



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA  
Relatoría

---

EXCLUSIÓN DE PRUEBAS/ Prueba ilegal / Prueba ilícita ...“La cláusula de exclusión se extiende a los actos de investigación y a los actos probatorios y cuando se aplica apareja consecuencias jurídicas diversas tratándose de (i) prueba ilegal sustancial (ii) prueba ilícita nula por vulneración de derechos fundamentales y (iii) prueba ilícita obtenida mediante perpetración de crímenes de lesa humanidad.

(i) La prueba ilegal cuando es excluida como consecuencia del irrespeto trascendente a lo previsto legalmente para el recaudo, aducción o aporte al proceso, proyecta sus efectos a los medios de pruebas derivados siempre se acredite una relación inescindible entre ésta y el mismo, con capacidad de lesionar la misma garantía<sup>1</sup>, efecto que se conoce como espejo o dominó, consagrado en el inciso 2º del artículo 23 del C. de P.P<sup>2</sup>, condicionado los criterios del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, esto es la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable<sup>3</sup>.

(ii) En relación a la prueba ilícita cuando afecta derechos esenciales del individuo como la dignidad humana, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, entre otros, su ineficacia no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico y se extiende a todos los medios de convicción que de ella deriven, efecto dominó igualmente condicionado a los criterios del artículo 455 de la Ley 906 de 2004. Cuando la prueba ilícita se obtuvo sometiendo a la persona a torturas, desaparición forzada o ejecución extrajudicial imputable a agentes del Estado, invalida el proceso penal. Es decir, el juez de conocimiento debe declarar la nulidad de lo todo actuado, excluye la prueba ilícita junto con las derivadas y como su imparcialidad queda comprometida, debe declararse impedido y remitir la causa penal a otro juez distinto...”

## INTERLOCUTORIO 056

### TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

### SALA PENAL

---

<sup>1</sup> Cfr. CSJ.AP. Rad. 32193 del 21 de octubre de 2009

<sup>2</sup> ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. 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.

<sup>3</sup> ARTÍCULO 455. NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Radicación: 2019-0194  
Procesado: Pedro Miguel Alba Galindo  
Delito: Concusión, prevaricato por omisión, hurto calificado y agravado

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 128 de octubre 11 de 2019, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, octubre veintiuno (21) de dos mil diecinueve (2019). Hora: nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.).

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto y oportunamente sustentado por la defensa del procesado Pedro Miguel Alba Galindo contra la decisión adoptada por el Juez Cuarto Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Tunja durante la audiencia de juicio oral que negó el uso de una entrevista para impugnar credibilidad.

## HECHOS

La Fiscalía en el acto de acusación adujo que el 15 de junio de 2012 en Samacá, vereda Chorro Alto, el gerente de la Empresa "Carbones Andinos S.A.S" denunció que el 20 de abril de 2012 fueron hurtados 2 equipos de ASH PROBE de las instalaciones de esa empresa, evaluados cada uno en 75

millones de pesos. Ese día laboró Viviana Zsemelveist hasta las 7 de la noche y Jorge Octavio Martínez quien asumió las funciones de vigilante.

El 5 de julio siguiente Viviana Zsemelveist y Jorge Octavio Martínez informaron de unos elementos hurtados a Leonel Muñoz Méndez, jefe de planta. Los agentes de policía Pedro Miguel Alba Galindo y funcionarios del CTI llegaron a las instalaciones de la empresa Carbones Andinos S.A.S Y verificaron que para sustraer los equipos hurtados fue violentada una ventana para ingresar al sitio donde se encontraban los equipos; *"esto porque las llaves del lugar que fueron entregadas previamente por la funcionario de la empresa de Carbones Andinos, Viviana Zsemelveist al supervisor de la empresa de vigilancia Serviboy, Jorge Octavio Martínez y este a los autores intelectuales, Ricardo Bernal alias el teniente, José Samuel Buitrago alias Gacha y Pedro Miguel Alba Galindo alias Albita, no funcionó debido a que se trató de un duplicado mal elaborado, el cual intentaron utilizar el día anterior a la consumación del hurto"*.

