

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 1 de 23 |

La Prueba Ilícita, Cláusula De Exclusión Y Sus Excepciones En El Derecho Disciplinario

Javier Nicolás Alzate Correa ¹

2023

Institución Universitaria de Envigado

Especialización en Derecho Disciplinario

RESUMEN

Con este proyecto se pretende demostrar como a partir de la Constitución de 1991 (inciso final del artículo 29), en Colombia se institucionalizó la figura de la “prueba ilícita” y su consecuente “cláusula de exclusión” así como las excepciones incorporadas en la ley y la jurisprudencia, tales como: “la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y vínculo atenuado”; producidas especialmente, en el Derecho Penal (Ley 906 de 2004, artículos 23 y 232 Y 455) y hoy, muy marcadamente en el Derecho Disciplinario (Ley 1952 de 2019, artículo 21).

Así mismo, se explicará las diferencias existentes entre “prueba ilícita” y “prueba ilegal” al igual que la forma como se procederá en cada caso por parte del juez, así como en la primera, se excluirá del proceso, en el entendido que ésta tendrá el carácter de inexistente y en la segunda o ilegal, podrá decidirse la declaratoria de nulidad del proceso retrotrayendo el mismo, al momento en que fuera declarada de tal.

¹ Abogado Universidad de Medellín, especialista en Derecho Procesal Penal, Universidad Autónoma Latinoamericana, Profesional Universitario Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá. Candidato a especialista en Derecho Disciplinario I.U.Envigado.

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 2 de 23 |

Palabras clave: Prueba ilícita, cláusula de exclusión, excepciones a la cláusula de exclusión, prueba inexistente, y prueba ilegal.

ABSTRACT

With this project it is intended to demonstrate how from the Constitution of 1991 (final paragraph of article 29), in Colombia the figure of "illicit evidence" was institutionalized and its consequent "exclusion clause" as well as the exceptions incorporated into the law and jurisprudence, such as: "the independent source, the inevitable discovery and the attenuated link"; produced especially, in Criminal Law (Law 906 of 2004, articles 23 and 232 and 455) and today very markedly, in Disciplinary Law (Law 1952 of 2019, article 21).

Likewise, the differences between "illicit evidence" and "illegal evidence" will be explained, as well as the way in which the judge will proceed in each case, as well as in the first, it will be eliminated from the process, in the understanding that this it will have the character of non-existent and in the second or illegal, the declaration of nullity of the process may be decided, taking it back, to the moment in which it was declared as such.

Key Words: Illegal evidence, exclusion clause, exceptions to the exclusion clause, non-existent evidence, and illegal evidence

INTRODUCCIÓN

¿Es la cláusula de exclusión de la prueba ilícita o ilegal una causal de nulidad del proceso, a la luz del inciso final del artículo 29 de nuestra Constitución Política? ¿o se aplica ipso facto la cláusula de exclusión, retirándola del proceso en que se haya incorporado? En cuanto a la prueba ilegal, tal parece, sin embargo, que tuviesen el mismo carácter o vicio que deslegitima y torna de inexistente la prueba ilícita, al respecto, también dijo la Corte: **“PRUEBAS ILEGALES. Cláusula de exclusión”**. La cláusula de exclusión contemplada en el artículo 29 del texto superior, en el sentido de considerar nula de pleno derecho toda prueba

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p> | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 3 de 23 |

obtenida con violación al debido proceso. Tal postulado bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000-ordenamiento que situó este asunto- tiene su desarrollo normativo, entre otros, en los artículos 232 relacionado con la necesidad de la prueba: “toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”; artículo 235, referente al rechazo de pruebas “se inadmiten las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad de los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas; además de las disposiciones acerca de las formalidades de la prueba trasladada (art. 239) y las relacionadas con las varias clases de medios probatorios (art. 244 y ss.). La consecuencia de catalogar nula de pleno derecho la prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales es su extracción del caudal probatorio, tanto de la principal, como de las que su existencia dependa de ella”. (Sentencia del 19 de mayo de 2010, radicado 33.548, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

El sistema penal acusatorio diseñado en el procedimiento penal en la ley 906 de 2004 acogió el modelo norteamericano de la Regla de Exclusión. **Artículo 23.** “Toda prueba obtenida con violación a las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”. Esta norma, hay lugar a concatenarla con el contenido del artículo 455 así: **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**”. La Corte Suprema de Justicia en relación con estas excepciones las cuales han venido haciendo carrera en el derecho anglosajón, se ha pronunciado como sigue: “(...) de esta manera la doctrina y la jurisprudencia extranjera ha venido creando varios criterios de desconexión de antijuridicidad entre el elemento probatorio viciado y el sobreviniente que matizan su efecto invalidante y se apoyan en la teoría de la ponderación, las cuales, en esencia, responden a la naturaleza e intensidad del nexo entre uno y otro; los más conocidos y recurrentes, de origen anglosajón, -acogidos en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia nacional- son: **la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.** El primero, es decir, **la fuente independiente,** se basa en la

