley 906 de 2004, pese a encontrarse ubicados en el capítulo II, relativos a las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización; de acuerdo a la regla general contemplada en el artículo 246 de la misma norma, cuando devenguen en una afectación alta o media a los Derechos Fundamentales, se debe solicitar autorización previa por parte del juez. Al respecto expresa Bernal (2013, p. 384) que se requiere, por tal motivo, una sentencia condicionada de la Corte Constitucional en relación con estos artículos, que interprete las disposiciones citadas en un sentido que respete la reserva judicial (juez de control de garantías) en la afectación de derechos fundamentales, pues la norma en estos casos, autoriza llevar a cabo estas diligencias sin previa autorización por parte del juez, sin tenerse en cuenta que a la hora de ejercerse dichas facultades; podría restringirse de manera alta o media los Derechos y Garantías constitucionales, desarmonizándose así la lógica jurídica establecida en la Constitución Política.

De otro lado, bien ubicados se encuentran los preceptos contemplados en los artículos 247, inspección corporal, 248, registro personal, 249 obtención de muestras que involucren al

imputado y 250, procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales; pues se encuentran dentro de la escala de actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, ya que pueden devengar en una afectación alta o media a derechos fundamentales a la hora de su práctica.

En sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los mencionados artículos, precisando que el artículo 246 de la ley 906 de 2004, contiene el punto de partida concerniente a los artículos precedentes, tal y como ya se vio y que además trae como condicionamientos la necesidad por parte del Fiscal o su delegado y de la Policía Judicial, la autorización previa del juez de Control de Garantías cuando de la afectación a derechos fundamentales del imputado y la víctima se trate.

Asimismo, los artículos 247, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Penal, indiferentemente de quien sea el destinatario de los registros, inspecciones, reconocimientos y exámenes, y como también sin importar quién sea el organismo que solicite dichas prácticas; siempre debe requerir de antemano al Juez de Control de Garantías su aprobación, pues son de tal entidad los Derechos Fundamentales objeto de afectación, que se requiere un análisis previo importante y profundo por parte del funcionario judicial en aras de garantizar la efectividad del debido proceso.

Agrega también la Corte que los artículos objeto de discusión son exequibles, aplicando el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues el Juez debe ponderar la gravedad del crimen cometido, la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la vulneración de los derechos de las víctimas de no practicarse los exámenes y la violación a los derechos fundamentales del imputado o víctima con la realización de los mismos, haciendo énfasis en que entre mayor sea el

grado de violación de los derechos fundamentales del imputado con los exámenes y registros a practicar, mayor importancia deben tener los derechos de las presuntas víctimas y los bienes jurídicos tutelados.

Es labor del Juez de Control de Garantías en cada caso concreto, verificar el cumplimiento de los derechos fundamentales y el límite de las transgresiones a los mismos cuando se trate de la aplicación de los artículos en comento, es decir; El Juez de Control de Garantías verificará la constitucionalidad o la inconstitucionalidad en cada caso en específico de las diligencias, dependiendo de las condiciones fácticas que presente y revista el caso objeto de investigación y que deberá valorar en virtud de los Principios de Necesidad, Idoneidad y Proporcionalidad; si es pertinente o no su práctica.

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima. Sentencia C-979 (2005) M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, en virtud de lo anterior, es evidente que la autorización de estos exámenes, va directamente en contra de los derechos fundamentales del imputado o de la víctima, y es absolutamente necesario cumplir con el lleno de los requisitos legalmente exigidos, so pena de

que la evidencia física y elementos materiales probatorios resultantes de las diligencias, puedan ser declarados ilícitos y nulos de pleno derecho, tal y como lo prescriben los artículos 29 de la Constitución, 23, 455 y 232 del Código de Procedimiento Penal; concernientes a la aplicación la regla de exclusión probatoria.