La empresa Carbones Andinos le anunció a la empresa de vigilancia la suspensión del contrato hasta que los equipos fueran recuperados o se efectuara el pago de los mismos, circunstancia que originó que el gerente Carlos Waked delegara a Jorge Octavio Martínez para manejar dicha situación.

De otra parte, el ingeniero de la empresa Carbones Andinos Camilo Cárdenas López, ofreció recompensa de 5 millones de pesos en los medios de comunicación a quien suministrara información sobre los autores del hurto.

La investigación la adelantó la Fiscalía 17 Seccional Tunja, radicado 2012-03199, contra lo autores materiales Arley Aníbal Castiblanco alias Chiqui,

Duvar Orlando Jiménez Caballero alias Tamal<sup>4</sup> y Juan de Jesús Montoya; autoridad que ordenó compulsar copias contra Pedro Miguel Alba Galindo (Alba), comandante de la estación de policía de Samacá, y los particulares José Samuel Buitrago (Gacha); Ricardo Bernal (el teniente) y Jorge Octavio Martínez, por extorsión a las víctimas.

Se estableció que Pedro Miguel Alba Galindo, comandante de la estación de policía de Samacá, estando de turno, hizo presencia en el lugar de los hechos después de conocer su ocurrencia, inspeccionó el lugar, buscó evidencia y contactó a las víctimas (Carbones Andino y Serviboy), no obstante que “la indagación” no le correspondía.

Ocho (8) días después del hurto, Pedro Miguel Alba Galindo se contactó con Carbones Andino y Serviboy para informarles que los equipos hurtados estaban en Tunja, sin indicar el lugar donde se encontraban y esa información se la ocultó a la Fiscalía 17 Seccional de Tunja, encargada de la investigación.

A los 15 días nuevamente se contactó con Serviboy y les informó que desconocidos le solicitaron 60 millones de pesos por devolver los equipos, suma que se negaron a pagar porque esos equipos no eran de fácil venta, debido a que solo le servían a la empresa.

Transcurrido un mes, nuevamente Pedro Miguel Alba se contactó con las víctimas para decirles que quienes tenían los equipos vendían uno en 25 millones de pesos. Las directivas de Serviboy autorizaron a Pedro Miguel Alba pagar 20 millones y la empresa Carbones Andinos se comprometió a recuperar el otro equipo.

---

<sup>4</sup> A quien se le recibió entrevista dentro del radicado 150016000132201303199 con pleno conocimiento de su condición de indiciado.

Jorge Octavio Martínez en representación de Serviboy negoció con el jefe de la SIJÍN Pedro Miguel Alba Galindo la devolución del primer equipo previa constatación de su estado de funcionamiento y si había sufrido algún daño no cancelaría la suma acordada y Pedro Miguel Alba Galindo impuso la condición de devolver el equipo a los ladrones si llegaba a fallar.

Ante ese compromiso Alberto Waked, gerente de Serviboy, consignó 20 millones de pesos a su supervisor para que los entregara al jefe de la SIJIN Pedro Miguel Alba Galindo y la empresa Carbones Andinos recibió el primer equipo.

El 26 de octubre del 2012 el patrullero de la Estación de Policía de Samacá Jones Linares Triana informó mediante oficio a la fiscalía 17 seccional de Tunja que uno de los equipos hurtados había sido recuperado y entregado a la empresa Carbones Andino S.A.S.

Estando pendiente el pago de 20 millones de pesos del primer equipo entregado por Pedro Miguel Alba Galindo, este requirió a los servidores de la empresa Serviboy para negociar la entrega del segundo equipo y les exigió 40 millones de pesos por los dos aparatos.

La empresa de vigilancia Serviboy, representada por Jorge Octavio Martínez para negociar, interesada en recuperar el segundo equipo negoció con el jefe de la SIJIN Pedro Miguel Alba Galindo un pago total de 37 millones de pesos cuando fuera entregado el segundo equipo, propuesta que aceptó Alba Galindo bajo la condición de que si la empresa no cumplía con el pago, Serviboy debía devolver a los ladrones el primer equipo ya recuperado. Posteriormente Pedro Miguel Alba modificó la negociación y se le entregó anticipadamente los primeros 20 millones, sin recibir el segundo equipo.