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 4 de 23 |

necesidad de establecer el origen de una y otra prueba. De tal manera que si, a pesar de la apariencia de comunidad, la secundaria no tiene el mismo foco de ilicitud, podrá ser valorada por el juzgador. El segundo por su parte, fundado en la teoría de la atenuación, parte del supuesto de una misma fuente en los dos medios de convicción, solo que el nexo causal no es determinante o se ha disipado; por ejemplo, dado el tiempo transcurrido desde la ilicitud, la cantidad y calidad de otros medios no contaminados o la naturaleza del elemento derivado, --verbi gratia-, la autoincriminación del acusado; y el último, se soporta en el descubrimiento inevitable del instrumento probatorio con ocasión de la persecución de algún delito ajeno al del proceso donde se recaudó el medio de prueba ilícito. (Sentencia del 17 de enero de 2018, radicado SP060-2018, 49.177, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Sin embargo, más recientemente y siguiendo en parte lo dicho por la “Enmienda Cuarta” del derecho americano, y las sentencias SU-159 de 2002 y C-595 de 2005 de la Corte Constitucional; la Corte Suprema colombiana expresa: **“La cláusula de exclusión probatoria entraña colisión de intereses constitucionalmente relevantes.”** Para el abordaje de este asunto, siempre debe tenerse en cuenta que la exclusión de una evidencia pertinente puede impedir la demostración de los hechos jurídicamente relevantes y, por esa vía la penalización de los autores o partícipes de los delitos, incluyendo los que entrañan graves afectaciones de los derechos fundamentales (homicidio, secuestro, abuso sexual infantil, etcétera). De ahí que, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002, existan profundas divergencias en el tratamiento de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales. En efecto, mientras algunos sectores se inclinan por la exclusión de las pruebas obtenidas de esa manera, como una forma de disuadir a los agentes estatales de incurrir de nuevo en ese tipo de comportamientos (postura arraigada en Estados Unidos y, más recientemente, adoptada, a su manera, por la jurisprudencia española), otros, hacen énfasis en la evaluación de cada caso en particular, teniendo en cuenta el nivel de afectación del derecho fundamental, la gravedad del delito, entre otros aspectos relevantes, en orden a decidir si una determinada prueba debe ser excluida (lo que se acerca al modelo establecido en Alemania). (Sentencia del 27 de octubre de 2021, radicado SP4879, 54.341, M.P. Patricia Salazar Cuellar).

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 5 de 23 |

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia al referirse a la prueba ilícita, expresó: **“PRUEBA ILÍCITA. “Si es consecuencia de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, se genera la nulidad de la actuación procesal y debe enviarse a un juez distinto”**. Si bien el Estado tiene interés en castigar los delitos, la investigación de estos no puede realizarse a cualquier precio, ya que el fin no justifica el empleo de medios que suponen la negación del Estado de Derecho mismo. De esta manera la injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado (disciplinado) o procesado, no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad, esa la razón por la cual las garantías que la Constitución, los Tratados Internacionales y la ley interna reconocen al imputado, (disciplinado) tienden a asegurar la plenitud de las formas propias de cada juicio, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, al punto que sólo podrá ser condenado (sancionado) si su responsabilidad se demuestra con prueba legal y oportunamente recolectada, esto es, rodeada de las formas propias de un Estado de Derecho. (Sentencia del 10 de mayo de 2030, radicado 33.621, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez).

Evolucionando en esta institución o figura, el derecho penal (disciplinario) ha venido incorporando en su normatividad la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas en allanamientos y registros, de la siguiente manera: **Artículo 232 “Cláusula de exclusión en materia de registros de allanamientos**. “La expedición de una orden de allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia”. En materia de allanamientos ilegales, encuentro oportuno complementar la norma con la jurisprudencia de la Corte en la sentencia que cito a continuación: **“PRUEBA ILÍCITA. Exclusión**. “En un caso similar al que ahora ocupa la atención de la sala en el que justamente se proponía la exclusión de una serie de pruebas por haberse recaudado en un allanamiento ilegal la CSJ SP, 6 de junio de 2011, rad. 36.121 sostuvo lo siguiente: “El vicio postulado es el desarrollado en la causal tercera de casación, artículo 181 de la ley 906 de 2004...” si bien es cierto, acertó el recurrente en la selección de la causal, persiguiendo la declaratoria de ilicitud y en consecuencia de exclusión de todo el material probatorio recaudado con ocasión de una diligencia de allanamiento y registro que califica de ilegal, el soporte que sustenta su

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 6 de 23 |

ilicitud de exclusión probatoria resulta equivocado” (Auto del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

En desarrollo del tema, concretamente en la normatividad que se viene compartiendo muy oportunamente adoptado para su consideración y tratamiento constitucional y legal **en el Derecho Disciplinario**, aportamos al conocimiento y entendimiento concatenando las consecuencias a que se ve avocada la prueba ilícita: **Artículo 140 de la Ley 734 de 2002**. “Inexistencia de la prueba”. “La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado se tendrá como inexistente”. **Artículo 21 de la Ley 1952 de 2019 o Código General Disciplinario: “Cláusula de exclusión.** “Toda prueba obtenida con violación a los derechos y 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 sólo puedan explicarse debido a su existencia. Se deben considerar al respecto, las siguientes excepciones: **la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley”**

