

**LA FUNCION DEL JUEZ PENAL PARA DAR  
VALIDEZ A LA PRUEBA ILICITA EN EL  
PROCESO PENAL COLOMBIANO<sup>1\*</sup>.**

**THE FUNCTION OF THE CRIMINAL JUDGE  
TO VALIDATE ILLEGAL EVIDENCE IN THE  
COLOMBIAN CRIMINAL PROCESS**

**LA FONCTION DU JUGE PÉNAL POUR  
VALIDER LES PREUVES ILLÉGALES DANS LE  
PROCESSUS PÉNAL COLOMBIEN**

**A FUNÇÃO DO JUIZ PENAL PARA VALIDAR  
PROVAS ILEGAIS NO PROCESSO PENAL  
COLOMBIANO**

Recibido: 8 de Julio de 2022

Aceptado: 3 de Octubre de 2022

**JUAN PABLO RINCÓN CAMACHO<sup>2\*\*</sup>**

**JIMMY DEIN RODRÍGUEZ CUERVO<sup>3\*\*</sup>**

*“Lo encuentren vivo y me lo traen y si lo encuentran muerto me lo traen  
vivo y si no lo encuentran me lo traen.”*

*“El otoño del patriarca” de Gabriel García Márquez*

---

1 \* Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto de investigación terminado “La función del juez penal para dar validez a la prueba ilícita en el proceso penal colombiano”. línea de investigación en Desarrollo Humano Jurídico y Social Sostenible, del Grupo de Socio Jurídico, enmarcado epistemológicamente en el análisis de categorización teórico deductiva.

2 \*\* Juan Pablo Rincón Camacho, abogado especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Penal y Procesal penal y magister en derecho penal y procesal penal, jprincon@uniboyaca.edu.co, Coordinador Consultorio Jurídico Universidad de Boyacá sede Sogamoso, docente asignatura en Procedimiento Penal en la Universidad de Boyacá, Con Juez Sala Disciplinaria Consejo Seccional de la Judicatura, Con Juez Tribunal Superior Santa Rosa de Viterbo.

3 \*\* Jimmy Dein Rodríguez Cuervo, abogado especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Administrativo, jinrodriguez@uniboyaca.edu.co, Docente de Tiempo Completo Universidad de Boyacá Sogamoso, docente de las asignaturas Historia de las Ideas Políticas, Economía Política, Consultor y asesor.

## Resumen

El objeto de las pruebas es tanto teórica como práctica una de las áreas más exigentes, interesantes y relevantes de todo el sistema jurídico. Por ellas llegaremos, si se aplican de la adecuada forma, a la verdad y la justicia material, y de no hacerlo, configuraremos graves violaciones a todo el ordenamiento jurídico con sus garantías fundamentales.

En tal sentido, la materialización del debido proceso a través del deber de excluir las pruebas irregulares se vuelve una materia fundamental, enmarcado en el imperativo de distinguir cuáles son ilegales, que deberán excluirse sin ser base una decisión, pudiendo tener algún indirecto e impacto en la decisión cuando hay condiciones de remisión o de aplicabilidad de otro material. A la vez que habremos de identificar cuáles son ilícitas e implicarán el deber de excluirse sin condiciones y la nulidad de todo el proceso, particularmente por configurar una violación de los derechos humanos.

Establecer las categorías, los imperativos, las finalidades y las metodologías para el adecuado desarrollo de estas herramientas de carácter probatorio permitirán al juez estructurar adecuadamente la premisa fáctica de las decisiones judicial.

**Palabras clave** Prueba ilegal, prueba ilícita, prueba inconstitucional, debido proceso, derechos humanos, regla de exclusión.

## Abstract

The purpose of the research, is both theoretically and practically, one of the most demanding, interesting and relevant areas of the entire legal system. By them we will arrive, if they are applied in the proper way, to truth and material justice, and if we do not do so, we will configure serious violations of the entire legal system with its fundamental guarantees.

