

## ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS EMPLEADAS EN LA DECISIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA<sup>^</sup>

Andrés Fernando Mejía Restrepo\*

### Resumen

*La verdad como fin institucional del proceso jurisdiccional, de una parte, y de otra, los derechos fundamentales de las partes, entran en pugna cuando de prueba ilícita se trata, en efecto, la prueba ilícita es una institución establecida con el objeto de salvaguardar los derechos fundamentales, no sin evitar, en muchos eventos, el conocimiento de la verdad y, de paso, transmitiendo una sensación de injusticia a toda la sociedad, es por ello que existen excepciones a la regla de exclusión, que permiten admitir pruebas ilícitas, no obstante, se requiere del cumplimiento de altos estándares argumentativos que permitan colegir la racionalidad de la decisión adoptada.*

**Palabras clave:** Prueba Ilícita; Argumentación Jurídica; Estructuras Argumentativas; Verdad; Proceso Jurisdiccional.

\* Abogado Universidad Libre seccional Pereira, con título homologado a licenciado en derecho por la Universidad de Málaga (España), especialista en derecho procesal contemporáneo, y magíster en derecho procesal por la Universidad de Medellín. Catedrático de filosofía del derecho, Fundación Universitaria del Área Andina. [andresmejia3711@gmail.com](mailto:andresmejia3711@gmail.com).

<sup>^</sup> Artículo realizado con base en la investigación presentada como requisito de grado para el título de magíster en derecho procesal obtenido la Universidad de Medellín y denominada "Estructuras argumentativas empleadas en la decisión sobre la admisión de la prueba ilícita (Análisis a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana, desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004)".

# ARGUMENTATIVE STRUCTURES USED IN THE DECISION ON THE ADMISSION OF THE ILLICIT TEST.

## Abstract

*The truth as institutional purpose of the jurisdictional process, in one hand, and in the other, the fundamental rights of the parts, come into struggle when we are talking about illegal evidence, in fact, illegal evidence is an institution established in order to safeguard the fundamental rights, which avoid, in many events, the knowledge of the truth and, at the same time, transmits a sensation of injustice to the whole society, that's the reason that exceptions to the exclusionary rule exist, which allow to admit illegal evidence, nevertheless, it requires of the fulfillment of high argumentative standars that allow to infer the rationality of the decision.*

**Keywords:** Illegal Evidence; Juridical Argumentation; Argumentativa Structures; Truth; Jurisdititional Process.

## Introducción

La Corte Constitucional de Colombia sostiene<sup>1</sup> que existen fundamentalmente dos fuentes jurídicas que permiten excluir pruebas en cualquier proceso, a saber: i) la prueba inconstitucional que resulta de la adecuación de los supuestos de hecho a la disposición prevista en el artículo 29 de la Constitución política de Colombia<sup>2</sup> y, ii) la prueba ilícita, que se obtiene con violación de garantías de las partes procesales, sin embargo, esta clasificación no goza de plena aceptación dogmática y en últimas es una simple tipificación doctrinal<sup>3</sup>. Lo realmente relevante es el hecho cierto y verificable de que existen un tipo de pruebas que por determinados motivos tienen que ser excluidas del proceso, es decir, no pueden ser tenidas en cuenta por parte del juzgador como elemento de juicio y convicción para decidir. En términos de Taruffo: *“precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante”*<sup>4</sup>, es un concepto típico de la tradición anglosajona y es denominado exclusionary rules tal y como refiere Taruffo: *“Son de este tipo las reglas de exclusión de pruebas que serían lógicamente relevantes pero que violarían reglas de privacy o de defensa de secretos de distinta naturaleza, como las que el law of evidence recoge en la categoría homogénea de los privilegios”*<sup>5</sup>.

La determinación respecto de qué tipo de pruebas deben ser excluidas requiere de un análisis y una decisión de tipo valorativo como lo afirma Jordi Ferrer<sup>6</sup>. Esa decisión corresponde al legislador<sup>7</sup>, permitiendo de entrada, un campo mínimo de decisión al juez, sin embargo, el hecho de que existan unas reglas predeterminadas respecto de la admisión o exclusión de

pruebas, no puede significar un obstáculo para que el juez racionalmente realice un estudio respecto de determinada prueba aportada en cierto proceso<sup>8</sup>, es más, no debe dudarse de la posibilidad de la que goza el juez para determinar si la prueba, a pesar de deber ser en principio excluida, puede ser eventualmente admitida<sup>9</sup>:

La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes..... Para esto existen, al menos, cuatro razones.....(4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales<sup>10</sup>.

La aceptación o negación de la posibilidad que descansa en cabeza del juez de adelantar un ejercicio de ese tipo será imperiosamente dirigida por la posición de quien argumenta respecto al objeto del proceso; en ese sentido, se pueden identificar planteamientos diferentes de tipos de objetivos institucionales del proceso; en efecto, la resolución pacífica de conflictos<sup>11</sup>, la *“impartial administration of justice or of the law”* expuesta por Ladd<sup>12</sup> y la verdad (propuesta en la que tiene mucha influencia el utilitarismo de Bentham) son fácilmente determinables como denominador común en autores que han abordado la materia, uno de los exponentes del último de los objetivos referidos es Ferrer Beltrán, cuando afirma que: *“...sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”*<sup>13</sup>, corolario de lo anterior:

la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes<sup>14</sup>.

Alexy señala la importancia de determinar un fin para la racionalidad del discurso, que para lo que interesa, es claramente el del proceso:

La argumentación jurídica puede ser consistente, no contravenir los principios de racionalidad de los fines, apoyarse sólo en enunciados empíricos verdaderos y, sin embargo, por ejemplo, a causa del fin que le sirve de fundamento, ser considerada <<irracional>><sup>15</sup>.

Sin embargo, inclinarse por una posición que defienda la verdad como objetivo del proceso, aun no dice mucho, "*Es más, en ciertos aspectos esa definición provoca más problemas de los que resuelve*"<sup>16</sup>, y aún "*si se asume que la verdad de los hechos en el proceso es teóricamente posible e ideológicamente necesaria, queda por verificar su posibilidad práctica*"<sup>17</sup>.