Además de los tipos disciplinarios antes anotados, donde fácilmente se observa que en materia probatoria para esta otra especialidad del derecho sancionatorio, recoge y traslada el legislador la filosofía que desde el derecho comparado y en desarrollo también al debido proceso constitucional (art. 29) se le viene aplicando y tratando a la prueba ilícita y sus excepciones cuales son las mismas del derecho penal y la jurisprudencia en la materia tanto de las Cortes Constitucional de una parte, y Suprema de Justicia de la otra para, lo cual aprovecho a citar algunas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado citadas por los tratadistas **CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU** en el cuarto volumen de la Colección de Derecho Disciplinario, como sigue a continuación: **“La prueba ilegítima en la jurisprudencia.** “Es obvio que quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y, si bien en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria debe entenderse la búsqueda de la verdad material, no debe desconocerse que ello solo puede lograrse en el marco de la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos, esto es, en “el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas”. El eminente constitucionalista **RODOLFO ARANGO**

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 7 de 23 |

(citado por Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera) ha conceptualizado que “quien intercepta una comunicación viola derechos constitucionales y comete un delito, quien la usa también es un delincuente”. **“Concepto de prueba inconstitucional e ilegal:** La jurisprudencia viene distinguiendo entre pruebas inconstitucionales o ilícitas y pruebas ilegales o irregulares, según sea el rango normativo de los preceptos infringidos en la aducción de la prueba.) ...” **Efectos jurídicos de la prueba ilegítima...** “La prueba ilegítima carece de aptitud jurídica para producir efectos jurídicos, por tanto, no puede ser tenida en cuenta por la justicia al momento de valorar el acervo probatorio” ... “Las fuentes de exclusión.

Así mismo y en materia disciplinaria es importante anotar lo dicho en el Tomo I, de la obra Lecciones de Derecho Disciplinario. Diferencias entre NULIDAD E INEXISTENCIA: “La diferencia fundamental entre estos temas que incumben a la teoría general de la ineficacia de los actos procesales, está en que el acto inexistente es aquel que se produce o se lleva a cabo su práctica sin el lleno de los requisitos que la ley le señala para su configuración (artículo 140 de la Ley 734 de 2002): El Acto procesal inexistente no produce efectos jurídicos posteriores, es decir, los demás actos dependientes del acto inexistente no quedan contaminados por tal declaratoria. Se suele decir que no es necesaria la declaratoria de inexistencia de los actos procesales, sin embargo en aras a la seguridad jurídica, la lealtad procesal y el conocimiento de los sujetos procesales, resulta aconsejable la emisión de pronunciamientos al respecto”. La nulidad por su parte, siempre debe ser declarada y de tal declaración comporta la invalidez de la actuación posterior, salvo las pruebas practicadas legalmente”.

Ya en el tema de los “frutos del árbol envenenado” y a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado en un caso disciplinario dijo: “La teoría de “Los frutos del árbol envenenado” en la Jurisprudencia del Consejo de Estado: “Empero, en junio 22 de 2006, el Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección “A”, por Sentencia consagró la teoría de “Los Frutos del Árbol Envenenado”, según la cual, ante una prueba ilícita, no sólo se vician todas las demás, sino también el proceso, pues ni siquiera se puede averiguar con base en ella. Se dijo: La Sala advierte en primer lugar que no se presta a la menor duda de que la aludida conversación telefónica por el Procurador como genuina y su

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 8 de 23 |

contenido como cierto, de conformidad con unas reglas “previstas” en no sabe que estatuto, no es de recibo en aplicación de las reglas esas sí previstas en la Constitución Política (artículo 29 in fine).

También aportado por la doctrina en materia disciplinaria en el tomo 6 de la obra Lecciones de Derecho Disciplinario por Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera escriben sobre “**La prueba ilícita en el Derecho Disciplinario**”, así: “Otro error en torno a la actividad probatoria en el proceso disciplinario surge cuando el funcionario práctica, admite o valora una prueba ilícita, esto es, un medio probatorio de convicción incorporado al expediente con vulneración de los derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades legales sustanciales que la ley procesal prevé como debido proceso probatorio, para efectos de la aducción de las probanzas a la respectiva actuación”.

Y en materia de la excepción de rendir testimonio por protección de la reserva profesional citando la Sentencia de la Corte Constitucional C-411 del 28 de septiembre de 1993 con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díez, se anota: “Es por ello que la reserva de información que impone el secreto profesional es absoluta, y no está prevista en la Constitución a favor de los profesionales que deben ser consultados por los ciudadanos en determinadas circunstancias, sino quien tiene derecho a solicitar ayuda. En tal sentido, quien ha recibido datos en tal contexto, está exceptuado del deber de rendir testimonio sobre tales hechos, y en caso de hacerlo tal testimonio se estimará como prueba ilícita. Así lo indicó de manera categórica la Corte Constitucional colombiana en la sentencia...”

También la doctrina en materia disciplinaria en el tomo 13 Lecciones de Derecho Disciplinario escrito por los tratadistas Martin Ludwig Maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Esiquio Manuel Sánchez Herrera se anotó: “ Cuando se hace referencia a este tema tan actual, pero aun en vía de desarrollo debido a la consagración y carta de naturalización que como derecho autónomo le otorgó la Constitución Política de 1991, preciso es partir de esos elementos primarios de siempre, que de le identifican y permiten a esas acepciones ser más comprensivas al momento de enlazar la teoría con su puesta en práctica. “Es así como ilícito traduce todo aquello no permitido por la moral o por la ley vigente,

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 9 de 23 |

mientras que disciplinario es lo relativo a la disciplina, es decir, lo atinente al régimen que establece subordinación y en muchos casos dependencia, independientemente de los destinatarios de esa forma de gobierno dada a través de los reglamentos. “Obviamente que para abordar el tema del ilícito disciplinario no puede pasar desapercibida la trayectoria del joven derecho disciplinario, cuyo campo de aplicación, naturaleza y concepción merecen reflexión en cuanto a su significado y eficacia, en tanto su ámbito de acción en Colombia tiene facetas tan disímiles como profesiones y funciones existen”