En este sentido, el Juez de Control de garantías debe aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, y ponderar si existen un equilibrio entre la necesaria restricción de los derechos fundamentales del imputado con la gravedad del delito cometido, los bienes jurídicos tutelados y los derechos y garantías constitucionales de las víctimas afectados, de no realizarse la intervención.

De importante mención, es la precisión que hizo la Corte Constitucional, con respecto a los artículos 246 al 250 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que no importa si el imputado o víctima consiente o no la práctica de la realización de las diligencias sobre su cuerpo; siempre es necesaria la respectiva autorización del juez de Control de Garantías, pues con ello se evitaría el ejercicio arbitrario del Ius Pudiendi por parte del Estado, para esclarecer a toda costa los hechos y circunstancias de modo tiempo y lugar, objeto mismo del proceso, soslayando las garantías constitucionales y fundamentales de los implicados.

De la lectura de la sentencia C-822 de 2005, es importante concluir que recae sobre el juez de Control de Garantías una gran responsabilidad a la hora de decretar o negar la práctica de estos registros, inspecciones, reconocimientos y exámenes; pues no es fácil lograr discernir con claridad en cada evento concreto, si se han dado los condicionamientos fáctico y jurídicos necesarios para su práctica. El no decreto de estas pruebas podría resultar en el menoscabo inevitable de los derechos fundamentales de la víctima, en tratándose de una decisión absolutoria

por falta de acervo probatorio necesario y pertinente que permita establecer con precisión lo ocurrido. De otro lado, lográndose demostrar durante el proceso que el imputado o acusado es inocente de todo cargo; la autorización de las diligencias habrá representado una vulneración grave a los derechos de la persona, pero que en últimas sería útil, en aras de declarar la absolución del sujeto investigado.

En aras de que el Juez del caso se forme su convencimiento más allá de toda duda razonable tal y como lo ordena la ley, resulta necesaria la autorización de estas inspecciones corporales, pues es evidente que el proceso se instituye sobre el acervo probatorio que legalmente haya sido practicado y obtenido durante las diligencias, y si carecemos de estos elementos; no podríamos tener éxito en la búsqueda de la verdad procesal, que es el fin último que se pretende lograr con las pruebas, de acuerdo al artículo 372 de la ley 906 de 2004.

Para efectos de lograr comprender de mejor manera el tema, es también importante hacer referencia al derecho comparado y para tales efectos se cita la Sentencia 18 de 1999, emanada del Tribunal Constitucional de España, la cual indica en uno de sus acápites lo siguiente:

“Por último conviene indicar, como se recordaba en la STC 58/1998, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981 y 2/1982). Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985),

ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994)”

Entonces, Bernal, (2013, p. 387), considera que la ponderación en el Derecho Procesal Penal Colombiano, es la principal herramienta para determinar la constitucionalidad de las afectaciones a los Derechos Fundamentales. Afirma también que además de haber tenido su origen en el Derecho Público y particularmente en el Derecho Administrativo Policial, ha pasado en los Estados de Derecho a convertirse en una máxima no escrita que tiene el mérito de permear la moderna interpretación constitucional.

Es de anotar que la parte e interviniente que deseé solicitar afectación a un derecho fundamental, debe justificar su necesidad a través del descubrimiento probatorio necesario para su autorización donde se demuestre su idoneidad y conducencia, sustentando el juicio de proporcionalidad en sentido estricto a que haya lugar. También debe tenerse en cuenta que las pruebas develadas en las audiencias preliminares en las cuales se afectará los Derechos Fundamentales, deberán ser exhibidas nuevamente en la correspondiente audiencia de juicio oral y someterse a su examen y contradicción.