Alberto Waked giró a Jorge Octavio Martínez 17 millones de pesos para que adelantara las gestiones correspondientes y supervisara la entrega de los equipos y delegó también a Ignacio Álvarez, empleado de la empresa de vigilancia, "*para lo del dinero*".

Pedro Miguel Alba Galindo recibió los 17 millones y entregó el segundo equipo.

Se estableció que los dos equipos fueron llevados a la residencia de Duvar Orlando Jiménez Caballero, alias Tamal, en el barrio el Jordán de Tunja, y luego de varios intentos por comercializarlos, aún con Carboneros de Samacá, fueron llevados a Samacá y dejados a guardar en la tienda de Flor María Martínez Chillón y allí Jorge Octavio y Pedro Miguel Alba Galindo, los reclamaron.

Perfeccionadas las entregas de los equipos y el dinero, Pedro Miguel Alba les manifestó a las personas que intervinieron en la negociación "*que nadie vaya a saber porque me joden a mí por haber intermediado esta negociación y de pronto los joden a ustedes y a ustedes lo que les interesa es recuperar los equipos, yo soy funcionario de la SIJIN, pero estoy intermediando con los delincuentes y ustedes*", advertencia con la que Pedro Miguel amenazó a los presentes.

Los autores materiales del hurto Arley Aníbal Ramírez Castiblanco, alias chiqui; Duvar Orlando Jiménez Caballero y Juan de Jesús Montoya Martínez señalaron a José Samuel Buitrago (Gacha); Ricardo Bernal Villa (teniente) y a Pedro Miguel Alba Galindo (Albita) como las personas que planearon el hurto.

Pedro Miguel Alba Galindo quien se desempeñaba como miembro de la SIJIN de la Policía Nacional y como jefe de la Unidad Básica de

Investigación Criminal de Samacá (Boyacá), intentó justificar las razones por las cuales no dio información oportuna sobre los responsables del hurto a través del oficio del 4 de enero de 2013 dirigido a la Fiscalía 17 Seccional de Tunja.

De los 37 millones recibidos los autores materiales no recibieron participación y los autores intelectuales los utilizaron para adquirir una volqueta en la ciudad de Bogotá.

## ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de mayo de 2018 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Sogamoso, la Fiscalía imputó a Pedro Miguel Alba Galindo como coautor el punible de Hurto Agravado y Calificado, en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de concusión.

El 19 de julio de 2018 la Fiscalía presentó escrito de acusación y el 30 de agosto de 2018 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Tunja celebró audiencia de acusación, vista pública en la que la Fiscalía adicionó el escrito de acusación y descubrió a la defensa, entre otros elementos de prueba, la entrevista rendida por Duvar Orlando Jiménez Caballero<sup>5</sup>.

En audiencia preparatoria del 5 de octubre de 2018 la juez de primera instancia decretó, entre otros testimonios, el de Duvar Orlando Jiménez Caballero.

El juicio oral se instaló el 8 de febrero de 2019. En esa vista pública Duvar Orlando Jiménez Caballero, indiciado dentro de la investigación 1500160001322018-01299 adelantada por la Fiscalía 17 por los mismos

---

<sup>5</sup> Audiencia del 30 de agosto de 2018 Archivo 2013-00054. Record: 09:07

hechos de esta causa penal, renunció a su derecho a guardar silencio y declaró como testigo de la fiscalía.<sup>6</sup>

Dentro del contrainterrogatorio<sup>7</sup> la defensa solicitó autorizar el uso de la entrevista practicada a Duvar Orlando Jiménez Caballero el 22 de enero de 2016 para impugnar credibilidad<sup>8</sup>, oponiéndose el abogado que acompañaba al testigo, porque el deponente en esa diligencia no estuvo asistido por un abogado a pesar de su calidad de indiciado, desconociendo el debido proceso.

Previo traslado a la partes, oportunidad en que la fiscalía coadyuvó la petición, la Juez rechazó el uso de la entrevista rendida por Duvar Orlando Jiménez Caballero por ilegalidad debido a que no se practicó con la asistencia de un abogado, desconociéndose el derecho al debido proceso<sup>9</sup>. La defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

## DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

### 1.- De la providencia impugnada.

El Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Tunja negó el uso el de la entrevista practicada a Duvar Orlando Jiménez Caballero porque desde el principio estuvo vinculado al proceso como indiciado y su declaración debió ser recibida como interrogatorio y no como entrevista.