El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: **la prueba inconstitucional y la prueba ilícita**. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita. Continuando con los lineamientos jurisprudenciales en torno al principio de exclusión de la prueba ilícita retomamos lo dicho por la Corte Suprema de Justicia: **Principio de exclusión**. “En nuestro sistema probatorio rige por mandato constitucional el principio de exclusión (artículo 29, inciso final) de acuerdo con el cual la fórmula de solución cuando una prueba adolece de vicios que afectan su validez porque los encargados de incorporarla omitieron dar cumplimiento a uno de estos pasos rituales, no es anular el proceso, sino excluir del debate probatorio la prueba ilegalmente aducida” (C.S.J. Cas. Penal, Sent. Oct. 22/2003. M.P. Mauro Solarte Portilla). Y, en cuanto a sus efectos: “Efectos de la prueba ilegal. “Un acto procesal puede ser simplemente inexistente sin afectar la nulidad de la actuación procesal, y en este caso la ley sólo dispone que el juez lo desestime...” (C.S.J. Cas, Penal, Auto mayo 13 de 2003. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

En lo que respecta al planteamiento del problema se tiene que en cuanto a la obtención de las pruebas, la doctrina y la terminología no es uniforme; se utilizan diferentes términos para referirse a la prueba ilícita, o ilícitamente obtenida, **prueba prohibida o prohibiciones**

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p> | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 10 de 23 |

probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula o prueba viciada; llegando a tener conceptos que difieren unas de otras pero a la vez podemos advertir que los términos más utilizados por la doctrina son **“la prueba prohibida o la prueba ilícita”**. Para un sector de la doctrina la prueba ilícita es aquella que atenta contra la **“dignidad de la persona”**, “en consecuencia, la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida en forma fraudulenta a través de la conducta **“ilícita”** En qué consiste la **“Prueba ilícita”**. Al respecto ha dicho la Corte: “Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos: **la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes,** sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida” (“Sentencia del 2 de mayo de 2005. M.P. Edgar Lombana Trujillo”). También la Corte Suprema de Justicia en la siguiente sentencia y en relación con la exclusión de la prueba ilícita dijo: **PRUEBA ILÍCITA. “Siempre debe excluirse, porque es nula de pleno derecho”**. “En efecto si la intromisión ilegítima del juez se dio en la práctica de una prueba, lo ilegal, lo ilícito, sería la prueba misma y el remedio estaría dado por la exclusión de esta, sin que de necesidad ello generase la invalidación del juicio”...”resáltese que el alcance del resultado final del artículo 29 de la Constitución Política, conforme con el cual **“es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”** realmente apunta a que el elemento en el que recaen tales vicios debe tenerse como inexistente, esto es, que el juez debe sacarlo, excluirlo, no considerarlo en sus argumentos, sin que ello conduzca a la nulidad del trámite. Este es el entendimiento dado por la jurisprudencia (sentencia del 30 de junio de 2019, radicado 33.658), citada en (Sentencia del 16 de abril de 2012, radicado 38.020, M.P. José Luis Barceló Camacho).

En cuanto a **“la doctrina del fruto prohibido”** ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la misma no se aplica en Colombia tal como lo expresó: “Sin embargo conforme a los textos legales la doctrina de los frutos podridos según la cual la ilegalidad de una de las pruebas se extienda a las demás sin importar cual sea su relación con la prueba viciada no tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la norma constitucional no alude a

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 11 de 23 |

la invalidación de la actuación posterior a ella sino a la nulidad del medio obtenido con violación a las garantías constitucionales y legales---(“Sentencia del 29 de junio de 2005, M.P. Alfredo Gómez Quintero”). Y en otro pronunciamiento también en cuanto a la regla de exclusión de la “prueba ilícita” ha dicho la Corte en reiterada línea jurisprudencial como se cita en la siguiente: “Cuando la prueba ha sido irregularmente allegada al proceso y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio”. (“Sentencia del 6 de abril de 2005. M.P. Mauro Solarte Portilla”)

En la misma línea en cuanto a la prueba ilícita y su exclusión ha dicho también la Corte Suprema de Justicia: “Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (art. 224 C. Penal)

- (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. Penal), constreñimiento para delinquir (art. 184 C. Penal), 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 a 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, 89, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones, o por retención de apertura de correspondencia legales (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, Pena), o de un soborno (art. 444 C. Penal), o de un soborno en la actuación

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 12 de 23 |

penal (444A C. Penal), o de una falsedad en documento público o privado (arts. 186, 187 y 289 C. Penal)

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación y “actos probatorios...” (Auto del 21 de octubre de 2009, radicado 32.193, M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