2.5.2 Competencia del Juez de Control de Garantías en Restricción de Derechos Fundamentales

El juez de control de garantías tiene asignada, además de la competencia para realizar de control de legalidad previo cuando se trate de afectaciones de derechos fundamentales en el marco de la recolección de evidencia y material probatorio por parte de la defensa, la competencia para decretar pruebas de oficio en el mismo sentido. Asimismo, cuenta también con las siguientes facultades:

- Competencia para controlar el principio de legalidad con el fin de proteger los derechos de las víctimas. *Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.*
- Competencia para examinar formal y materialmente las injerencias en derechos fundamentales con control posterior. *Corte Suprema de Justicia, decisión 28535, del 9 de abril de 2008.*
- Competencia a prevención cuando se trate de la protección del derecho a la libertad y eventualmente la imputación y medida de aseguramiento. *Corte Suprema de Justicia, decisión 29904, del 12 de junio de 2008.*

2.5.3 Conclusiones

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que:

❖ Por regla general, toda actuación de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que implique afectación directa a Derechos Fundamentales de manera intensa o media, requiere autorización previa del Juez de Control de Garantías.

❖ En contraposición con lo anterior, toda afectación a Derechos Fundamentales de manera alta o media dentro de los casos previstos expresamente en el artículo 250, numeral 2 de la Constitución Política de Colombia, requiere un control posterior.

❖ De la lectura del numeral 3 del artículo 250 de la Carga Magna, se puede concluir que La Fiscalía General de la Nación en aras de asegurar elementos probatorios; no requiere autorización previa por parte del Juez de Control de Garantías pues no necesariamente está en afectación directa a derechos fundamentales de manera alta o media. Pero en caso contrario, solicitará previo consentimiento del juez para su realización.

2.6 Cláusula de exclusión probatoria

El artículo 29, inciso final, de la Constitución Política de Colombia, contempla directamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso.

De esta manera lo informa la norma en su aparte final cuando expresa que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, tal y como lo menciona la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002.

También el artículo 359 de la ley 906 de 2004, expresa que *“Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.*

Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello.

Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.”

A renglón seguido, el artículo 360 de misma obra, informa 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.*

Bernal (2013 p. 240), afirma sobre la Jurisprudencia Constitucional, que la utilización de evidencias obtenidas con graves violaciones de derechos humanos, invalida no solo el acto probatorio sino toda la actuación tal y como sucede con la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado.

2.6.1 Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado

En “Silverthorne Lumber Co. Vs. United States”, 251 U.S. 385 (1920), la Corte Suprema de los Estados Unidos expresó que *“cuando la evidencia es obtenida por el estado por medio de búsqueda y arresto inconstitucionales, no solo esa evidencia resulta inadmisibile, sino que también lo será la evidencia posterior obtenida como consecuencia de este acto ilegal.”* También esta providencia se sostuvo en “Wong Sun vs. Calandra”, U.S. 94 (1974), la Corte sostuvo que un *“testigo puede acceder a responder las preguntas de un jurado que están basadas en una búsqueda ilegal.”* Bernal (2013. p, 382)

La Corte Constitucional ha considerado esta doctrina como según la cual, las pruebas obtenidas lícitamente dentro del proceso pero que tienen su origen o fundamento en una prueba practicada de manera irritual, ilícita o prohibida; necesariamente vicia los medios de convicción lícitos que tengan capacidad de probar un determinado hecho, concluyendo que tampoco dichas pruebas legales pueden ser admitidas. Exige excluir las pruebas derivadas de la prueba viciada.

Al mismo tiempo esta doctrina tiene un fin utilitario para erradicar prácticas policiales o de otra índole consistentes en valerse de medios espurios para iniciar la investigación y luego presentar las pruebas necesarias para fundar la imputación. El efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, es decir que no tengan, conexiones con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente” (sin conexión causal), Sentencia SU-159 de 2002

2.6.2 Prueba Ilegal

La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción; se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella: en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento establecido en la ley. Ramírez (2009)

Entonces tenemos que a la luz de la Sentencia SU-159 de 2002, la prueba ilegal o inconstitucional en términos de la Corte Constitucional, resulta ser la obtenida violando los derechos fundamentales. En tanto que la ilícita es la obtenida mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.