Es inconveniente y aventurado determinar cuál de esos fines es el apropiado adoptar o cuál de esas perspectivas se adecúa más para permitir la admisión de pruebas ilícitas, lo que sí es dable en este momento es dar por sentado, que la prueba ilícita puede ser admitida (por las razones esgrimidas arriba). No obstante, siendo cual fuere la posición que se adopte respecto del objetivo del proceso, no se puede perder de vista que junto a éste existen una gamma de fines igualmente válidos y de similar nivel epistemológico:

Ahora bien, la averiguación de la verdad es un fin en algún sentido prioritario del proceso en materia de prueba, pero no es en absoluto el único. La celeridad en la toma de decisiones, la protección de derechos fundamentales..... son también fines habitualmente reconocidos en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos<sup>18</sup>.

Y ni siquiera debe irse tan lejos (colisión de intereses y fines) para constatar las grandes dificultades a las que se debe enfrentar la admisión de la prueba ilícita, efectivamente, es presupuesto para la admisibilidad de cualquier prueba su relevancia, presupuesto del que se debe predicar un nivel definitorio al momento de efectuar el test de relevancia, criterio típicamente lógico en concepto de Taruffo<sup>19</sup>. Lo que es común a cualquier tipo de dificultad que se presente de cara a la admisión de la prueba ilícita en un caso concreto, es la complicada situación discursiva en la que se hallará el juzgador para legitimar su decisión, por ese motivo, "*en la medida en que sea posible la argumentación jurídica racional depende....también la legitimidad de las decisiones judiciales*"<sup>20</sup>, es claro también, que esa "*racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea de discurso práctico racional.*"<sup>21</sup>, discurso práctico general que sirve siempre de base y es la generalidad en la que se sumerge la argumentación jurídica según la concepción de Alexy.

Y aunque de conformidad con lo expuesto puede plantearse válidamente que lo que se pretende es si, en tratándose de la decisión sobre la admisión de la prueba ilícita, la argumentación base para admitirla cumple con la pretensión de

corrección jurídica: “*esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas*”<sup>22</sup>, dicho objetivo trascendería las barreras de lo que se propone, solo la identificación de las estructuras argumentativas que usan los operadores jurídicos para admitir pruebas ilícitas, no el análisis la pretensión de corrección del postulado.

En ese sentido, se revisarán las formas de argumentos usados por los operadores jurídicos si es que existen, toda vez que “*hay que admitir que un análisis de las formas de argumento todavía no nos aporta nada sobre cómo hay que argumentar en cuanto al contenido*”<sup>23</sup>, revisando a su paso la justificación interna y externa de las premisas y las formas de argumentos<sup>24</sup>.

## Argumentación jurídica<sup>25</sup>.

Lo primero que debe señalarse es que la argumentación jurídica se ha construido con base en varios planteamientos que en principio no atañen de manera directa o exclusiva al ámbito jurídico, pero que en la mayoría de los casos usan este campo para ejemplificar lo teorizado; es el caso de los aportes realizados por Stephen Toulmin<sup>26</sup>, Chaïm Perelman<sup>27</sup> y Theodor Viehweg<sup>28</sup>, quienes analizan ámbitos de la comunicación, la retórica y en general sobre los debates de problemas prácticos, pero cuyos aportes han sido fundamentales para la confección de una teoría más o menos estructurada de la argumentación jurídica. De lo anterior da cuenta Manuel Atienza en su obra “Las razones del derecho”, en los siguientes términos:

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes (.....) son la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin<sup>29</sup>.

De otro lado, se puede afirmar que la teoría más difundida y conocida, en los países de tradición romano-germánica como Colombia es la teoría de la argumentación jurídica planteada por Robert Alexy, la cual tuvo un sustento fundamental como el mismo autor lo asevera<sup>30</sup>, en la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas, presentando el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general<sup>31</sup>.

Ya se observó que existe un espectro de discrecionalidad del que goza el juez para decidir en los casos que se someten a su juicio; sin embargo, “*A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que (...) hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del derecho*”<sup>32</sup>, siendo ello así:

El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las “concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad”<sup>33</sup>.

Por su parte Chaïm Perelman plantea que:

Toda la argumentación se desarrolla sobre la base de un acuerdo con respecto a las premisas y a las diferentes formas de vincularlas. El acuerdo acerca de las premisas constituye el punto de partida de la argumentación. Las diversas formas de vincularlas se realizan por medio de las distintas técnicas argumentativas de que se sirve el orador<sup>34</sup>.

En otro sentido, Stephen Toulmin considera que la argumentación se refiere “a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”<sup>35</sup>

De otro lado, Neil McCormick cree que “la argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumple (...) una función de justificación”<sup>36</sup>, en tanto que Manuel Atienza atribuye a la teoría de la argumentación jurídica, tres funciones: “la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y la tercera podría calificarse como política o moral”<sup>37</sup>

A su vez Eveline Feteris estima que “El objetivo general de la argumentación es establecer cómo se pueden analizar y evaluar adecuadamente los argumentos”<sup>38</sup>. Tal y como sucede en otros aspectos de la vida, “con las aserciones se plantea la pretensión (claim) de que sean aceptadas. Si esta pretensión es puesta en duda, hay que fundamentarla. Esto se realiza aduciendo hechos como razones”<sup>39</sup>. Efectivamente; *prima facie*, la argumentación jurídica no

procura blindar la decisión de un órgano público judicial de aspectos morales, preconceptos y prejuicios intrínsecos a la naturaleza humana; lo que busca es, que garantizando la efectividad del principio de publicidad, y ciertas reglas que el discurso jurídico debe cumplir, se cierre en lo posible la estrecha brecha entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, otorgando la posibilidad a las partes en litigio y a la sociedad en general de criticar, debatir, disentir y recurrir la decisión adoptada; ya que “El simple hecho de que no pueda alcanzarse seguridad difícilmente puede por ello verse como una razón suficiente para negar a la Jurisprudencia el carácter de una ciencia o de una actividad racional”<sup>40</sup> y “De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales”<sup>41</sup>.

El hecho de que se otorguen justificaciones sobre los motivos para decidir en cierto sentido, no constituye *per se*, garantía sobre la legitimidad de lo actuado; en otros términos, justificar por sí sólo aún nada dice sobre cuáles son los estándares que deben satisfacer los jueces para argumentar “racionalmente” el sentido de su decisión, y es al respecto, que la argumentación jurídica adquiere toda su relevancia. Sobre el asunto, le asiste la razón a Eveline Feteris cuando afirma que: “La justificación es la argumentación que defiende la decisión; para establecer si la argumentación es sólida es necesario conocer las normas de solidez pertinentes”<sup>42</sup>.