Es la Jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha marcado el derrotero más severo respecto de este mandato de exclusión que se desprende del artículo 29 constitucional, la cual, a partir de la Sentencia SU-159 de 2002 al adoptar la regla de exclusión para excluir la prueba ilícita, no obstante considerar algunas de sus excepciones con expresiones como: “Nuestro ordenamiento jurídico acoge con el régimen de exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita, el cumplimiento de la función protectora, en cuanto a la integridad del sistema constitucional y judicial, de garantía de los principios y reglas del Estado Social de Derecho, aseguradora de la credibilidad del sistema probatorio y eventualmente: reparadora de los perjuicios causados al procesado en razón de una arbitrariedad”. En la tesis de la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, dijo que “pueden existir ciertas pruebas ilícitas que generan como consecuencia la declaración de nulidad de la actuación procesal y el desplazamiento de los funcionarios judiciales que hubieren conocido tales pruebas. A este género pertenecen las obtenidas mediante tortura, desaparición forzada, o ejecución extrajudicial”. “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 haya 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 sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso.”. A colación se arrima en este acápite otras posiciones de la H. Corte Suprema de Justicia: Diferencias entre la prueba ilícita y la prueba ilegal: “El error de derecho por falso juicio de legalidad de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual “nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación al debido proceso” imperativo que se reproduce que se

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 13 de 23 |

reproduce en los artículos 23 y 455 -comprendidas sus salvedades del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 ajusten en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto-sanción de “inexistencia jurídica” y por ende de exclusión cuando de pruebas “ilícitas o “ilegales” y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate”...“la exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal” ... “La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales” ... “La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior” ... “La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley” (Auto del 23 de abril de 2008, radicado 29.416, M.P. Yesid Ramírez Bastidas).

La forma ilícita de obtener las pruebas e igualmente, los delitos cometidos generalmente por parte de agentes del Estado y los sujetos pasivos de dicha conducta que primordialmente afectan a los procesados en materia penal de una parte y en materia disciplinaria sin dejar de anotar los procesos de otras especialidades que están sujetos a los mandatos de la Constitución Nacional en su artículo 29, bien sea en el derecho civil, laboral, administrativo o policivo; en todo caso, destinatarios de la aplicación del “**debido proceso constitucional**”, concretamente el inciso final de dicha norma superior, conlleva correlativamente a incurrir en conductas delictivas, varias de ellas consideradas de lesa humanidad como es: **la tortura, privaciones ilegales de la libertad, secuestro, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, violación de comunicaciones, de medios informáticos, violación de correspondencia, falsas denuncias, en caso de informes, falsedad ideológica en documento público, coacción ajena, amenazas,**

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 14 de 23 |

homicidios, constreñimiento ilegal, extorsión, fraude procesal, entrapamiento (induciendo a la persona a incurrir en la conducta) o cargue (colocación de elementos de delito o evidencias al indiciado, generalmente aprehendido) y muchas otras que se desprenden de la ilicitud. Por muchas razones se afecta consecuentemente: al Estado en general, a la Administración de Justicia particularmente, los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos, por lo tanto, es importantísimo que la sociedad y los ciudadanos conozcan sus derechos y poder ejercitar su defensa material y técnica, a la vez que su potestad para poder investigar a través de sus defensores o investigadores privados en búsqueda de la verdad, tanto en el contexto de su presunción de Inocencia como en general a reclamar el respeto por sus derechos fundamentales entre los que se encuentra también: su dignidad, la intimidad, la privacidad y muchos otros que le estén siendo conculcados. así la obligación que atañe al juez para proceder a la exclusión o separación del proceso de dichas pruebas. La jurisprudencia de la Corte también recientemente, nos fija directrices en el sentido de la etapa en que se debe excluir la prueba ilícita como sigue: **“Las controversias sobre inadmisión, rechazo o exclusión de medios de prueba deben darse en la audiencia de preparación del juicio oral” ...**” Dentro de la sistemática penal acusatoria se ha establecido que la audiencia preparatoria es el escenario natural para las discusiones probatorias”. Es en este segmento procesal donde deben debatirse todos los asuntos referentes a los medios de convicción que habrán de practicarse en el juicio oral, incluidos, aquellos relacionados con su inadmisión, rechazo o exclusión” ... (Auto 12 de agosto de 2020, radicado AP1849-2020, 56.916, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).

La doctrina disciplinaria, concretamente de la Obra “Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, coordinada por Ricardo Molina López quien sobre el tema de las “Pruebas Secretas e Ilícitas” señaló: “Si algo viola en forma directa los principios del debido proceso, el de la lealtad entre las partes, el de contradicción, el de defensa, el de la publicidad, etc., son las pruebas secretas e ilícitas, las que atentan contra la dignidad del ser humano, las que tratan de invadir el secreto santuario de la conciencia, las pruebas que no se pueden controvertir sino en una etapa ya avanzada del proceso. La justicia penal no debería transitar y por estos vedados y perniciosos caminos inquisitoriales, ya que sus actos deben estar ceñidos a la más absoluta probidad y ejercidos a la luz pública, para que

| | | |
|---|--|---------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p> | <p>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</p> | <p>Código: F-DO-0038</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 15 de 23</p> |

no quede una sola sombra de sospecha de sus actuaciones.” Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Coordinador Ricardo Molina López, Universidad Pontificia Bolivariana, Biblioteca Jurídica Diké, 2012,