En sentencia C-591 de 2005, la prueba ilegal es concebida como la que se obtiene sin la plena observancia del debido proceso y las formalidades requeridas, se entiende como una prueba que adolece de vicios que afectan su validez y ante su existencia el juez debe decretar su exclusión del debate probatorio y decidir con fundamento en las restantes. En tal sentido la exclusión es la única consecuencia que se predica frente a la existencia de las pruebas ilegales, lo que significa que en el evento en el que se violen formalidades sustanciales de cada medio de conocimiento la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal. A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional en la misma sentencia expone que:

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la

dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, "motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza."

Ahora bien, en lo que respecta a las pruebas ilegales, su exclusión debe estar supeditada a un análisis metódico, porque no toda omisión en el cumplimiento de las formalidades autoriza la exclusión de la prueba, es necesario que el requisito omitido sea de carácter esencial y tenga una incidencia trascendental sobre el debido proceso.

El análisis necesario para excluir una prueba ilegal debe ser profunda y estrictamente ajustado a los principios que irrigan el proceso, porque la línea existente entre la legalidad y la ilegalidad de la prueba puede ser muy delgada, lo que obliga a un esfuerzo adicional del operador judicial para determinar la relevancia que una eventual omisión formal puede tener sobre el proceso y los resultados del mismo y, en tal sentido determinar si hay lugar a la exclusión de la prueba o no.

Lo anterior significa que las pruebas viciadas de ilegalidad en su obtención o producción o violatorias de derechos fundamentales, se excluyen para todo efecto, es decir, no se tienen en cuenta por no existir jurídicamente, mientras que lo que respecta a la prueba ilícita, la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, coloca textualmente la competencia de su declaratoria en cabeza del juez de conocimiento y hace referencia explícita al juicio, aun cuando

en la misma providencia expone que el principio de exclusión al ser interpretado a la luz del artículo 29 de la Constitución, debe ser aplicado en cualquiera de las etapas del proceso, de tal manera dice la Corte, que no solamente es aplicable sobre las pruebas sino también sobre los elementos materiales probatorios. Daza (2009, p. 13)

Al respecto, menciona Cadena (2004):

“Para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar; en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas. Por ejemplo, utilizar una grabación tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades”

2.6.3 Prueba Ilícita

Tal y como lo informa la Corte Suprema de Justicia en Sentencia con Radicado No. 32193 de 2009, la prueba ilícita como su propio texto lo expresa, es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. Ramírez (2009)

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida. Uno de los efectos jurídico procesales de la prueba ilícita es que debe ser inadmisibile, inexistente o ineficaz, o nula por ser violatoria del debido proceso.

Ahora bien, es importante destacar que dependiendo del caso en particular, la exclusión de evidencia física y elementos materiales probatorios de un proceso, no siempre se limita al rechazo de la prueba inconstitucionalmente obtenida; pues el criterio fijado por la Corte, es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.

De una correcta interpretación del último inciso del artículo 29, la prueba ilícita, cuando ha servido de fundamento a una sentencia; comunica su nulidad a la misma. En resumidas cuentas se puede confirmar que la prueba ilícita, que es nula de pleno derecho, hace nula también de pleno derecho a la sentencia que se fundamenta en ella, así sea parcialmente.

2.7 Momentos Procesales para solicitar la Exclusión de las Pruebas

Con respecto a este punto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 26310 de 2007, manifestó al respecto de acuerdo a lo estipulado al artículo 154 numeral 1 y 237 de la ley 906 de 2004, que el Juez con Funciones de Control de Garantías puede realizar el control de legalidad y por tanto, de ser procedente, decretar la exclusión de elementos materiales probatorios de resultar ilegales o ilícitos, únicamente en tratándose de audiencias de control posterior sobre órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares. Esta Corte advierte que si no se trata de uno de estos casos el juez con funciones de control de garantías, puede tener la facultad de declarar la ilegalidad de las pruebas y los elementos materiales probatorios pero que por fuera de estas eventualidades, no podría aplicar la regla de exclusión ya que dicha competencia recae en cabeza del juez de conocimiento.