### 2.- Del motivo de impugnación.

---

<sup>6</sup> Record: 08:24. Archivo "20190208\_14081

<sup>7</sup> Record: 40:20. Archivo "20190208\_14081

<sup>8</sup> Record: 1:05:07. Archivo "20190208\_14081

<sup>9</sup> Record: 1:20:16 Archivo "20190208\_14081

Inconforme con la decisión el abogado de la defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación<sup>10</sup> para obtener la revocatoria de la providencia que negó el uso de la entrevista captada al testigo Duvar Orlando Jiménez Caballero.

Adujo que la fiscalía descubrió como elemento material de prueba una entrevista del 22 de enero 2016 recibida a Duvar Orlando Jiménez Caballero en la que si bien no fue asistido por un abogado, esa entrevista podría tenerse como un testimonio adjunto para impugnar credibilidad, porque lo expuesto en juicio oral riñe con lo declarado en esa oportunidad.

No permitir el uso de la entrevista vulnera los derechos de defensa material del enjuiciado.

### 3.- Intervención de los no recurrentes.

3.1.- La Fiscalía<sup>11</sup> solicitó la confirmación de la decisión porque la defensa no la atacó y solo esbozo una apreciación subjetiva.

### 3.2.- Ministerio Público<sup>12</sup>.

En su sentir, el no permitir el uso de la entrevista rendida por el testigo podría vulnerar el derecho de defensa del enjuiciado. En este caso, el documento fue descubierto por la fiscalía y el declarante, si bien tiene la condición de indiciado en otro proceso, este no se adelanta contra del testigo y se trata de una declaración previa, independiente de su calidad o si estuvo asistido o no por un abogado.

---

<sup>10</sup> Record: 1:21:07 Archivo "20190208\_14081

<sup>11</sup> Record: 1:26:26 Archivo "20190208\_14081

<sup>12</sup> Record: 1:27:16 Archivo "20190208\_14081

Además si el medio usado para refrescar memoria o impugnar credibilidad es ilícito, es discusión que debió zanjarse en la audiencia preparatoria y le asiste razón a la defensa para usar la entrevista rendida por el testigo.

## DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Negó la reposición porque el proceso penal no puede fundamentarse sobre la violación de derechos fundamentales. Al iniciar la audiencia de juicio oral se advirtió que el testigo es coprocesado en el mismo asunto pese a la ruptura procesal y por ese se le permitió el ingreso de su abogado para que lo acompañara.

No puede fundamentar su decisión en un documento ilegal porque el CTI desconoció los derechos fundamentales que el asistían al testigo y no puede ser usado para impugnar credibilidad porque contaminaría el conocimiento del juez al valorar las exposiciones previas al juicio oral como prueba.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Conforme a los factores territorial y funcional insertos en los artículos 34, 42 y ss. de la Ley 906 de 2004 corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la determinación adoptada por el Juez Cuarta Penal del Circuito de Tunja que negó el uso de una entrevista rendida por fuera de juicio de oral, por tratarse de elemento material de prueba obtenido con violación al debido proceso.

Para resolver esta problemática la Sala estudiará en primer lugar la exclusión de pruebas ilícitas o ilegales.

Acorde con el artículo 29 constitucional es nula de pleno derecho *"la prueba obtenida con violación del debido proceso"*. El artículo 23 del C. de P.P. en armonía con ese mandato constitucional dispuso en relación con las pruebas ilícitas que *"toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal"*; mientras que respecto a las pruebas ilegales, en el artículo 360 consagró 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"*.

Esta regla de exclusión constitucional y legal aplica diferente para las pruebas ilícitas y las ilegales. Tratándose de la prueba ilegal, el desconocimiento a las reglas dispuestas para la obtención, practica y aducción debe ser de carácter sustancial, pues no cualquier irregularidad acarrea la exclusión del elemento de convicción.