In this sense, the materialization of due process through the duty to exclude irregular evidence becomes a fundamental matter, framed in the imperative to distinguish which ones are illegal, which should be excluded without being based on a decision, and may have some indirect and impact on the decision when there are conditions of remission or applicability of other material. At the same time, we will have to identify which ones are illegal and will imply the duty to exclude themselves without conditions and the nullity of the entire process, particularly for configuring a violation of human rights.

Establishing the categories, imperatives, purposes and methodologies for the proper development of these tools of an evidentiary nature will allow the judge to adequately structure the factual premise of judicial decisions.

**Keywords** Illegal evidence, unlawful evidence, unconstitutional evidence, due process, human rights, exclusion rule.

## Résumé

Le sujet de la preuve est, tant sur le plan théorique que pratique, l'un des domaines les plus exigeants, les plus intéressants et les plus pertinents de tout le système juridique. Grâce à elle, si elle est appliquée de la bonne manière, nous arriverons à la vérité et à la justice matérielle, et dans le cas contraire, nous constituerons de graves violations de tout le système juridique avec ses garanties fondamentales.

Dans ce sens, la matérialisation du procès équitable à travers le devoir d'exclure les preuves irrégulières devient une question fondamentale, encadrée dans l'impératif de distinguer quelles sont les preuves illégales, celles qui doivent être exclues sans être la base d'une décision, et celles qui peuvent avoir un impact indirect sur la décision lorsqu'il existe des conditions de remise ou d'applicabilité d'autres matériels. Dans le même temps, nous devons identifier celles qui sont illégales et qui impliquent le devoir de les exclure inconditionnellement et la nullité de tout le processus, notamment pour avoir constitué une violation des droits de l'homme.

L'établissement des catégories, des impératifs, des objectifs et des méthodologies pour le développement approprié de ces outils de preuve permettra au juge de structurer adéquatement les prémisses factuelles des décisions judiciaires.

**Mots clés** Preuve illégale, preuve illégale, preuve inconstitutionnelle, procédure régulière, droits de l'homme, règle d'exclusion.

## Resumo

O tema da prova é tanto teoricamente como praticamente uma das áreas mais exigentes, interessantes e relevantes de todo o sistema jurídico. Através dele, se for aplicado da forma correcta, chegaremos à verdade e à justiça material, e se não o for, constituiremos graves violações de todo o sistema jurídico com as suas garantias fundamentais.

Neste sentido, a materialização do processo equitativo através do dever de excluir provas irregulares torna-se uma questão fundamental, enquadrada no imperativo de distinguir quais as provas ilegais, que devem ser excluídas sem serem a base de uma decisão, e que podem ter um impacto indirecto na decisão quando existem condições de remissão ou de aplicabilidade de outro material. Ao mesmo tempo, teremos de identificar os que são ilegais e implicará o dever de os excluir incondicionalmente e a nulidade de todo o processo, particularmente por constituírem uma violação dos direitos humanos.

O estabelecimento das categorias, imperativos, objectivos e metodologias para o desenvolvimento adequado destes instrumentos probatórios permitirá ao juiz estruturar adequadamente a premissa factual das decisões judiciais.

**Palavras-chave** Provas ilegais, provas ilícitas, provas inconstitucionais, processo justo, direitos humanos, regra de exclusão.

---

## Introducción

### 1. Verdad y objetividad en el derecho.

#### 1.1 La verdad como problema de la filosofía, un análisis con gnoseológico.

La verdad es un concepto complejo, de esos que damos por entendidos y familiarizados pero que, al momento de definirlos y aplicarlos, presentan y dejan en evidencia todas sus dificultades, hubo quienes sostenían que la única verdad era lo verificable por los sentidos, desde el enfoque empirista, como bien sostenía Francis Bacon en el avance de saber (1605).

En una postura diametralmente opuesta está el idealismo según el cual hay una idea superior propia del mundo intangible del *topos uranus*, del que hablaba Platón en la Republica (2009). En esta concepción, las personas no conocemos cosas nuevas por nuestros sentidos, sino que recordamos aquello que sabíamos cómo parte del mundo de las ideas, llámese alma, *arqe* o ser absoluto.