En este sentido, bajo las consideraciones de la Corte Suprema es posible concluir que el Juez con Funciones de Control de Garantías no podría controlar la legalidad de los elementos materiales probatorios y, por ende no podría decidir sobre su exclusión, salvo los casos ya mencionados, lo que significa, bajo la tesis de esta corporación, que el juez de control de garantías puede excluir un elemento material probatorio para efectos de su decisión, pero su decisión no irriga a todo el proceso, en tal sentido ese elemento conservaría su vocación de prueba.

Bajo esta tesis de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo si se detiene a un sujeto de manera ilícita acusándolo de homicidio y en ese procedimiento ilegal de detención se encuentra el arma que resulta ser con la que cometió el ilícito, el arma debe ser excluida, pero solamente para efectos de legalizar la captura y no para efectos de decidir sobre la responsabilidad del sujeto.

Ahora bien, resulta pertinente revisar los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto:

En sentencia C - 591 de 2005, la Corte Constitucional manifiesta con respecto a la regla de exclusión que es aplicable en todas las etapas del proceso. Esta precisión nos llega a concluir que no solo es posible excluir pruebas, sino que también existe la posibilidad de aplicar el mismo fenómeno sobre los elementos materiales probatorios, lo que se traduce en que no puede decretar únicamente la exclusión el juez de conocimiento, sino también, el juez con funciones de control de Garantías.

En su tesis la Corte Constitucional no hace ninguna clase de excepción, es decir, no manifiesta que la exclusión decretada por el Juez de Control de Garantías esté sometida a ningún precepto legal, es decir, deja la posibilidad de que en todas las audiencias preliminares se aplique la regla de exclusión con efectos sobre todo el proceso, y no exclusivamente en los casos que menciona la Corte Suprema. La Corte Constitucional se ha limitado a manifestar que en pro de la salvaguarda de las garantías procesales debe ser aplicada la regla de exclusión en cualquier etapa del proceso. Daza (2009)

También la Corte Constitucional en Sentencia C-1092 de 2003, expresó acerca de las Funciones del Juez de Control de Garantías, que: “Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Finalmente, es importante precisar que la regla de exclusión de la prueba, está directamente ligada con el Debido Proceso instituido en el artículo 29 de la Constitución Política, y como tal; es un derecho fundamental que tiene aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

También el artículo 23 de la ley 906 de 2004, preceptúa al respecto lo siguiente:

Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

A su turno, en los artículos 232 y 238 de la misma obra, se indica la posibilidad de excluir no sólo las pruebas que obren dentro del proceso sino que también evidencias producto de la

expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del Fiscal que se encuentre viciada por la carencia de uno de los requisitos esenciales previstos en el Código de Procedimiento Penal.

La ley 906 de 2004, debe ser interpretada de manera sistemática con la Constitución Política, razón por la cual no puede afirmarse que la exclusión de evidencia o elementos probatorios sólo es posible a partir de la audiencia de lectura de acusación o en la audiencia preparatoria, porque, implicaría o se permitiría imputar, privar de la libertad o acusar a alguien con base a un acto de prueba viciado, lo cual, sin duda, compromete el debido proceso y la presunción de inocencia. Bernal (2013)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se pueden distinguir cuatro momentos procesales pertinentes para solicitar la exclusión probatoria:

2.7.1 Audiencia Preliminar

Según el artículo 154, numeral 1, de la ley 906 de 2004, se tramitará en audiencia preliminar el acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos, e interceptaciones de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) hora siguientes.

En virtud de lo anterior y en concordancia con el artículo 232 de la misma obra, es perfectamente prudente solicitar al juez la exclusión de los elementos materiales probatorios y

evidencia física, que pudieron haber sido obtenidos con violación a las disposiciones establecidas en la norma y los Derechos Fundamentales de las personas.