Por lo tanto, para aplicar la regla de exclusión por prueba ilegal, el juez debe ponderar: (i) si el requisito pretermitido era esencial y (ii) si ese desconocimiento era trascendental para el debido proceso:

*"Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación, en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión" (Cfr. CSJ. SP 12158-2016, rad. 45619 del 31 de agosto de 2016).*

En la jurisprudencia enunciada se declaró irregular el recaudo producido por fuera del territorio nacional de unos archivos electrónicos porque las autoridades que efectuaron ese procedimiento no contaban con las facultades de policía judicial. Como se apartaron no solamente de la Constitución Política de Colombia sino también de los Convenios de Cooperación Judicial y Asistencia, se quebrantó el principio de legalidad y el debido proceso. En ese caso la irregularidad fue sustancial y se aplicó la regla de exclusión tanto para los elementos materiales probatorios informáticos recaudados como los derivados de aquellos.

En relación a las pruebas ilícitas se insiste que la exclusión está estrechamente ligada a la vulneración de derechos de rango fundamental, esto es a la ilicitud de la prueba y no solo a su ilegalidad (Art. 360 de la Ley 906 de 2004).

Como ejemplo, doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como su génesis los siguientes eventos:

- (i) *Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).*
- (ii) *Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales*

*(art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).*

*(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).” (CSJ. SP. 32193 del 21 de octubre de 2009)*

La cláusula de exclusión se extiende a los actos de investigación y a los actos probatorios y cuando se aplica apareja consecuencias jurídicas diversas tratándose de (i) prueba ilegal sustancial (ii) prueba ilícita nula por vulneración de derechos fundamentales y (iii) prueba ilícita obtenida mediante perpetración de crímenes de lesa humanidad.

(iii) La prueba ilegal cuando es excluida como consecuencia del irrespeto trascendente a lo previsto legalmente para el recaudo, aducción o aporte al proceso, proyecta sus efectos a los medios de pruebas derivados siempre se acredite una relación inescindible entre ésta y el mismo, con capacidad de lesionar la misma garantía<sup>13</sup>, efecto que se conoce como espejo o dominó, consagrado en el inciso 2º del artículo 23 del C. de P.P<sup>14</sup>,

---

<sup>13</sup> Cfr. CSJ.AP. Rad. 32193 del 21 de octubre de 2009

<sup>14</sup> ARTÍCULO 23. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. 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.

condicionado los criterios del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, esto es la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable<sup>15</sup>.

(iv) En relación a la prueba ilícita cuando afecta derechos esenciales del individuo como la dignidad humana, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, entre otros, su ineficacia no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico y se extiende a todos los medios de convicción que de ella deriven, efecto dominó igualmente condicionado a los criterios del artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

(v) Cuando la prueba ilícita se obtuvo sometiendo a la persona a torturas, desaparición forzada o ejecución extrajudicial imputable a agentes del Estado, invalida el proceso penal. Es decir, el juez de conocimiento debe declarar la nulidad de lo todo actuado, excluye la prueba ilícita junto con las derivadas y como su imparcialidad queda comprometida, debe declararse impedido y remitir la causa penal a otro juez distinto:

*“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o*

---

<sup>15</sup> ARTÍCULO 455. NULIDAD DERIVADA DE LA PRUEBA ILÍCITA. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

*necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto” (C-591 de 2005, Corte Constitucional).*

Para aplicar la cláusula de exclusión de pruebas derivadas de pruebas ilegales por irregularidades sustanciales e ilícitas, se deben considerar los criterios de fuente independiente, vínculo atenuado, descubrimiento inevitable y demás consagrados en la ley, -art. 455 de la Ley 906 de 2004- atendiendo a las siguientes consideraciones:

(i) El criterio de vínculo atenuado exige constatar si el nexo de causalidad entre la prueba ilícita primaria era necesario o esencial para obtener la prueba derivada o secundaria, es decir si la existencia de esta última se justifica en razón a la existencia de la primera. Si la respuesta es afirmativa, la prueba objeto de estudio deberá ser excluida.

Este análisis exige al juez aplicar las reglas de la sana crítica para establecer el nexo directo de manera objetiva. No se trata de una constatación hipotética o abstracta.