En conclusión, “Las teorías de la argumentación jurídica investigan las condiciones que debe satisfacer esa justificación para que la toma de decisiones jurídicas sea racional”<sup>43</sup>.

Vistos los conceptos que los autores referidos tienen de la argumentación jurídica, podría considerarse que la misma atañe a los presupuestos y reglas que de manera prescriptiva son expuestas por las diferentes teorías para determinar de manera objetiva si la justificación, las razones o argumentos esbozados por quien pretende que la decisión, ponencia o tesis sea aceptada son racionales.

## Prueba ilícita<sup>44</sup>

Los países europeos y aquellos con tradición romano-germánica como Colombia encuentran, tal y como fue referido previamente, en la verdad como fin institucional del proceso, y en el principio de legalidad, el fundamento primordial para relevar de toda eficacia las pruebas obtenidas con violación, tanto de los derechos fundamentales, como de los parámetros legales establecidos<sup>45</sup>. Respecto del principio de legalidad, explica Teresa Armenta Deu:

En los países de tradición jurídica continental, la prueba ilícita figura, en primer término, como exponente del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la Ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha Ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento y en enervar la presunción de inocencia a través de <<pruebas legales>><sup>46</sup>.

En la otra vertiente, tratar la discusión sobre la constitución de la verdad material como fin del proceso no resulta del resorte de éste escrito, basta con señalar que múltiples ordenamientos

jurídicos<sup>47</sup> han legislado teniendo éste fin como guía. Muestra de ello, son las facultades que de oficio tienen los entes investigadores de algunos países para indagar sobre determinados delitos, países por regla general ligados a la tradición romano-germánica, en tanto que aquellos pertenecientes al denominado *common law* no cuentan con dichas prerrogativas, tal es el caso de Inglaterra y Estados Unidos<sup>48</sup>.

Si la verdad material y el principio de legalidad son el fundamento de la exclusión de las pruebas ilícitas en las legislaciones del *civil law*<sup>49</sup>, en el *common law* la exclusión de las mismas (exclusionary rule) tiene no un fundamento, sino por el contrario, una función, cual es la de persuadir a los miembros de las fuerzas de policía, para que en el futuro no usen ese tipo de métodos con el objeto de obtener pruebas incriminatorias (*deterrent effect*), por una parte, y por otra, la de no igualar al Estado con el delincuente (*judicial integrity*), admitiendo pruebas que violan la ley por éste establecida. Efectivamente:

Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregards of the charter of its own existence [...] If the Government become a law-breaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself (Elkins, 364 US. At 222)<sup>50</sup>

De esta manera es dable concluir que la regla de exclusión pretende delimitar las funciones policiales en su afán por hallar elementos de prueba “*preservando determinados derechos constitucionales contemplados en diferentes Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, y con ello la integridad judicial*”<sup>51</sup>.

De conformidad con lo arriba anotado se puede aseverar que el concepto de prueba ilícita no es homogéneo en todos los ordenamientos jurídicos, ya que en éste se pueden “*incorporar patologías jurídicas en ocasiones notablemente diversas*”<sup>52</sup>, por tanto, un acercamiento conceptual a la prueba ilícita no resulta pacífico, aunque se puede mencionar de éste algo más o menos como sigue:

No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no sólo éstos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho de inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes)<sup>53</sup>

De otro lado, José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martínez Morales realizan un esbozo interesante sobre la noción de prueba ilícita:

Existe prueba ilícita cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Por consiguiente, no siempre que existe menoscabo de un derecho fundamental y actividad probatoria estamos ante un supuesto de ilicitud probatoria. Por ejemplo, cuando se utiliza como medio de prueba un material no sometido a la oportuna contradicción no cabe hablar de ilicitud probatoria aunque se haya

lesionado el derecho fundamental de defensa (.....) Normalmente la ilicitud probatoria acontece en el procedimiento preliminar o fase de investigación, pero nada impide que también exista en la fase de juicio oral, por ejemplo, cuando no se advierte al testigo que puede quedar exento del deber de declarar por razones de parentesco<sup>54</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, por su parte considera:

Por prueba ilícita en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad<sup>55</sup>.

En tanto que Jairo Parra Quijano piensa que:

La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables<sup>56</sup>.

Y Hernando Devis Echandía la caracteriza del siguiente modo: “*las (...), prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan*”<sup>57</sup>



Por último, Enrique Falcón asevera “Una prueba es ilícita en general cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos en la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado”<sup>58</sup>.

Así las cosas, la prueba ilícita es una figura jurídica en virtud de la cual, tras ser declarada procesalmente, se eliminan los efectos probatorios procesales que esta tiene la vocación de brindar, en razón de la violación de derechos y formas que en su obtención se observaron.

## Modelo argumentativo de Stephen Toulmin<sup>59</sup>

Stephen Toulmin es reconocido por haber formulado un modelo argumentativo, de conformidad con el cual se afirma que las argumentaciones cotidianas no siguen los modelos clásicos del silogismo, sino que, por otra vía, opta por la extraña concepción de la lógica operativa que se puede estudiar desde la jurisprudencia, y que según su planteamiento, solo a partir de ella se debe analizar la argumentación. Su modelo ha servido no solo en el ámbito jurídico y dentro de éste, al jurisdiccional, sino que también sirve de guía para la elaboración de ensayos y artículos de todo tipo, demostrando así, que a partir de las reglas generales de la argumentación y del discurso, devienen las particulares jurídicas. Su modelo contiene los siguientes elementos: pretensión (afirmación o conclusión), razones (datos), garantía y respaldo y los cualificadores modales:

### Pretensión (Claim (C)):

Es el punto de inicio del proceso argumentativo, se efectúa una aserción

sobre algo, se le denomina también afirmación o conclusión.

### Razones o datos (Grounds (G)):

Son los “hechos que podemos señalar para apoyarla, presentándolos como la base sobre la que descansa nuestra afirmación”<sup>60</sup>, si es que la afirmación efectuada es puesta en duda por algún interlocutor bajo la modalidad de <<¿Con qué más cuentas?>>, sin embargo, puede que el interlocutor no pregunte por los datos o hechos que permiten realizar la afirmación inicial, sino que, por el contrario, “pida que indiquemos qué tienen que ver los datos que hemos ofrecido con la conclusión que hemos sacado”<sup>61</sup>, en este tipo de situación no se pregunta ¿con qué más cuentas? Sino ¿cómo has llegado hasta allí?, es decir, exige justificar la manera como se dio “el paso de las razones a la pretensión”<sup>62</sup>, allí aparecen las que Toulmin llama garantías.