2.7.2 Audiencia de formulación de imputación

Esta etapa del proceso, no obsta para que los elementos materiales probatorio, la evidencia física o la información que sustenta la inferencia razonable del fiscal, estén determinados por su legalidad en cuanto a su obtención y validez misma. Así, por ejemplo, han de impugnarse las evidencias argüidas en la imputación cuando éstas hayan sido obtenidas en allanamiento o capturas declaradas ilegales; o cuando consisten en información protegida por expectativa razonable de intimidad cuando no son cumplidos los requisitos constitucionales y legales para su obtención. Pérez (2005)

2.7.3 Audiencia Preparatoria

De acuerdo al artículo 359 del Código de Procedimiento Penal, en esta audiencia; las partes y el Ministerio Público, podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, que de conformidad con las reglas establecidas en la norma, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.

También el artículo 360 de la misma obra, resalta acerca de la prueba ilegal que el juez deberá excluirla, incluyendo las que se han practicado, aducido o conseguido con violación a los requisitos formales previstos en el Código.

2.7.4 Audiencia del Juicio Oral

De acuerdo a lo ya analizado en este capítulo y en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, cualquier etapa procesal es pertinente y adecuada para solicitar la exclusión de los elementos probatorios y evidencia física, dentro de lo cual también se encuentra incluida la Audiencia del Juicio Oral, etapa considerada como el escenario natural para solicitar la aplicación de la cláusula probatoria.

También es importante hacer claridad en que el Fiscal del caso, en sede de la indagación e investigación, podrá de oficio rechazar los elementos probatorios adquiridos con violación directa a derechos fundamentales. Esto en virtud del 212 de la ley 906 de 2004:

ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA JUDICIAL EN LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN. Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la policía judicial y analizados los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.

En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación.

Para cumplir la labor de control de policía judicial en la indagación e investigación, el fiscal dispondrá de acceso ilimitado y en tiempo real, cuando sea posible, a la base de datos de policía judicial.

2.8 Criterios para decretar la Nulidad derivada de la Prueba

La Corte Constitucional ha sido reiterativa a la hora de informar que con el objeto de aplicar la cláusula de exclusión probatoria, se deben identificar las siguientes condiciones:

1. Es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida.
2. Es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia.
3. Es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las

garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

4. El mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Sentencia SU – 159 de 2002

No obstante lo anterior, también se requiere de análisis acerca del artículo 455 de la ley 906 de 2004, el cual expresa que para efectos de aplicarse la causal de exclusión consagrada en el artículo 23 de la misma obra, se deberá tener en cuenta el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. También es importante tener en cuenta, que igual tratamiento recibirán las pruebas que hayan sido derivadas de las ilegalmente obtenidas.

Este postulado tiene su génesis en la economía procesal, ya que debe procurarse que la prueba esté libre de vicios intrínsecos o extrínsecos que la hagan ineficaz o nula. Se trata en realidad de comprender en éste, de manera más general y desde otro punto de vista, los principios ya examinados, como el de la formalidad y el de la legitimidad de la prueba, el de la espontaneidad o naturalidad y licitud, el de la oportunidad y preclusión, el de contradicción y publicidad. Cadena (2004, p. 95)

La Corte Constitucional en sentencia SU-159 de 2002, expresó que estos criterios establecidos en el artículo 455 del Código Procesal Penal, se constituyen como excepciones a la

cláusula de exclusión probatoria de la prueba derivada y agrega que la doctrina del Acto de Voluntad Libre, forma parte de ellas.

2.8.1 Teoría del Descubrimiento Inevitable

Esta teoría, afirma que si la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía, no debía aplicársele la regla de exclusión probatoria contemplada en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal. Es decir; una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original sí deba ser excluida.

Ahora bien, en el caso de la fuente independiente, se entiende que existe una información alterna de origen legal que enerva la mácula de una fuente ilegal, mientras que en tratándose del descubrimiento inevitable, la situación obra en forma análoga pero se requiere más que un origen independiente, esto es, una investigación penal legalmente fundamentada que inevitablemente conduciría a la obtención probatoria de la evidencia cuestionada. A esta regla también se le conoce como "extensión conceptual" de la regla de la fuente independiente.