En otra postura, que no llamaremos contraria, sino que es en sí misma una negación de todas las otras, está el escéptico radical, en una concepción, según la cual no podemos tener certeza, de que ocurre en la realidad, podemos estar siendo engañados por nuestros sentidos, manipulados por un demonio o ser

parte de un programa de inteligencia artificial ultra desarrollado, lo que con certeza no podemos saber. Ahora bien, para preguntarnos sobre la verdad en el mundo jurídico habremos de aceptar algunas premisas y de recorrer un camino más complejo.

La única razón de ser de un proceso judicial y partamos por lo tanto que cualquier teoría sobre el escepticismo, la incapacidad de reconocer la realidad y la falta de certeza sobre lo que ocurre son incompatibles con la existencia de sistemas jurídicos en el marco del estado social de derecho, si existen estas instituciones es porque creemos que en alguna forma es posible conocer la verdad de unos hechos y por lo tanto extraer las consecuencias jurídicas mediante sanciones de los mismos. Por su puesto es un gran reto y no dejamos de movernos en el mundo de las incertidumbres, pero evidentemente debe haber un mínimo de posibilidad de acceso a esta realidad de los hechos para poder, desplegar el aparato institucional del derecho.

Habremos de entender la verdad como una correspondencia entre la idea del sujeto y la realidad de los hechos, la no concordancia implicará el fenómeno del error o falsedad, los que al promoverse de manera consciente implican la mentira.

Hay por lo tanto una relación entre el mundo objetivo y las representaciones mentales, en tal forma sostenía Kant en la obra, crítica de la Razón Pura (2002) por lo tanto hay una construcción de las ideas derivada de las experiencias de corte empírico, Kant está el gran mérito en encontrar un equilibrio entre los objetivistas y los idealistas, por su puesto esta realidad como representación de la correspondencia se desenvuelve relacionando al sujeto con los conceptos, aunque nunca podamos llegar a esa verdad pura y absoluta, pues siempre va pasar por la representación subjetiva, bien distinguida Lacan (2010), pues lo real siempre va a ser una proyección en la mente del sujeto, mientras la realidad nunca va a poder abordarse en su forma pura

Es de notar que estos primeros estímulos para poder construir la idea que tendrá su representación, depende de los sentidos, ese es el verdadero método cartesiano que sostenía Descartes, pues puedo dudar de mis sentidos pero en algún momento tras la adecuada corroboración, verificación y falsación habremos de considerar verosímil una impresión empírica y por lo tanto soportarnos en ella hasta tanto no tengamos evidencia contraria, es por lo tanto un ejercicio de racionalidad el generarse una idea del cómo se entienden ciertos hechos que serán soporte de una decisión judicial.

Por su puesto, estos hechos no se imprimen de una forma plana en el proceso, sino que deben ser apreciados. Bien dice Aguilo, “*es decir, aceptar o rechazar la garantía en función de la valoración que haga de los fundamentos empíricos de la misma*” (2009, P. 94).

Así, que con la apreciación de los hechos y con la premisa de carácter normativo podríamos establecer la conclusión jurídica, lo que nos plantea la cuestión sobre la verdad y las normas jurídicas.

## 1.2 La verdad y las formas jurídicas

El derecho funciona bajo la idea de su propia referencia, el sistema jurídico como conjunto y las normas jurídicas como especialidad funcionan como una entidad independiente, bajo sus propios criterios y lógica autónoma.

Decía en su obra de teoría del derecho Bobbio (2008), que hay que distinguir las apreciaciones sobre la justicia, a validez y la eficacia. La primera es un juicio moral, la segunda jurídica y la tercera sobre la realidad.