### Garantía (Warrant (W)):

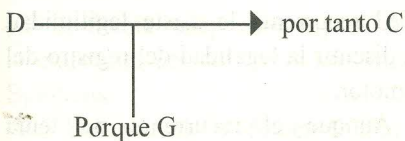
Las proposiciones que aquí se deben exponer no son hechos, sino reglas, principios, enunciados, etc., “que nos permitan realizar inferencias en lugar de agregar información adicional”<sup>63</sup>, los enunciados que se tienden de puente entre los datos o las razones y la conclusión, se caracterizan por ser de carácter general. Con un ejemplo<sup>64</sup> se puede resumir lo hasta aquí expuesto:

Harry es súbdito británico → pretensión (C)

Harry nació en Bermuda → datos o razones (D)

Quien nace en Bermuda es súbdito británico → garantía (G)

Con el modelo:



Respaldo (Backing (B)):

Si aún habiendo expuesto datos y garantías para sustentar cierta afirmación, “*quien la ha puesto en duda no ha quedado satisfecho, porque pone en tela de juicio no sólo un argumento en particular, sino la cuestión más general de la garantía*”<sup>65</sup>, deben esgrimirse otro tipo de argumentos en las que necesariamente descansan las garantías, y “*sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia*”<sup>66</sup>, Toulmin considera que el tipo de respaldo ofrecido a las garantías varían de un campo de argumentación a otro.

Cualificadores modales (Qualifiers (Q)):

Si las garantías no cumplen con el objetivo de que el interlocutor acepte la afirmación de manera incuestionable (usando el adverbio “necesariamente” en el argumento), se acude a un tipo de garantía que de manera provisional permite el paso de los datos a la conclusión, en esta clase de garantía se deben usar términos modales como: “probablemente”. Toulmin traza un ejemplo en el que plasma su teoría:

(W) Porque una persona nacida en Bermuda será generalmente súbdito Británico



(G) Harry nació en Bermuda

→ (C) Harry es súbdito Británico



(Q) Por tanto, presuntamente



(R) a menos que sus padres sean extranjeros o haya sido naturalizado americano

Manuel Atienza, por su parte, brinda un ejemplo de carácter jurídico que grafica lo escrito<sup>67</sup>:

B (el art. 930 del C.C)



W (los hijos tienen derecho a suceder a los padres)



Por tanto

G (X es hijo de Y) → Q (presumiblemente)

→ C (X tiene derecho heredar)



R (salvo que X incurra en causal de desheredación)

Análisis jurisprudencial

Sentencia 30711 de la Corte Suprema de Justicia (27 de mayo de 2009)<sup>68</sup>

El Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Fabián Prieto Silva en calidad de determinador por los delitos de homicidio en concurso con tentativa de homicidio y por el punible de porte ilegal de armas; el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión y éste acudió en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia arguyendo<sup>69</sup> manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación

de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia (causal prevista en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004)

## Problema jurídico

Determinar si en las resoluciones impugnadas existió un manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los fallos<sup>70</sup>.

## Ratio decidendi

La decisión de la Corte fue la de no casar la sentencia de segunda instancia y la ratio de la misma fue: toda vez que, de un lado, la vinculación del recurrente como posible responsable se realizó por una fuente independiente al registro del vehículo, y de otro, el fallo de constitucionalidad condicionada, a la fecha de la realización de las consultas a la base de datos del operador celular no había producido aun sus efectos, se puede concluir que a través de las providencias atacadas no se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los mismos.

## Análisis de estructuras argumentativas

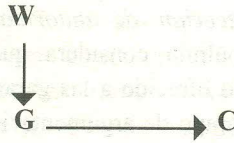
En el presente caso se observan varias estructuras argumentativas que serán graficadas; sin embargo, el análisis de fondo (justificación externa), se desarrollará solo sobre aquella fundamental para la decisión de cara a lo que se investiga; esto es, la que constituye la Ratio Decidendi de la misma respecto de la procedencia de una excepción a la regla de exclusión, en este caso, la fuente independiente (estructura argumentativa 3).

## Estructura Argumentativa 1

(C) Al recurrente le asiste legitimidad para discutir la legalidad del registro del automotor.

(G) Aunque el recurrente no tenía expectativa razonable de intimidad para alegar la ilegalidad del registro del vehículo automotor de servicio público en virtud de lo establecido en el artículo 231 de la ley 906 de 2004

(W) El debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable



## Estructura argumentativa 2

(C) La prueba consistente en la consulta selectiva a la base de datos de COMCEL no es ilícita.

(G) La consulta en la base de datos de COMCEL se efectuó antes del 9 de mayo de 2007.

(W) El control judicial a la práctica probatoria fue posterior a su realización, de conformidad con el artículo 244 de la Ley 906 de 2004.

(B) El artículo 244 de la ley 906 de 2004 para la fecha de la práctica probatoria imponía el deber del control judicial posterior y no previo, situación que varió con la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma a través de la sentencia C-336 de 2007.

## Estructura argumentativa 3

(C) La vinculación de Fabián Prieto Silva con la hipótesis investigativa proviene de

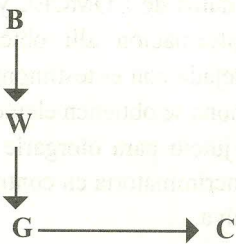
una fuente independiente al registro del automotor.

(G) La fuente independiente proviene de la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona.

(W) Del artículo 455 del Código de Procedimiento penal, así como de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional sobre la materia, específicamente en la sentencia C-591 de 2005, se desprende la facultad del juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, pudiendo arribar a la conclusión de que el vínculo causal se rompió en el caso concreto.

(B) La fuente independiente es una de las excepciones a la regla de exclusión.