Frente a este aspecto la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal- señaló *“Tampoco media entre la prueba primaria ilegal (computadores y dispositivos electrónicos de almacenamiento de alias (...)) y las derivadas*

*(informes de policía) un vínculo atenuado, pues su relación es estrecha, intensa e importante, sin que la ilegalidad de tales informes se haya atenuado, con mayor razón si no obran otros medios probatorios para soportar la sentencia de condenada por el delito de rebelión”.*

(ii) El Criterio de fuente independiente exige determinar si los medios de prueba que son objeto de exclusión tienen un origen diferente de la prueba ilícita o ilegal.

En esa oportunidad la Corte Suprema indicó que *“los informes de policía judicial no cuentan con fuente independiente autónoma diversa de los elementos informáticos hallados e incautados en el campamento de alias (...), es decir, su fuente está viciada y por ello, tiene el mismo `foco de ilicitud` y vulneran las mismas garantías de legalidad y debido proceso.*

(iii) El criterio del descubrimiento inevitable, la prueba derivada resulta admisible si se prueba que aquella podría obtenerse y descubrirse inexorablemente a partir de otros medios de prueba ilícitos. Al respecto expresamente señaló la Sala Penal:

*“No se trata de un descubrimiento inevitable. Lo demostrado en la actuación fue que sin los referidos elementos informáticos ilegalmente obtenidos en Ecuador, no se habría arribado con otras pruebas a establecer la eventual pertenencia de MAB a las (...), es decir, la Fiscalía no probó que lo acreditado con los hallazgos tomados de los computadores y concretado en los informes de policía que sirvieron para solicitar la captura del mencionado ciudadano, también se habría establecido a través de otros medios legales.*

*“Ahora bien, es posible que, en procura de acceder a la apelación, se invoque que las irregularidades procesales referentes a un medio de conocimiento afectan el debido proceso y que deberían tener el mismo tratamiento procesal que las ilícitas, tal como lo expresaron los recurrentes.*

*Ello no es así. Al enarbolar un discurso de corte constitucional y garantista, en el que se invoque la afectación o amenaza de algunas garantías como contradicción, controversia, defensa o cualquiera otra de las que integran el debido proceso, los argumentos que sustenten la pretensión deben ser claros y específicos en acreditar que se perpetró una mengua en el ejercicio de los mismos, no como mera expectativa, sino de forma concreta, real y material; situación que muy difícilmente se verifica en la etapa de conocimiento, donde, si bien, se pueden presentar actos sin el rigor procesal establecido, éstos no alcanzan el cariz suficiente y necesario para predicar la vulneración de derechos fundamentales”. (Cfr. CSJ. SP. 51774 del 21 de febrero de dos mil dieciocho (2018).*

En el caso en concreto el defensor recurrente argumentó la necesidad de usar la entrevista rendida por el enjuiciado para efectos de impugnar credibilidad a través de su incorporación como testimonio adjunto, so pena del desconocimiento de garantías fundamentales del enjuiciado.

De conformidad con el artículo 347 del C. de P.P la Fiscalía está facultada para practicar declaraciones juradas para la preparación del juicio oral, las cuales podrán ser usadas por cualquiera de las partes a efectos de *“impugnar credibilidad”*.

En lo concerniente al uso de exposiciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación, el artículo 393 de la Ley 906 de 2004 instruye que para *"contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral"*; el artículo 403 ídem establece que la *"impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos: (...) Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías"* y finalmente el artículo 347 dispone que las *" afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes."*

A pesar que el uso de declaraciones rendidas en juicio oral para impugnar credibilidad no habilita su valoración como pruebas, porque no son practicadas en el juicio oral con sujeción a los principios de inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16), excepcionalmente esas exposiciones previas pueden admitirse como medios de prueba cuando el testigo que comparece al juicio oral y varia o se retracta de su declaración.

Puntualmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló<sup>16</sup>:

*"Las declaraciones previas también podrán introducirse como medio probatorio, cuando el deponente comparezca al juicio oral a rendir testimonio y, en esta oportunidad, cambie la inicial versión o se retracte de la misma. Sobre esta hipótesis, en la precitada SP606-*

<sup>16</sup> CSJ. S.P., sentencia del 5 de diciembre de 2018, rad. 44564. M.P José Francisco Acuña Vizcaya

*2017, ene. 25, rad. 44950, se hizo claridad sobre la forma de incorporación de la declaración previa y los criterios de valoración que sobre la retractación del testigo deben tenerse en cuenta, así:*

*La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.*

*La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.*

*El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que*

*éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos (...).*

En lo concerniente al interrogatorio al indiciado el artículo 282 del C.P.P. establece que *"fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado"*.