Esta teoría ha sido criticado por cuanto en el caso de la fuente independiente existe un cotejo inevitable entre dos orígenes con respecto a un hecho, en el descubrimiento inevitable lo que realmente existe es un cotejo entre una fuente ilegal y un camino legal hipotético que

inevitablemente hubiese llegado a la misma conclusión. Por tanto, se trata de una construcción en la que juega profundamente la especulación, lo que ha obligado a la jurisprudencia a afinar el análisis con vistas a su aplicación objetiva, salvaguardando la temática constitucional. Guerrero (2009)

2.8.2 Teoría del Vínculo Atenuado

Esta Doctrina, consiste en que si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible, es decir:

Si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad. (Sentencia C-591 de 2005)

Pues bien, si el vínculo persiste, se trata de una auténtica prueba derivada que proviene efectivamente de la prueba ilícita y por lo tanto se comunica su ilicitud. La utilización del criterio del vínculo atenuado permite la condena de ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente, bien por el paso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la Fiscalía en la investigación penal o el simple azar.

2.8.3 Teoría de la Fuente Independiente

La prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita.

El efecto expansivo de la prueba ilícita, únicamente faculta para valorar pruebas autónomas e independientes, es decir que no tengan, conexiones causa con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir “prueba diferente” (pero derivada) con “prueba independiente “ (sin conexión causal). Sentencia SU-159 (2002)

Lógicamente el papel de la Defensa se centra en demostrar la existencia de un vínculo entre las dos para desechar la aplicación de la doctrina, mientras que la Fiscalía debe argumentar la independencia en orden a que el hecho a demostrar se mantenga inalterado, razón de más para concluir que efectivamente no se trata de una excepción a la regla de exclusión. Por tanto el problema en términos teóricos se circunscribe a la búsqueda de vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas, que se asumen por la dogmática procesal bajo la denominación de la descontaminación del fruto (Guerrero, 2009, p. 277).

2.8.4 Teoría del Acto de Voluntad Libre

La Corte Constitucional expresa que cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada. Si existe una decisión autónoma que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y viceversa; no deberá necesariamente excluirse del proceso.

Asimismo la Corte en Sentencia C-591 de 2005, manifiesta que para efectos de analizar los alcances del artículo 455 de la ley 906 e 2004 en el caso concreto, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito.

CONCLUSIONES

Es de considerar que la valoración de estos conceptos pertenece muy al fuero interno del juez, dando las posibilidades a la Fiscalía y a la Defensa de argumentar si la actividad probatoria en determinado caso se ajusta a una de estas aristas o no. De allí la importancia de que la Defensa y la Fiscalía hagan una buena argumentación al respecto, pues independientemente de las circunstancias por las cuales se considere se ha producido una vulneración a las garantías fundamentales, el propósito es persuadir al juez de la tesis que pueda favorecer el interés perseguido por las partes para el caso en específico.

La Corte Constitucional en Sentencia C-591 del 2005, refiere que en tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión

de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

Finalmente se debe concluir que los parámetros necesarios para una debida aplicación del principio de proporcionalidad para atenuar la afectación de los derechos fundamentales en materia probatoria en el Proceso Penal colombiano, según la Corte Constitucional, son:

1. La gravedad del delito -teniendo en cuenta para ello, la pena prevista.
2. El número de víctimas y su vulnerabilidad.
3. La importancia del bien jurídico tutelado.
4. El impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal.
5. El valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado.
6. El grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores:
 - a) El tipo de medida cuya autorización se solicita.
 - b) La parte del cuerpo sobre la que recae.