Gráfico común a las estructuras 2 y 3:



Lo importante en este punto es determinar la argumentación que permite establecer por qué existe una fuente independiente:

### Análisis

El órgano jurisdiccional no ofrece una respuesta concreta al ataque dirigido por parte del recurrente en contra de las sentencias impugnadas en razón a la supuesta ilicitud del registro del vehículo automotor; en efecto, antes que abordar el tema, se encarga de establecer que la vinculación procesal del suplicante se debió a una fuente independiente al registro del mueble, aunque el análisis

efectuado por la Corte es de apreciar, es evidente que el tema que trata es diametralmente diferente al planteado por el señor Silva, de esta situación da cuenta la propia Corte:

En este orden argumentativo considera la Corte que aún, frente a una eventual ilegalidad de la diligencia de registro del automotor, la vinculación de PRIETO SILVA como posible responsable se realizó por una fuente independiente a la mentada pesquiza, como fue la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona; razón por la cual el ataque carece de la trascendencia suficiente para remover la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo<sup>71</sup>. (Subrayas fuera del original).

Tal y como se observa, la Corte se desvía del análisis y la argumentación que debió haber realizado respecto de si la prueba del registro del vehículo era o no ilícita, y por otra vía, solo dirigió sus argumentos a determinar que el condenado fue vinculado al proceso en razón a otras pruebas diferentes a la que eventualmente podría ser calificada de ilícita; es decir, la del registro del vehículo. Sobre la misma apreciación se puede afirmar que la Corte no cumplió con el principio de congruencia procesal, toda vez que decidió sobre una materia que no fue constitutiva de la censura del actor, si bien es cierto, lo fundamentado por parte del tribunal no puede ser objeto de reproche, ya que, efectivamente, existían otras pruebas en las que se sustentaban los fallos condenatorios diferentes a la pretendida ilícita de registro, ello no es óbice para enfatizar en la falta de técnica argumentativa en la que incurre la Corte Suprema en el caso sub examine.

De otra parte, se puede afirmar que la Corte Suprema de Justicia en este fallo no argumenta por qué razón el testimonio del señor Miranda Barahona es constitutivo de la excepción de fuente independiente; verdaderamente, la Corte da por sentado que ésta es una fuente independiente, y aunque lo que aquí se pretende no es aseverar que no lo sea, ésta nunca ofrece las razones por las cuales el testimonio del mencionado señor debe ser tenido en cuenta como tal, es decir, no enseña cómo esta prueba tiene la solidez suficiente al nivel de la que eventualmente podría ser declarada como ilícita como para adecuarse a la excepción a la regla de exclusión; en otros términos, el órgano jurisdiccional no justifica el paso a la conclusión o pretensión.

## Conclusiones

### 1. Estructura argumentativa interna (justificación interna):

Las estructuras argumentativas son lógicas de conformidad con lo observado ya que cumplen con las reglas tanto de las formas simples como las generales de argumentos de conformidad con la teoría de Alexy<sup>72</sup>.

### 2. Estructura argumentativa externa (justificación externa):

Si bien es cierto, solo se examinó la estructura argumentativa No 3; durante el mismo análisis se evidenció que las restantes dos estructuras gozan de racionalidad o que las premisas de estas pueden ser justificadas racionalmente. En lo que concierne a la estructura argumentativa No 3 (EA3), no se evidenció coherencia entre lo pedido por el recurrente y lo decidido por el

tribunal, de una parte, y por otra ; no quedó claro el paso utilizado por el juez colegiado a la pretensión (C) desde los argumentos que la sustentan (G) y (W) así las cosas, aunque la Ratio decidendi del caso<sup>73</sup> no puede ser calificada de plena irracionalidad (desde el punto de vista de sus premisas), si se puede puntualizar que contiene una argumentación falaz y que no cumplió con una argumentación suficiente y contundente para desatar el caso, debió haber recurrido a más razones (G), por ejemplo:

(G2) El testimonio del señor Miranda Barahona ofreció bajo las condiciones XYZ, datos que coincidían con los hallados en el curso de la investigación.

(G3) Una vez establecida la legalidad de la prueba de la consulta selectiva en la base de datos de COMCEL y con base en la información allí obtenida, siendo ella cotejada con el testimonio de Miranda Barahona se obtienen elementos suficientes de juicio para otorgarle toda la relevancia incriminatoria en contra del señor Prieto Silva.

(G4) Se constató mediante otros testimonios (de familiares de la occisa) que el señor Prieto Silva rondaba la casa de su exnovia y la de sus familiares en un taxi que describieron con características similares y vincularon mediante fotos con el abordado por los homicidas tras la comisión del ilícito.

Y debió haber otorgado por lo menos otro respaldo (B) tal y como:

(B2) Bajo las condiciones revisadas la entrevista del señor Miranda Barahona (y las demás pruebas analizadas) se adecúa a los parámetros de la excepción de la fuente independiente.

Por último, los argumentos del tribunal cumplieron en líneas generales con las reglas de la carga de argumentación de Alexy<sup>74</sup>, en ese sentido, se puede afirmar que la regla 3.3 fue cumplida a cabalidad al igual que la regla 3.1, de la cual no se hizo uso ya que en el caso estudiado la Corte no se apartó de la jurisprudencia por ella establecida, dispensando un trato igualitario en el caso a sus análogos anteriores, por último, si la regla 3.2 se puede eventualmente leer no frente a ataques a proposiciones sino a respuestas a temas no planteados, se puede aseverar que la Corte constitucional no cumplió con ella; en efecto ello es así, si la regla se puede variar a la forma:

3.2 Quien arguye frente a una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

3. Tipo de excepción a la regla de exclusión utilizada:

La excepción usada por la Corte es la de la fuente independiente, causal prevista en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, ello porque la misma Corte Constitucional así lo refiere en el fallo; otro aspecto distinto es el de si la Corporación cumplió con la carga de argumentación suficiente para concluir si la causal se configuraba.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. Teoría de la argumentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo (2ª edición). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales (2007).
- Allen, S., Hoffman y Livingston. Comprehensive criminal procedure (third edition). Aspen: Aspen Law & Business (2011).
- Armenta Deu, T. La prueba ilícita (un estudio comparado). Madrid: Editorial Marcial Pons. (2009).
- Atienza, M. Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica. (3ª reimpresión). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. (2007).
- Devis Echandía, H. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. (5ª edición) Bogotá: Editorial ABC (1995).
- Díaz Cabiale, JA y Martínez Morales, R. La teoría de la conexión de antijuricidad, en Estudios, Justicia democrática. Madrid: Editorial Trotta.
- Falcón, E. M. Tratado de la prueba. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma (2003).
- Ferrer Beltrán, J. La valoración racional de la prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons. (2007).
- Ferrer Beltrán, J. Prueba y verdad en el derecho. (2ª edición) Madrid: Marcial Pons (2005).
- Feteris, E., traducción: Alberto Supelano. Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. (1ª edición) Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia (2007)
- Manassero, MA. "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman" En Serna, Pedro (director). De la argumentación jurídica a la hermeneútica. (2ª edición) Granada: Editorial comares (2005).
- Manassero, M. A. La nueva Retórica de Chaïm Perelman y la tradición aristotélica, en actas del primer encuentro interdisciplinar sobre Retórica, Texto y Comunicación. Cádiz: Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz (1994).
- Parra Quijano, J. Manual de derecho probatorio. (14ª edición) Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, (2004).
- Pellegrini Grinover, A. Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica. Año 7, No. 10, septiembre de 1995, en PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. (14ª edición) Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA, (2004).
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie. Tratado de la argumentación: La nueva retórica. Madrid: Gredos (2009).
- Perelman, Ch. El imperio retórico, retórica y argumentación. Bogotá: Norma (2004).
- Perelman, Ch. Retórica y argumentación. (1ª reimpresión) Bogotá: Editorial norma. (2004).
- Taruffo, Me. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. (2ª edición). Madrid: Editorial Trotta. (2005).
- ..... Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis. (2006).
- ..... La prueba. Madrid: Editorial Marcial Pons. (2008).
- TOULMIN, St. E., El puesto de la razón en la ética. Madrid: Alianza. (1979).
- ..... Los usos de la argumentación. (1ª edición) Barcelona: Editorial Península (2007).

Viehweg, Th. Tópica y Jurisprudencia. Madrid: Taurus. (1964).

..... Tópica y jurisprudencia, traducción: Luis Díez Picazo. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch (2007).

**Sentencias:**

Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Expediente 30711 (27/05/2009), Bogotá, D.C.

Proceso n° 18103, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, M.P.: Edgar Lombana Trujillo, Aprobado Acta N°014 Bogotá, D. C. marzo dos (02) de dos mil cinco (2005).

Sentencia SU-159 de 2002 de la Corte Constitucional M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Constitución Política de Colombia de 1991 (promulgada el 4 de julio de 1991).

Acto Legislativo de Colombia No 03 del 20 de diciembre de 2002.

Ley 906 de 2004 de Colombia publicada en el Diario Oficial No. 45.657 de Agosto 31 de 2004



## REFERENCIAS

- 1 Cfr. Sentencia SU-159 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda. Corte Constitucional.
- 2 *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*
- 3 Da cuenta de esa situación la clasificación también confeccionada por la Corte Suprema de Justicia en una providencia respecto de las pruebas que deben ser excluidas cuando son aducidas en el curso de un proceso jurisdiccional, en efecto, en sentencia de Sala de Casación Penal, del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.: “*Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas (.....) La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales*”
- 4 Taruffo (2005) : 347.
- 5 *Ibid*: 363.
- 6 Ferrer Beltrán (2007): 80. La justificación de la regla de exclusión no es, en esos casos, sólo una cuestión de racionalidad teleológica. Tiene también un aspecto valorativo de gran importancia. Se trata de la ordenación de los valores que permita decidir por uno o por otro en caso de conflicto. Y ésta ya no es una cuestión de racionalidad sino valorativa.
- 7 *Ibid*: 80: El legislador deberá adoptar una decisión respecto de la ordenación de los valores en conflicto y esa decisión sólo podrá ser juzgada desde patrones valorativos.
- 8 Alexy (2007): 181: “*la historia de la ciencia o del Derecho procesal, por ejemplo, muestra que la práctica usual en un determinado momento no sólo no es la única posible, sino que tampoco tiene por qué ser la mejor*”. Significa esto que no siendo el derecho más que una ciencia creada sobre la base de la argumentación y la realidad cambiante, no se puede sin más, cerrar la puerta a discusiones racionales que pretendan plantear y motivar una posición diferente de la aceptada por la generalidad o la escogida por los legisladores.
- 9 *Ibid*: 44: “*Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna....* “
- 10 *Op Cit*: 24.
- 11 Taruffo, *Op. Cit.*: 38.
- 12 Alexy, *Op. Cit.*: 179
- 13 Ferrer Beltrán, *Op. Cit.*: 30.
- 14 Ferrer Beltrán, *Op. Cit.*: 30.
- 15 Alexy, *Op. Cit.*: 279.
- 16 Taruffo, *Op. Cit.*: 87.
- 17 Taruffo, *Op. Cit.*: 71.
- 18 Ferrer Beltrán, *Op. Cit.*: 77.
- 19 Taruffo, *Op. Cit.*: 364
- 20 Alexy, *Op. Cit.*: 279.
- 21 Alexy, *Op. Cit.*: 177.
- 22 Alexy, *Op. Cit.*: 213.
- 23 Alexy, *Op. Cit.*: 138.
- 24 El problema planteado en la investigación fue: ¿Cuáles son las estructuras argumentativas empleadas en la decisión judicial sobre la admisión de la prueba ilícita, específicamente en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004?.
- 25 En razón del poco espacio disponible, no se relacionan aquí cada una de los planteamientos y teorías expuestas por los principales exponentes de la argu-

mentación jurídica, tal y como si se realizó en la investigación.