En el presente caso la exposición previa al juicio oral fue rendida por el testigo ante miembros de policía judicial sin atender a los requisitos esenciales previstos en el artículo 282 del C.P.P. concernientes a la asistencia de un abogado y sin advertirle sobre su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, por lo que ese elemento material de prueba adolece de vicios de validez que impiden su apreciación eventualmente como prueba, pues se desconoció el derecho de defensa y el debido proceso como garantías constitucionales que le asistían en ese momento a Duvar Orlando Jiménez Caballero, quien acude hoy a declarar como testigo en el juicio seguido contra Pedro Miguel Alba Galindo y quien aún no ha aceptado cargos en el proceso que se sigue contra él por el

delito de hurto, como lo hizo saber la Fiscal del caso<sup>17</sup> cuando lo presentó como testigo en éste juicio oral.

Además la titular de la acción penal cuando se pronunció sobre la oposición presentada por el abogado que acompañada al testigo para que no fuera usada la entrevista del 22 de enero de 2012 rendida por Duvar Orlando Jiménez Caballero afirmó<sup>18</sup>:

*“Considero que le asiste razón al Doctor defensor del señor Duvar su Señoría porque si bien es cierto esa fue una entrevista y él no tuvo las garantías de estar asistido por un defensor pese a que para ese momento ya se tenía conocimiento de su participación o estaba como indiciado<sup>19</sup>. Entonces el investigador le hizo esa entrevista cuando ya se tenía conocimiento de que estaba como indiciado. Obviamente que se le descubre a la defensa porque lo que hizo la Fiscalía es precisamente descubrirle todos los elementos materiales probatorios sin ocultarle ninguno. El hecho de que la Fiscalía se lo haya descubierto no quiere decir que en este momento pueda usarlo contra el testigo”.*

De conformidad con el art. 250 de la C.P la Fiscalía es la titular de la acción penal y en consecuencia está obligada a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible y acusar a los presuntos responsables, de modo que cuando en coordinación de esas funciones de policía judicial encuentre elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que comprometa la responsabilidad penal de quien aún no es imputado, deberá velar por el respeto a las garantías procesales que le asisten al presunto implicado, que en caso de renunciar al derecho a guardar silencio debe estar asistido por

---

<sup>17</sup> Record: 05:57

<sup>18</sup> Record:01:17:18

<sup>19</sup> Lo resalta la Sala.

un abogado de confianza o designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, inclusive desde la etapa de indagación de conformidad con el art. 267<sup>20</sup> y 282 del C.P.P.

En consecuencia como el ente acusador corroboró que para el 22 de enero de 2016 la Fiscalía ya tenía conocimiento de la presunta participación de Duvar Orlando Jiménez Caballero en la comisión de los hechos objeto de investigación penal y que el investigador de policía judicial indebidamente entrevistó a Duvar Orlando Jiménez Caballero sobre la ocurrencia de los hechos sin la asistencia de un abogado y debido a que aún no aceptado cargos ni ha sido condenado, esa exposición previa de la que se reclama su uso para posterior incorporación en el juicio oral mediante su lectura debe ser excluida como prueba ilegal, sin importar la etapa procesal, como erradamente alega el agente del Ministerio Público.

Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>21</sup> ha referido:

*"Por manera que si el servidor de policía judicial va a formular preguntas al indiciado en relación con la forma en que ocurrieron los hechos y su posible compromiso en ellos, debe previamente hacerle claridad sobre su derecho a no auto incriminarse. De consentir aquél en declarar, debe constatar que ello se haga con la presencia de un abogado que represente sus intereses y cuide por la garantía de sus derechos.*

---

<sup>20</sup> "Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales"

<sup>21</sup> CSJ. SP. Sentencia 15 de septiembre de 2010. Rad. 34733. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

*De proceder en forma contraria, esa prueba adolecería de vicios que afectan su validez y no podría ser valorada por el juez.*