Es obligación respetar el principio de la buena fé y la presunción de inocencia, para mediar y facilitar la búsqueda y demostración de la inocencia cuando hubiere lugar a atacar o demostrar la ilicitud de una prueba ilícitamente obtenida, de lo cual han sido víctimas miles de colombianos tanto al interior de nuestro país como muchos compatriotas que se encuentran procesados en otras partes del mundo donde se encuentran colombianos, siendo realmente inocentes. De la misma manera facilitar la actividad que requieren los defensores de los procesados bien sea públicos, o de confianza o contractuales en prestación de servicios de defensa. En cuanto a la Fiscalía, dar prioridad para investigar las conductas cuyas denuncias presenten quienes estén siendo procesados y que hayan denunciado la ilicitud, bien de los protocolos que llevaron a su captura, el respeto por sus garantías constitucionales y legales, así como de la verdad o no de sus señalamientos o imputaciones, acusaciones y aún en el escenario de un juicio si se llegare hasta él como actuación final en lo que respecta al proceso y aún al fallo de primera instancia si los hubiere, o en el debate siguiente como que se puede insistir en apelación en el evento que una prueba ilícita hubiese pasado el cedazo y control en la valoración probatoria por parte del juez para fallar soportado en un grado de certeza más allá de toda duda razonable pero como se dijo, con pruebas censuradas y catalogadas como tal, como inexistentes con las que no se podía fallar o aún quedaría un mecanismo extraordinario de revisión en el evento de arrimarse dicha prueba de la ilegalmente obtenida para hacer valer ante un recurso extraordinario bien de casación o de una eventual acción de revisión por aparecer como una prueba nueva cuando hubiere lugar a reforzar dicho carácter de ilegitimidad de la prueba en la que se apoyara el juez para fallar

A la luz del proceso disciplinario es obvio que en el principio de integración venido del derecho penal pero más jerárquicamente aún, del Derecho Constitucional multicitado, habrá lugar a la exclusión de la prueba ilícita que se debe hacer en cualquier momento que se demuestre, invoque o detecte por parte del Procurador Provincial o Regional de Instrucción o del Procurador de Juzgamiento, a decir de muchos, es al momento de la valoración de la prueba o al valorar los alegatos de conclusión o al momento de fallar, en caso de no hacerlo y

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 16 de 23 |

decidir sancionatoriamente con base en dichas pruebas ilícitas será por parte del Consejo de Estado al momento de elaborar la respectiva revisión de los fallos de primera y/o segunda instancia de que se trate. En este acápite se analizarán y determinarán como las pruebas obtenidas en el exterior, están sujetos a nuestra normatividad interna para lo cual se transcribe a continuación apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en la materia, además de analizar tema probatorio presuntamente desconocido o violado en la Operación Fénix ocurrida en territorio ecuatoriano en la que fue dado de baja el señor Raúl Reyes, uno de los principales componentes del Secretariado de las F.A.R.C. en la que se violó la cadena de custodia y protocolos ordenados en relación con la multiplicidad de medios probatorios allí recogidos, a la vez que se alteró la escena de los acontecimientos, en los que hubo trasladado cadáveres hacia territorio colombiano, y en sí, se violó la soberanía de un país hermano: **“Las recogidas en territorio extranjero también deben cumplir con el principio de legalidad”**. ...”Lo primero por aclarar en esta parte es que la exclusión de las pruebas emanadas de los ordenadores electrónicos de “Raúl Reyes”, no se derivó solamente del hecho que autoridades colombianas las recogieron en territorio ecuatoriano desconociendo el “Convenio de Cooperación Judicial” suscrito entre ambas naciones, sino que, como se dijo en el auto impugnado, se desatendió íntegramente la normativa que regula la práctica de pruebas en el exterior, “desde la Constitución Policía hasta los convenios de Cooperación Judicial y Asistencia suscritos y ratificados por Colombia, pasando por las leyes de Procedimiento Penal vigentes (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004), de modo que no se trató de un error intrascendente, desatención de un tratado o una norma, insustancial y aislado del sistema legal, sino de la vulneración de toda una institución procesal, pues se llevó de calle el estado jurídico en esa materia” (Auto del 1º. de agosto de 2011, radicado 29.877,

CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo se rescata que tanto el Derecho Internacional como nuestro ordenamiento jurídico interno de protección constitucional se protegen valores y principios como el respeto por la dignidad humana, las garantías de “debido proceso, presunción de inocencia, defensa, contradicción, derechos humanos, y muy importantemente, a no ser vilipendiados o violentados los ciudadanos para obtener información, muchas veces por parte de agentes de los Estados Parte, utilizando mecanismos o procedimientos atroces; muchos de

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 17 de 23 |

ellos considerados, “de lesa humanidad” con vocación de protección global o mínimamente internacional, como son: la desaparición forzada, que muchas veces concursa con la tortura, el secuestro, la extorsión, la coacción, la amenaza al ciudadano, extensivo a sus familiares, para obtener confesión o información incriminatoria; otras veces, obteniendo información sin las garantías procesales, sin la asistencia de un defensor imparcial, así como la oportunidad para obtener pruebas para su defensa, a no ser interrogado sin las formalidades y técnicas del caso, en todo caso, de una manera imparcial, transparente y muy respetuosa de los derechos de los procesados, así como que los ciudadanos todos, conozcan los derechos que les asiste a estar presente en los procedimientos que se adelanten en su contra; desde el registro a sus prendas o su cuerpo, a sus bienes como vehículos en que se movilice el ciudadano, su domicilio, su privacidad e intimidad en las comunicaciones, su correspondencia para evitar o registrar la forma como se incauten evidencias, pruebas o información obtenida en relación con su persona, así como saber las formas como pueda refutar las mismas, e igualmente los protocolos relacionados con su obtención o producción aunque no habiéndola, la imputación que se pueda derivar de las mismas bien en un proceso penal en un proceso fiscal, o en un proceso disciplinario, en todo caso, en procesos sancionatorios.