A pesar de que se quieran asociar, lo justo y lo jurídico son diferentes, el holocausto, el apartheid, la segregación racial y discriminación a la mujer fueron legales, aunque son indudablemente injustos, en cambio la validez depende de que una norma exista como tal Bobbio (2008). La ley solo rige una vez promulgada, es decir, ahí nace su validez y por su puesto cualquier norma puede ser invalida y perder por lo tanto su fuerza jurídica, son ejemplos de invalidez la ley declara inexecutable, el acto administrativo declarado nulo o la sentencia revocada, son ejemplos de invalidez.

Por su parte la eficacia del derecho es, evaluar los alcances del sistema jurídico, por cuanto esté en capacidad de transformar la realidad social y que habrá una relación entre las exigencias y las necesidades sociales respecto de la interpretación, la concreción y el sentido que se le da a las normas bajo el entendido mismo de su finalidad transformadora Rodríguez Garavito (2006). En tal sentido no importa si muchos o pocos ciudadanos cumplen la norma, la misma sigue existiendo como tal por su validez.

Cuando evaluamos la juridicidad de una institución debemos hacerlo dentro de la propia referencia del ordenamiento de derecho, es el caso de este objeto de estudio, el deber de declarar nula la prueba violatoria del debido proceso es justamente un juicio de validez, distrae la atención de su análisis los otros juicios, así por ejemplo por injusto que nos parezca, sin pruebas legalmente obtenidas no podemos condenar un criminal, que en el mundo “real” haya

cometido un delito solo puede ser condenado si ese hecho está acreditado y “existe” en el juicio; dicho de otra forma, solo los hechos incluidos válidamente en un proceso, se pueden abordar como verdad procesal.

Por su puesto el objetivo es que coincidan estas dos “verdades”, bien dice el profesor Taruffo “*el proceso puede ser considerado como un procedimiento epistémico, en el cual se recogen y utilizan los conocimientos, con el objetivo de reconstruir la verdad*” (En Correa, 2005, P. 39), este norte justamente deja en evidencia la distinción entre las dos formas de verdades a las que nos referimos en la dualidad, objeto y procedimiento (Correa, 2005).

El muy conocido intelectual Michel Foucault (2017) desarrollo su estudio sobre la verdad y las formas jurídicas para demostrar que el derecho la estructura normativa obedece a una razón de fuerza de quien la crea, lo cual compartimos, pero debemos resaltar que con la consolidación de los estados sociales de derecho, desde finales de la segunda guerra mundial en Europa y de las dictaduras en el contexto de la guerra fría en Latinoamérica , ese poder ha pasado por proceso de legitimación intentando implementar sistemas de derecho cimentados en los derechos fundamentales (Quinche, 2008). De ahí la obligación ineludible de tomar las decisiones judiciales conforme los hechos probados y que los mismos se incluyan en el proceso de manera legal.

Ahora bien, una vez incluidos deben ser analizados, por lo tanto, no solo es el hecho como relación con la realidad, lo que nos ha de interesar sino el juicio que sobre el mismo se realice, bien decía Nietzsche que el conocimiento no tiene relaciones de afinidad con el mundo a conocer “*Por su carácter el mundo se parece a un caos eterno; ello no se debe a la necesidad, sino a la ausencia de orden, de encadenamiento, de formas, de sabiduría*” (2019, P. 109) que no existen hechos sino interpretaciones y estos en materia jurídica, no pueden ser interpretados de cualquier manera, lo que nos pone el problema de la objetividad en el derecho

### **1.3 Arbitrariedad, objetividad y subjetividad en el derecho.**

La objetividad en el derecho parte de una pretensión noble, pero de un error conceptual. En primer lugar, después de todo, tenemos sistema jurídico por xpretensión de objetividad, justamente para no depender de la posición individual, imprevisible o incluso tiránica de quien toma la decisión, pero nunca se es estrictamente objetivo.