*(...)*

*Ahora bien, si la diligencia pretendida por la policía judicial no es un interrogatorio sino una entrevista, dado que va dirigida a escuchar el relato de una persona que pudo presenciar los hechos (testigo), y en el curso de la misma ella asoma su deseo de admitir responsabilidad en los acontecimientos objeto de investigación, es imperioso que de inmediato se le hagan las advertencias de ley sobre su derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Sólo así y de expresar su intención de continuar habrá de proseguir la diligencia -que mutaría a interrogatorio- pero con la necesaria presencia de un abogado. De no contar con un profesional del derecho que vele por el respeto y por la garantía de sus derechos, es inviable seguir adelante.*

*1.2. La aplicación del principio de exclusión es un mandato constitucional y legal para todos los jueces de la República, tanto los que cumplen funciones de conocimiento como de control de garantías. Uno y otro tienen el deber de valorar los elementos probatorios y evidencias físicas que se les exhiban a efectos de adoptar la decisión que corresponda, ya sea sobre la responsabilidad del acusado o sobre la necesidad y urgencia de la imposición de medida de aseguramiento o de medida cautelar. Así mismo, están llamados a analizar si la exclusión opera por prueba ilícita o por prueba ilegal”.*

En conclusión el disenso del recurrente recae sobre la utilización de un medio de prueba practicado de manera ilegal y por lo tanto la apelación no

está llamada a prosperar porque a pesar de haber sido descubierto por la Fiscalía como elemento probatorio, esa sola circunstancia no convalida la irregularidad sustancial de la que adolece este medio y que obliga al juez de conocimiento a excluirlo como prueba.

En síntesis la prueba ilegal por la vía del desconocimiento del procedimiento que es debido acatar y al derecho de defensa por ausencia de la renuncia explícita a no autoincriminarse y a ser asistido por un defensor, conlleva su exclusión. Así las cosas la defensa deberá acudir a otras herramientas para ejercer su derecho de confrontación y contradicción con el testigo.

### Precisión final

Esta Corporación previene a la Juez de primera instancia para que en próximas oportunidades no permita la participación en el juicio oral de terceros ajenos al proceso penal que no gocen de la calidad de parte o sujetos intervinientes, en consideración a que Duvar Orlando Jiménez Caballero concurre a este proceso como testigo y no imputado, porque no está siendo juzgado.

Así las cosas, la presencia de un abogado que asesore al deponente resulta extraña e irregular a la dialéctica del juicio oral propia del sistema penal acusatorio, pues el testigo en virtud de la garantía constitucional del artículo 33<sup>22</sup> no está obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil para lo cual le basta guardar silencio, a diferencia de quien por ser procesado recae la acción penal, amparado por las garantías del debido proceso consagradas en el

---

<sup>22</sup> "ARTICULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

artículo 29 constitucional, como la presunción de inocencia, el derecho a una defensa técnica durante la investigación y el juzgamiento, entre otras.

La asesoría del abogado no se agota en las diligencias de declaración que rinda el sindicado sino que abarca otras facultades como recolectar y aportar elementos materiales probatorios, solicitar al juez de control de garantías la protección de los derechos fundamentales de quien aún no es imputado y demás facultades contempladas en el artículo 267, 268<sup>23</sup> y ss. del C.P.P.

Por lo tanto no debe confundirse la figura de imputado y/o procesado con la de testigo, pues ontológicamente son diferentes y las garantías constitucionales que los amparan están condicionadas a la respectiva calidad con que concurren al proceso. Siendo en todo caso admisible que el coimputado bajo la gravedad de juramento declare contra quien está siendo juzgado, deponga sobre los hechos que conoce y sea a la vez interrogado bajo el amparo del artículo 33 superior.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de Decisión Penal,

## RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia impugnada proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tunja que negó el uso de la entrevista rendida por Duvar Orlando Jiménez Caballero, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>23</sup> "Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este."

SEGUNDO.- Prevenir a la Juez de primera instancia para que lo sucesivo no permita la participación en el juicio oral de terceros que no gocen de la calidad de parte o sujetos intervinientes.

TERCERO.- Regrésese la actuación al juzgado de origen oportunamente, para lo de su cargo.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ  
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ  
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ  
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ  
Secretario