Para lograr estos fines y garantías es fundamentalmente que los jueces constitucionales de garantías y los Procuradores de Instrucción, aún los de conocimiento o de juzgamiento conozcan suficientemente de ese otro mundo del que el escenario de los acontecimientos se surte a veces, no creyendo a ojo cerrado que todo lo que se aporte, o se diga objetivamente se crea en contra del procesado. Observemos como desde la génesis de los hechos, se pueden vulnerar los derechos, por parte de los enemigos de los derechos humanos o en su gran mayoría por parte de los agentes del Estado quienes por lo general, son quienes dicen haber recogido, incautado u obtenido las evidencias o elementos que se aportan a las diligencias que luego van a ser la materia prima para el proceso, con el grave y consecencial perjuicio que genera una sanción, de la índole que sea, pues en verdad, es alto el porcentaje que viven miles de ciudadanos que son objeto de una condena o sanción siendo realmente inocentes o que el nexo de causalidad o jurídicamente relevantes en efecto no lo son, es decir, luchar contra la corrupción adoptando posturas con beneficio de inventario sin descartar la duda pro-necesidad de investigar integralmente, incluyendo la posibilidad que ese señalamiento o

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 18 de 23 |

evidencia que permite la captura de un ciudadano sí esté ajustada a derecho, sin vicios o apasionamientos de prejuizamiento, de presumir a priori que el procesado sí incurrió en el delito o en la presunta conducta, excluyendo, desligando o separando y rechazando de inmediato el elemento, evidencia o prueba que tiene esa categoría maligna, y venenosa que la hace acreedora de dicho “destierro”, de ese otro mundillo cual es el proceso, el proceso en cualesquiera especialidad en todo caso, donde se encuentra el ciudadano objeto a vencer como se torna la tarea en la mayoría de los casos. Recordemos que la imputación objetiva está proscrita o es inadmisibles su aplicación, pues el nexo de causalidad no basta con mirarlo solamente a partir del resultado, y en este punto, existe la necesidad de exigir de los operadores de justicia que la investigación se torne y se cumpla realmente de manera integral y para el caso del derecho penal, de cuya fuente se alimenta en más de los casos el derecho disciplinario o de responsabilidad Fiscal, allí también, (en el penal) no siendo integral la investigación, sí exigen de manera imperativa y vinculante que se tenga en cuenta y se respete todo aquello que pueda favorecer al procesado; esto, de la mano de la garantía de presunción de inocencia, y aunque la igualdad de armas de que han hablado varias veces las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, y aún, el Consejo de Estado y también la ley, no se cumple a cabalidad, por lo menos se respete cuando el ciudadano lucha por demostrar su inocencia o la demostración de las causales que le eximen de una eventual responsabilidad, en situaciones tales como, el error de tipo o de prohibición, la ausencia de dolo, situaciones de fuerza mayor o justificantes o que simplemente el hecho que se endilga o imputa no fue cometida por el procesado. Se trata mínimamente de respetar y reconocer la dignidad humana como factor existencial e inherente a la idiosincrasia del ser humano como tal, más aún cuando es el soberano en un modelo democrático y constitucional en que se desenvuelve.

La obra “Prueba Penal y Apreciación Tecnocientífica” por Gustavo Morales Marín, **“La prueba ilícita” ...**” La prueba ilícita, en su connotación de acto jurídico, entraña la violación voluntaria de cualquier precepto legal relacionado con el procedimiento de su recolección, práctica o aseguramiento. Por ello, el funcionario judicial que obtiene una **“confesión”** mediante el empleo de la tortura física o moral, y voluntariamente quebrante los derechos humanos y la autonomía personal del inculcado, e impide, con su acción que esa confesión sea -en verdad- consciente y libremente tal como lo prevé el mandato legal. Cabe

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 19 de 23 |

insistir que el artículo 250 del estatuto procesal penal de 1991, expresamente advierte que no se admitirán las pruebas “obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad”. Por su parte, el artículo 235 de la ley 600 de 2000 también alude a ello, ya que prescribe que se inadmitirán las pruebas “que hayan sido obtenidas en forma legal”

Así mismo el doctor **Néstor Armando Novoa**, en su obra Actos y “Nulidades en el Procedimiento Penal Colombiano”: “**Nulidad e Inexistencia**. Suele hablarse en la temática procesal, de actos nulos y actos inexistentes. Dos corrientes se disputan la naturaleza práctica de diferenciar tales instituciones, mientras que una afirma la necesidad de distinguir las dos figuras, otra no las distingue procesalmente, al punto que excluye la inexistencia del marco del derecho procesal”. ..”**Posición que acepta la teoría del acto inexistente y su distinción con el acto nulo**”. **Francesco Carnelutti (citado por Morales)**, al referirse a los vicios de los actos procesales, en específico a la nulidad absoluta del acto, expresa como existen actos viciados que la ley permite subsanar para que produzcan el efecto jurídico a que están llamados, pero que existen otros vicios tan graves, respecto de los que esa posibilidad debe abandonarse, sin más, que son denominados **absolutos o insubsanables**, los mismos que pueden aparecer o no reconocidos exprese por la ley, conociéndose esta última categoría como actos inexistentes”. (Biblioteca Jurídica Diké, segunda Edición, 1997,