En materia de la pretensión, evidenciamos clásicas referencias históricas, como las del rey- juez Salomón que supo establecer quien era la verdadera madre del niño en disputa <sup>4</sup> o de la hermosa reina Susana de Babilonia, quien iba a ser falsamente incriminada de adulterio por haberse reusado a entregarse a los impíos sacerdotes quienes la difamaron, recordemos que ella se salvó gracias a la intervención del noble Daniel, quien supo contrastar las versiones de los sacerdotes, evidenciar sus inconsistencias y por lo tanto desvirtuar sus testimonios.

Esto desde el mundo de los hechos y las pruebas, pero también evidenciamos antecedentes de objetividad, transparencia y justicia desde el punto de vista sustancial, como es el caso de Nelson Mandela, tras el final del apartheid, quien supo no buscar medidas revanchistas y al contrario crear caminos de reconciliación.

Sin embargo, no todos los que tienen la autoridad judicial poseen la entereza moral y la sabiduría de Daniel, Salomón o Mandela. La arbitrariedad a conocido también muchas formas a lo largo de la historia, los 30 tiranos en Grecia, lo corruptos emperadores romanos, la inquisición, el derecho de pernada o la explotación tributaria contra los siervos en las monarquías absolutas, o la violación de derechos humanos con ocasión de los estatutos de seguridad, muestran los alcances del abuso que se puede derivar a través del sistema de derecho y sus formas jurídicas (Bulygin, E. 2006)

No solo desde el legislador puede ser arbitrario, sino también quien ejerza la jurisdicción para la cual tenemos demasiadas y tristes experiencias, como el caso de OJ Simpson o de Sacco Y Vanzetti, dejando abiertas las opiniones subjetivas. Y aunque tengamos muchos ejemplos en el caso de la justicia colombiana, hemos de resaltar las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura que favoreciendo la impunidad en materias de derechos humanos decidía que casos de agresiones sexuales, administrativos, extorsiones, complicidad al narcotráfico, torturas o desapariciones forzadas eran competencia de la justicia penal militar (Uprimny, R 2005). También podemos mencionar las decisiones que durante el primer periodo de los 80 realizó la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional, impidiendo una reforma constitucional y una constituyente que apoyaran un urgente fortalecimiento institucional en medio de una crisis humanitaria (Younes, 2005).

Hemos escogido los ejemplos anteriormente mencionados por varias razones. Por su gravedad, por la importancia respecto de la dignidad humana y por ser dos extremos de la arbitrariedad; en el caso del consejo Superior de la Judicatura

por ignorar abiertamente los mandatos y precedentes constitucionales, es decir, desobediencia al derecho y el caso de la Corte Suprema de Justicia, por poner trabas a una urgente reforma en medio de una crisis de violencia, soportándose en tecnicismos y formalidades anacrónicas, es decir, por ser exegeticos.

En este sentido, los esfuerzos del pensamiento jurídico y en tal sentido del Estado Constitucional, están dirigidos a la configuración de un sistema objetivo y legítimo (Bobbio, 2003), así por ejemplo la idea del estado de derecho surge justamente para fijar normas de carácter previo y general lo que evidentemente cimienta una mayor objetividad que la discreción total del estado absolutista, lo que llevara posteriormente a la consolidación del positivismo jurídico. En tal sentido, un positivista se centra en el derecho como es, no como nos gustaría o quisiéramos que fuera, bien dice Falcon y Tella “*la eficacia del orden jurídico total es así condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integra*” (1994. P. 167), por eso se llama regla de derecho o *rule of law*, a la integración del ordenamiento jurídico derivado de la regla de reconocimiento de Hart (1983).

Cabe insistir entonces, que positivismo jurídico, derecho objetivo normatividad valida y estado de derecho (también incluye su variante de estado social de derecho), son categorías ubicadas en una misma concepción de la institucionalidad jurídica con una clara pretensión de objetividad y con claridad en que para la misma debe haber un proceso previo, público, general y formal en la creación de las normas.

En este sentido, las normas están dadas objetivamente por su creación y por su permanencia en el sistema jurídico derivada de la exclusión por invalidación a través de nulidades e inexequibilidades (Quinche, 2008), a través de controles como los de la corte constitucional y consejo de estado. Evidentemente siempre podrá haber una arbitrariedad en el proceso de creación y validación de normas, pero el del sistema positivista es el más completo que se conoce.