- 26 Toulmin (2007).
- 27 Perelman Op. Cit. (2004).
- 28 Viehweg (2007).
- 29 Atienza (2007): 29.
- 30 Alexy Op. Cit.: 110 A 142.
- 31 *Ibid.*: 205
- 32 Alexy Op. Cit.: 30
- 33 Bverfg E 34, 269 (287), En Alexy Op. Cit.: 44.
- 34 Manassero En: Serna (2005): 39.
- 35 Atienza Op. Cit.: 84.
- 36 Atienza Op. Cit.: 107.
- 37 Atienza Op. Cit.: 216.
- 38 Feteris Op. Cit.: 20.
- 39 Alexy Op. Cit.: 96.
- 40 Alexy Op. Cit.: 278.
- 41 Alexy Op. Cit.: 19.
- 42 Feteris Op. Cit.: 28.
- 43 Feteris Op. Cit.: 32.
- 44 Por efectos espaciales y prácticos no se mencionan elementos esenciales de la investigación respecto de la prueba ilícita, tales como su referencia histórica en el common law, el tratamiento de la misma en algunos ordenamientos jurídicos, las clases de prueba ilícita, las excepciones generales a la regla de exclusión en Estados Unidos y España, y la regulación normativa y jurisprudencial de la prueba ilícita en Colombia.
- 45 En Colombia por ejemplo, la regla se encuentra estipulada en el artículo 29 de la Constitución Política en los siguientes términos: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Y es casi que transcrita en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, adicionándole la regla de exclusión para pruebas derivadas del siguiente modo: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
- 46 Armenta Deu (2009): 20. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.
- 47 Véase Armenta Deu. *Ibid* (2009): 21. En donde refiere disposiciones del derecho alemán, francés, belga, español y portugués.
- 48 En donde el ejercicio de la función investigativa se encuentra en cabeza de la policía, función que adelanta discrecionalmente.
- 50 Si bien es cierto, en el derecho romano se hallan las primeras aplicaciones del principio de legalidad, su origen concreto se observa en la Carta Magna de 1215, en la que se lee en su artículo 48: “nadie podrá ser arrestado, apisionado ... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país” y con posterioridad se plasma en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en los artículos 5 y 8, conduciendo de este modo a la universalidad del principio, por lo general concretado en las Constituciones de cada Nación; y aunque es innegable que en países del Common law como Estados Unidos, el principio goza de plena efectividad y encuentra consagración constitucional, no es menos cierto que éste no fundamenta la regla de exclusión, tal y como se verá adelante; de un lado, y por el otro, el sistema penal norteamericano no propende por la búsqueda de la verdad, siendo muestra de ello que el 95% de los casos termina con una negociación entre la fiscalía y el imputado en la que el último acepta su responsabilidad penal, aun cuando no haya cometido el ilícito (Plea of guilty), toda vez que afrontar un juicio es sumamente costoso, tal y como lo asevera el profesor Michele Taruffo En: TARUFFO. En: especialización en derecho procesal contemporáneo, impartido en la Universidad de Medellín los días 24, 25 y 26 de Febrero de 2011.

- 51 Armenta Deu. Op Cit.: 30. de 1996
- 52 Armenta Deu. Op Cit.: 31.
- 53 Armenta Deu. Op Cit.: 22.
- 54 Díaz Cabiale. En: Estudios, Justicia Democrática: 39.
- 55 Ellegrini Grinover (1995): 22. En: Parra Quijano (2004): 27.
- 56 Parra Quijano (2004): 23.
- 57 Devis Echandía (1995): 539.
- 58 Falcón (2003): 770.
- 59 No es éste el único autor que ofrece una estructura argumentativa, Manuel Atienza, de igual modo aporta una muy interesante estructura para abordar los análisis jurisprudenciales, también resulta relevante anotar que la estructura básica de justificación interna y justificación externa es de recibo por parte de la mayoría de teóricos sobre la materia. Merece especial mención la estructura de Toulmin, ya que ella fue la usada para realizar el análisis jurisprudencial.
- 60 Toulmin, Op Cit.: 132.
- 61 Toulmin, Op Cit.: 133.
- 62 Atienza. Op. Cit.: 84.
- 63 Toulmin. Op Cit.: 134.
- 64 Presentado Por Toulmin En: Toulmin. Op Cit.
- 65 Toulmin. Op Cit.: 140. P.: 135.
- 66 Toulmin. Op. Cit.: 140.
- 67 Atienza. Op. Cit.: 88.
- 68 En Colombia solo se encontró esta providencia adecuada a los parámetros de investigación, esto es, que admitiera las pruebas ilícitas, por el contrario, en la prueba piloto realizada en España se halló un sinnúmero de sentencias, circunstancia que permitió un análisis mucho más profundo de las estructuras argumentativas; los hechos relevantes de este caso son: El 19 de enero de 2007, NÉSTOR ORLANDO MIRANDA BARAHONA y su esposa LEIXER FORERO SASTOQUE, quien se encontraba en estado de embarazo, se dirigieron al Barrio Carvajal de esta ciudad, en el que ésta última debía cumplir una cita. Cuando el vehículo en que se movilizaban se encontraba en la Calle 37 F Sur, frente al número 72 J 19, LEIXER descendió para localizar la dirección a la que se dirigía. No obstante, en ese momento se acercó un individuo y le propinó dos disparos de arma de fuego; luego, fue hasta el vehículo y le hizo dos disparos a NÉSTOR ORLANDO, uno de los cuales impactó en su humanidad; después, regresó al lugar en el que yacía LEIXER y le propinó dos disparos más y, finalmente, se dirigió a un lugar aledaño en el que, con la puerta trasera izquierda, abierta, lo esperaba un taxi en el que abandonó el lugar. LEIXER falleció de inmediato, en tanto que NÉSTOR ORLANDO sobrevivió. No obstante lo impactante de la secuencia, este último tuvo los arrestos suficientes para anotar en la palma de su mano la placa del taxi en que huyeron los implicados, la que le fue suministrada por una pareja que se había percatado de ese dato. Con base en tal información se desencadenó una investigación que permitió localizar al sicario, a un taxista y a otro sujeto -JAIRO ALBERTO RAIGOZA GRAJALES, CARLOS ORIOL ALVIS NUNO y FABIÁN PRIETO SILVA, respectivamente-. El primero aceptó cargos y hoy se encuentra condenado por homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas, en tanto que los dos restantes fueron condenados en este proceso, en primera instancia, como coautores de esos hechos.
- 69 Fundamento de la impugnación. Se acusa la sentencia por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción de la prueba sobre la cual se fundamentó el fallo, relacionada específicamente con el registro de un automotor, y con la búsqueda selectiva en la base de datos de COMCEL, lo cual condujo, a la aplicación indebida de los artículos 27, 31, 104 y 365 del Código Penal. El registro del vehículo fue practicado sin la expedición previa de orden escrita impartida por el fiscal en los términos del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, y sin la autorización que alternativamente