Por último, el tratadista Jairo Parra Quijano en su obra “Manual de Derecho Probatorio”, señala en el acápite “**UBICACIÓN DEL TEMA DE LA PRUEBA ILÍCITA**”: La norma constitucional, es genérica, empieza imperativamente hablando de la nulidad de pleno derecho de la prueba, cuando se viola el debido proceso. El debido proceso está ligado con la búsqueda del orden justo y por ende frente a la Constitución colombiana, adquiere un carácter diverso al de tipificar conductas, establecer competencias, reglas de sustanciación y formalismos, de allí que la enumeración contenida en el artículo 29 de la norma superior, en torno del contenido del debido proceso, no puede erigirse en una camisa de fuerza, sino que corresponde al administrador de justicia ajustar sus actuaciones al debido proceso, bajo el entendido de que el mismo se encuentra atado a la obtención de un orden justo en el cual se respeten los derechos fundamentales de las personas, teniendo como norte los valores y principios constitucionales, al decir de la Corte Constitucional “hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no simplemente legal”. “Esa nulidad comprende, tanto la

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 20 de 23 |

llamada **prueba ilícita**, que como ya se dijo, viola los derechos fundamentales, sea que esa violación se haya cometido para conseguir la fuente, o el medio probatorio. También la prueba ilegal, es decir, aquella que viola la norma legal. y la **prueba irregular** desde el punto de vista procesal” (Decimoctava Edición 2011, Librería Ediciones del Profesional Limitada.

REFERENCIAS

Galeano Porras, Erika Adriana, trabajo “excepciones a la exclusión de la prueba ilícita”. Especialización en Derecho Procesal Penal Constitucional y Justicia. Universidad Nueva Granada, Bogotá D.C. (págs. 4,5, y 6)

Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos Conforme a la Ley 734 de 2002, (2002), Editorial Leyer, Cuarta Edición, Bogotá D.C. (pág. 143)

Obra Lecciones de Derecho Disciplinario, Instituto de Estudios del Ministerio Público, e Instituto Nacional de Derecho Disciplinario, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. (pág. 242)

Gómez Pavajeau, C. A. y Sánchez Herrera, E. M. Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 4. Instituto de Estudios del Ministerio Público, e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. (págs. 154, 263, 266 y 267). Y tomo 6 (págs.. 413, 415 y 418).

Ludwig M., Gómez Pavajeau, C.A. y Sánchez Herrera, E.M. Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 6, Instituto de Estudios del Ministerio Público, e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Imprenta Nacional, Bogotá D.C. (págs.. 36 y 37).

M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Corte Constitucional, sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002.

M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de octubre de 1990.

M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de octubre de 2002.

| | | |
|--|--|--------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p> | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 21 de 23 |

M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 13 de mayo de 2003.

M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 6 de abril de 2005, radicado 21.483, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2005, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 236 y 237).

M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de junio de 2005, radicado 19.227, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2005, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 235 y 236).

M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 23 de abril de 2008, radicado 29.416. Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, Primer Semestre de 2008, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. pág. 403

M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 21 de octubre de 2009, radicado 32.193. Jurisprudencia Penal Extractos, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda. Segundo semestre de 2009, (págs. 365 y 366).

M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de marzo de 2010, radicado 33.621, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2010, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 350 y 351).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 01 de agosto de 2011, radicado 29.877 Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, segundo semestre de 2011, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 220 y 221).

M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de abril de 2012, radicado 38.020, Jurisprudencia Penal Extractos de

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 22 de 23 |

Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2012, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 358 y 359).

M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 40.746, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2013, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (pág. 334).

M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2014, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. (págs. 343 a 345).

M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de enero de 2018, radicado SP060-2018, primer semestre de 2018, N° 41, Jurisprudencia Penal de Iván Velásquez Gómez, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs..387 a 389).

M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de mayo de 2019, radicado 33.548, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, primer semestre de 2010, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. (págs. 251 y 252).

M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de agosto de 2020, radicado AP1849-2020, radicado 56.916, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, N.º 39, segundo semestre de 2020, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (pág. 344 y 345).

M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de octubre de 2021, radicado SP4879-2021. 53.341, Jurisprudencia Penal Extractos de Iván Velásquez Gómez, N.º 41 segundo semestre de 2021, Librería Jurídica Sánchez Ltda. (págs. 339 y 341).

| | | |
|---|--|--------------------------|
|  | ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS | Código: F-DO-0038 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 23 de 23 |

Novoa Velásquez, N.A. (1997). Actos y Nulidades en el Derecho Penal Colombiano. Segunda Edición 1997, Bogotá D.C. Biblioteca Jurídica Diké, (pág. 349)

Morales Marín, G. Prueba Penal y Apreciación Técnico Jurídica, (2001). Ediciones Jurídicas Ibáñez. (pág. 170).

Parra Quijano, J. (2011) Manual de Derecho Probatorio, Décimo Cuarta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda. (págs. 22 y 23).

Molina López, R. Lecciones de Derecho Penal Procedimiento Penal y Política Criminal, Universidad Pontificia Bolivariana y Biblioteca Jurídica Diké, (2012), (págs. 389 y 390).

Martínez del Toro, S. (2017) Práctica de Tribunales. Revista Nro. 128 de septiembre – octubre de 2017.

Picó I Junoy, J. (2020). La Ley Probática (Wolters Kluwer). Revista Nro. 1. Tercer Trimestre 2020.