Ahora bien, para la gran mayoría de los problemas del ejercicio del derecho la dificultad no solo está en identificar normas objetivas, sino en aplicarlas de tal manera. Para poder aplicar razonablemente los imperativos de derecho se acude a la argumentación (Atienza, 1997) y a la interpretación, después de todo es así que se llega a la concreción de las normas jurídicas (Hesse, 2011), por eso la existencia de métodos y criterios de interpretación, como el ligístico gramatical, sistemático, orgánico y teleológico; y así mismos procedimientos de argumentación, lógicos, materiales y dialecticos (Alflen Da Silva, 2006).

Por lo tanto, entre la promulgación de las normas en el sistema positivo y su proceso hermenéutico se intenta y ordena decidir de manera objetiva.

Sin embargo, la pretensión de objetividad como norte y la proscripción de arbitrariedad no deben confundirnos con la realidad siempre subjetiva de la decisión jurídica.

Decía Kelsen (2012), que el proceso de entendimiento de una norma en su interpretación, nunca puede ser entera y absolutamente lógico formal, en tal sentido cuando interpretamos una norma en algún momento somos subjetivos lo cual no implica que por esto seamos arbitrarios.

Ocurre lo mismo en materia probatoria, el proceso de inferencia frente a la incertidumbre de los hechos puede pasar en varios momentos por inclusiones de orden subjetivo, después de todo siempre hay, aunque sea un margen mínimo de duda. Esto es lo que se conoce dentro de los procedimientos probatorios como la evaluación mediante las reglas de la sana crítica, pues no existe un camino lineal e inequívoco que permita valorar todas las pruebas, la experiencia, los usos sociales, los hábitos humanos, la predictibilidad, verosimilitud y falsación son procesos que se ejecutan respecto de las subjetividad del evaluador, después de todo es imposible concluir infaliblemente que una palabra, un gesto o un contexto tengan una sola apreciación posible.

Por lo tanto, podemos ver que lo que esta proscrito en el sistema de derecho es la arbitrariedad, es decir la voluntad unilateral del sujeto y que la objetividad es un norte, pero no algo plenamente alcanzable. Siendo entonces, la apreciación, la interpretación y la inferencia, procesos subjetivos, pero enmarcados en una estructura argumentada, razonable dialéctica y pública.

## **2. Debido proceso en el Estado Social De Derecho.**

### **2.1. Desarrollo en la institucionalización del derecho fundamental al debido proceso.**

El debido proceso es una de las instituciones más importantes en una democracia, define las garantías de los ciudadanos contra el estado y entre ellos, regula los procesos institucionales, judiciales, administrativos y legislativos y por lo tanto en ruta todas las actuaciones sociales bajo criterios formales y sustanciales. Sancionar a alguien con pena privativa de la libertad por la comisión de un delito solo ocurre jurídicamente por darse esa sanción en el marco de un debido proceso, es decir que la decisión es jurídica no solo por el hecho en sí, sino por la forma en que se toma, después de todo, el ejercicio del poder y del derecho de despliegan de manera discursiva o como lo sostiene

Nino (1997) deliberativa en el proceso democrático

De ahí que sea una figura tan importante en reconocimientos como la carta magna, artículo 7 de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, en la declaración universal de los derechos humanos en sus artículos 8, 10 y 11, en sus artículos 7, 8 y 25 de la convención interamericana de derechos humanos y el artículo 29 de la constitución política de Colombia.

Lo anterior se suma a que los códigos, general del proceso ley 1564 de 2012 y de procedimiento penal ley 906 de 2004 son auténticos regímenes del debido proceso desarrollando los conocidos principios de juez natural, defensa, contradicción, imparcialidad, legalidad favorabilidad, concentración, publicidad, doble instancia y exclusión, es decir la imposibilidad de inserción fáctica de la prueba violatoria del debido proceso.