hubiera podido expresar el tenedor del automotor, por lo que se tornó en ilegal dicho hallazgo y por tanto no susceptible de ser valorado por el juez. Siendo irrefutable la inexistencia de la orden escrita de registro impartida por el fiscal, el recurrente dedicó su esfuerzo a examinar los eventos en que el artículo 230 de la Ley 906 de 2004 exceptúa la exigencia de la referida orden, deteniéndose en el numeral 1º, frente al cual argumentó que en la medida que el automotor se encontraba arrendado al acusado Carlos Oriol Alvis Nuno, era éste el único con legitimidad y capacidad para autorizar el respectivo cacheo, y no su propietario Néstor Fernando Contreras Mora, con cuyo consentimiento, finalmente se realizó, con los resultados ya anotados. Señaló que el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba no se quedó allí sino que se extendió a la ausencia del control judicial de la diligencia de registro, la cual debió producirse dentro de las veinticuatro horas siguientes, según lo ordenado en los artículos 250.2 de la Constitución Política y 237 de la Ley 906 de 2004; para concluir que estas falencias contagiaron de ilegalidad tanto el registro como el hallazgo obtenido y todo lo que de allí se derivó, concretándose así el primer ataque contra el fallo. También censuró el libelista la búsqueda selectiva en bases de datos de COMCEL con la que se logró comprobar que existió comunicación fluida entre el supuesto determinante de las conductas punibles objeto de juzgamiento, señor FABIÁN PRIETO SILVA, y el señor CARLOS ORIOAL ALVIS NUNO, conductor arrendatario del taxi, y quien supuestamente transportó a Jairo Alberto Raigoza Grajales —el que aceptó ser ejecutor material del atentado del que fueron víctimas los esposos Leixer Forero Sastoque y Néstor Armando Miranda Barahona— además de esperarlo mientras lo perpetraba para facilitar la huida y por tanto asegurar la impunidad de sus delitos. El cuestionamiento a tal actividad de investigación realizada el 20 de marzo de 2007, “búsqueda selectiva en bases de datos”, lo sustenta el impugnante en que para su práctica no medió autorización previa del juez de control de garantías, como se ordena en la sentencia C-336 de 2007, en la que se declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 14 y 244 del Código de Procedimiento Penal; lo cual también contagió de ilegalidad a los elementos probatorios allegados a la investigación; por lo que no podían ser valorados por el juez, ni menos ser fundamento de la condena de PRIETO SILVA. Precisó, además, que no es que se esté pretendiendo la aplicación retroactiva de la sentencia de constitucionalidad, como se manifestó en el fallo de segundo grado, por dos razones: primero porque dicha providencia lo único que hizo fue ratificar un mandato que ya constaba en el numeral 3º del artículo 250 constitucional; y, en segundo término, porque las pruebas sólo alcanzan tal condición cuando son sometidas a la contradicción e inmediatez, en el juicio (artículos 377 y 379 del C. de P.P.), y para cuando dichos hallazgos se convirtieron en prueba por medio de los testimonios de introducción en la vista pública (de Diego Armando Álvarez Cardozo, funcionario de Policía Judicial, y Carlos Parada Lozano, empleado de COMCEL), ya la sentencia de constitucionalidad que condicionaba la validez de dichos actos de investigación era conocida, por cuanto fue proferida el 9 de mayo, y el juicio se inició el 9 de agosto de 2007.

- 70 Estas fueron las consideraciones de la Corte circunscritas de manera exclusiva a la ilegalidad del registro del vehículo automotor: La vinculación de Fabián Prieto Silva con la hipótesis investigativa proviene de una fuente independiente al registro del automotor. Al respecto conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Política señala que *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*, mandato que, en sede del sistema adversarial, es desarrollado en los artículos 23 y 455 de la Ley 906 de 2004. Este contexto normativo otorga al juez la posibilidad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales, tal como lo admitió la Corte Constitucional (sentencia C-591 de 2005). La normatividad vigente otorga al juez la posibil-

idad de ponderar a la hora de decidir sobre la exclusión de pruebas obtenidas como consecuencia de procedimientos ilegales. Por eso, al analizar la viabilidad de la exclusión pretendida por el casacionista, resulta oportuno destacar que la primera mención de la posible participación de PRIETO SILVA con los hechos delictivos materia de la investigación, surgió desde los albores de la indagación, pues a las pocas horas del atentado, Miranda Barahona relató al investigador lo siguiente: a) que el único enemigo que tenía su esposa era su ex novio Prieto Silva, b) que la asediaba insistentemente con amenazas de causarle daño por medio de un escándalo, a tal punto que recientemente ella le había formulado una querrela por tal razón; c) que rondaba en un taxi el lugar de habitación de varios de sus parientes; d) que minutos antes de su asesinato recibió una llamada de él, lo que la molestó mucho; e) que minutos después del homicidio, él -Miranda Barahona-, que conservó el celular de su esposa, recibió una llamada de alguien que se identificó como Fabián Prieto Silva, preguntando por ella; información suficiente para vincularlo desde ese mismo momento como posible autor o partícipe de tales hechos, a una hipótesis criminal a partir de identificar un móvil pasional; la cual estaba en la obligación de ser investigada por la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 250 de la Carta Política y 207 de la Ley 906 de 2004. Lo anterior, con fines de demostrar que para la vinculación de Prieto Silva con la hipótesis delictiva resultaba suficiente la entrevista rendida por Miranda Barahona desde el centro asistencial, por lo que en nada incidía en su situación procesal la diligencia de registro del vehículo de servicio público conducido regularmente por Carlos Alvis, por cuanto al margen de tal actividad existe suficiente prueba para fundamentar su condena. En este orden argumentativo considera la Corte que aún, frente a una eventual ilegalidad de la diligencia de registro del automotor, la vinculación de PRIETO SILVA como posible responsable se realizó por una fuente independiente a la mentada pesquisa, como fue la entrevista del sobreviviente Miranda Barahona; razón por la cual el ataque carece de la trascendencia suficiente para remover la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo.

71 Cfr. Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Expediente 30711 (27/05/2009), Bogotá, D.C.

72 Forma simple: (J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Forma general: (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un Z, hay que aducir una regla que decida la cuestión. (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. (J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

73 Toda vez que la vinculación del recurrente como posible responsable se realizó por una fuente independiente al registro del vehículo, se puede concluir que a través de las providencias atacadas no se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundaron los mismos.

74 (3.1.) Quien pretende tratar a una persona X de modo distinto de una persona Z, está obligado a fundamentarlo. (3.2.) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello. (3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos. (3.4.) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.