- c) El tipo de exploración que tal medida implica.
- d) La profundidad y duración de la inspección.
- e) Los efectos y riesgos para la salud del individuo
- f) La necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección,

También es importante tener en cuenta responsabilidad en el análisis del grado de vulneración de los mismos desde el punto de vista teleológico. Es decir, si el fin al que se pretende llegar solamente es explorable por esa vía lesiva o si por el contrario; existen otros medios que revistan menos vulnerabilidad y agresión a esos derechos. El Principio de Proporcionalidad incide de manera importante este test, pues está instituido como una herramienta necesaria de la cual debe hacer uso el juez a la hora de ponderar en qué medida los Derechos del acusado deben ceder al sufragio y cumplimiento de los Derechos de las víctimas y si el bien jurídico tutelado reviste mayor entidad que los derechos que eventualmente se sacrificarían con la autorización de las medidas, teniendo en cuenta el respeto por la dignidad humana en aras de cumplir con los fines esenciales del Estado instituidos como medidas mínimas para la consecución de un orden justo y social que se traduce en la garantía de una vida digna para las personas.

REFERENCIAS

- Alexy, R., (2008). El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Quito :
Imprenta W&M gráficas
- Angarita, B., (1992) Sentencia T-406 : Corte Constitucional.
- Angarita, C., (1992) Sentencia T-473 : Corte Constitucional.
- Arboleda, M., (2008). Ley 906 de 2004, Código Procedimiento Penal. Colombia : Leyer.
- Bechara, A., (2011) La ponderación y los Derechos Fundamentales. Cartagena : Editorial
Universidad Libre Sede Cartagena.
- Bernal, C., (2008) La racionalidad de la ponderación. Quito : Imprenta W&M gráficas
- Bernal, J., (2013) El proceso Penal, Estructura y garantías procesales, Tomo II, 6ta edición.
Colombia: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J., (2013) El proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y teoría general, Tomo I, 6ta
edición. Colombia: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de
Colombia.
- Botero, C., (2007) Sentencia C-720 : Corte Constitucional.
- Cadena, R., (2004) Principios de la Prueba en Materia Penal. Colombia : Ediciones Nueva
Jurídica.

Carbonell, M., (2008) El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Quito :

Imprenta W&M gráficas

Cepeda, M., (2005) Sentencia C-822 de 2005. Corte Constitucional : Colombia

Cifuentes, E., (1992) Sentencia T-426 de 1992. Corte Constitucional : Colombia

Cifuentes, E., (1998) Sentencia SU-225. Colombia : Corte Constitucional

Clérico, L., (2008) El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. Argentina : Imprenta W&M gráficas

Córdoba, J., (2005) Sentencia C-979 : Corte Constitucional.

Córdoba, J., (2007) Sentencia C-336 de 2007 : Corte Constitucional

Daza, A., (2009). Los temas de la Barra Académica-Revista de la Defensoría Pública de Colombia No. 11, Colombia.

Espinosa, S., (2007) Sentencia con Radicado No. 26310, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Colombia.

Guerrero, O., (2009). Institutos probatorios del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Parra, J., (1999). Manual de Derecho Probatorio. Santa Fe de Bogotá, D.C. : Editorial Linotipia Bolívar.

Pérez, V., (2005). El Defensor Público en el Sistema Acusatorio Colombiano. Bogotá : Imprenta Nacional.

Ramírez, Y., (2009) Proceso No. 32193, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal : Colombia.

Rodríguez, S., (1992) Sentencia T-418 : Corte Constitucional

Rosas, A., (1996) La acción de tutela en la jurisprudencia de la Corte. Santafé de Bogotá, D.C. : Hojas de papel Editores Ltda.

Ruiz, R., (2006). La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. España: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 10 de 2006.

Sapag, M., (2008) El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado. Buenos Aires : Editorial Universidad de la Sabana.

Serrano, C., (1990). Proporcionalidad y derechos fundamentales en el derecho penal. Madrid : Editorial Colex

Tafur, A., (2003) Sentencia C-1092, Corte Constitucional. Colombia

Vargas, C., (2005) Sentencia C- 591 : Corte Constitucional