Bien explica el profesor Osuna, que el debido proceso tiene una calidad dual pues funge como derecho fundamental autónomo (garantía) y como derecho fundamental indirecto (por conexidad), pues obviamente solo a través del debido proceso se protege la libertad, la igualdad y la vida digna

Tales referencias en el sistema internacional se encuentran insertas en el ordenamiento jurídico nacional mediante la figura del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, podemos hablar de una idea integral Dell derecho al debido proceso compuesto por la norma nacional y los estándares internacionales.

Bien dice la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2001 qué el régimen de derechos fundamentales se interpreta también de conformidad con los estándares de derechos humanos. *“tales derechos (fundamentales) no son sólo los que aparecen recogidos en el estatuto superior, constitución en sentido formal, sino los consagrados en instrumentos internacionales que vinculan al estado colombiano, tales como la declaratoria universal de derechos humanos, el pacto derechos civiles y políticos, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, que conforman el llamado bloque de constitucionalidad (art 93) y que por lo tanto son parte inescindible de la constitución en sentido material”* (Corte Constitucional, 2001).

Este proceso de institucionalización en una dualidad dialógica que desarrolla una significancia sistemática entre el derecho internacional de los derechos humanos y los mandatos constitucionales, amplía la normativa que va a de regular la materia y permite una mayor certeza en la interpretación de los artículos de la carta magna nacional.

El artículo 29 menciona establece: *“El debido proceso se aplicará a toda*

*clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

Lo cual desglosando en sus diferentes incisos podemos ver que incluye una transversalidad aplicarse a todas las funciones públicas judiciales o administrativas. Posteriormente deja en evidencia el principio de legalidad garantía propia del estado de derecho cuando limita en el régimen sustancial a sólo ser juzgado por leyes previas o preexistentes al acto que se juzga, asimismo en marca orgánicamente los poderes sancionatorios al establecer el juez natural el cual está también sometido a el marco de tipo procedimental por tratarse de las formas propias de cada juicio.

El siguiente inciso es sólo para asuntos penales y reitera explícitamente el principio de favorabilidad dejando constancia que en este momento se habla sobre el régimen sustancial aplicable no sobre la carga de la prueba

En el siguiente inciso ya hace referencia al límite fáctico pues sostiene explícitamente la presunción de inocencia lo que implica obviamente una carga de la prueba en la contraparte o ente acusador. Vuelve hacer misiones de orden sustancial cuándo es explícito en materia de la defensa técnica prohíbe las dilaciones los juicios secretos para no violar el marco procedimental.

Vuelve al orden sustancial cuando es explícito en materia del derecho de la defensa técnica y hace un énfasis a condiciones de carácter procedimental cuando prohíbe las dilaciones injustificadas los juicios secretos y cuando insiste en la garantía d impugnar las sentencias desfavorables en el marco del *non reformatio in peius* que complementa el artículo 31, non bis in ídem por no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y establece explícitamente el soporte el régimen probatorio de carácter fáctico por poder presentar y controvertir

finalmente hemos hacer énfasis en que se explicitan mantener qué es nulos de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso por lo tanto el constituyente quiso ser explícito en qué está fuera una garantía de todos los procesos, en una pretensión consciente de no repetición de violación de los derechos humanos que antecedieron a la configuración de la Constitución de 1991

El proceso de institucionalización del debido proceso se complementará en el caso colombiano con los artículos 2, 5, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 228, principalmente. Dejando constancia que evidentemente todo lo relativo a los procesos el hecho mismo que los mismos se sometan a todas las garantías fundamentales y el hecho de que los derechos fundamentales funcionen bajo el principio de indivisibilidad, hacen que existan muchos más casos dónde está en juego el debido proceso.

En tal sentido el artículo 2 establece como fin esencial del estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución”. E indica igualmente que “*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades*”. En coherencia con este estatuto imperativo en el artículo 5 se establece que “*el estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*”, de lo cual ingerimos directa y necesariamente al debido proceso como derecho inherente por ser tanto derecho humano como derecho fundamental.

por su parte en una idea integral del debido proceso evidenciamos una modulación a los límites sancionatorios derivada del artículo 28 superior en el mismo se fija como límite al poder sancionatorio la libertad del individuo y por lo tanto se sostiene que nadie puede ser sometido a prisión o arresto me afectado en su domicilio o residencia sino únicamente por orden de autoridad judicial, encontrándonos por lo tanto de forma concreta y frontal con la garantía de inconstitucionalidad consecuencias ilegalidad y nulidad de las pruebas que impliquen detención o registro del domicilio sin orden de autoridad judicial. en coherencia con esta garantía y para proteger de forma calificada del derecho de libertad el artículo 30 constitucional establece el hábeas corpus como mecanismo para verificar si ha sido privado ilegalmente de su derecho fundamental a la libertad mediante este trámite con término preferencial de 36 horas.

El artículo 31 encontramos el régimen relativo al *reformatio in peius* y al *non bis in idem*, bien insiste que “*toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado se apelante único*”. resaltamos

que se acepta la excepción a la única instancia cuando sea interpuesta mediante el adecuado procedimiento legal como en el caso de los condenados por la Corte Suprema de Justicia, como Felipe Arias o el hermano de Samuel Moreno, Iván Moreno.

Asimismo en el artículo 33 existen garantías de carácter procesal muy propias de la práctica probatoria y que definen un límite indefectible respecto el respeto al debido proceso como idea integral y que por lo tanto su violación implicará la nulidad de pleno derecho de la prueba practicada, así bien está la prohibición de auto incriminación o señalamiento a los cercanos, se manifiesta el artículo explícitamente al sostener “*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.*”

Finalmente debemos resaltar los artículos 228 y 230 dónde se establece de forma explícita la autonomía judicial el sometimiento de los jueces sólo al sistema de derecho el deber de observar los términos procesales y la ejecución desconcentrada y autónoma de los procedimientos.

Evidenciamos entonces que toda la estructura de la institución área pública se somete se ejecuta y concreta alrededor del debido proceso y por lo tanto es una garantía de particular importancia y que sólo será respetada en el marco de las condiciones sustanciales, probatorias, orgánicas y procedimentales que ordena explícitamente la constitución.

## **2.2. Contenidos de la garantía IUS fundamental del debido proceso.**

Una vez escrita la estructura de la institucionalización del derecho fundamental al debido proceso nos corresponde como consecuencia natural identificar los contenidos de este derecho, después de todo el verdadero alcance de un derecho es el de los mandatos concretos que el implica superando su mera literalidad y pudiendo identificarse así el mandato prohibición o permisión que del mismo se deriva.

La teoría de los principios dominante hoy por hoy, sostiene que un derecho fundamental es un mandato de optimización y por lo tanto debe buscarse el mayor resultado que dé el mismo pueda derivarse teniendo como límite únicamente las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2008).

Por lo tanto, como consecuencia de la pretensión de corrección y en aras de desarrollar al óptimo posible los principios fundamentales nos vemos en la vocación de realizar un proceso hermenéutico integral respecto del derecho analizado, de lo cual habremos de realizar una verdadera interpretación de sus mandatos. Lo anterior implica asumir que un derecho es muy superior a lo que el simple texto arroja, la disposición Cómo articulado pasivo conocer a todos sus alcances al momento de identificarse como auténtica norma y como en esta ocasión la misma está compuesta de múltiples imperativos será menester identificar sus contenidos.

La garantía al debido proceso incluye a cualquier persona y por lo tanto son titulares de la misma tantas personas naturales como personas jurídicas, así las cosas, estos mandatos han de estar amparados frente ambos casos, evidentemente en el ámbito de aplicación también insistimos que incluye actuaciones jurisdiccionales, administrativas, legislativas y siempre sometiendo a particulares y públicos.

Por lo tanto, como alcance del derecho fundamental al debido proceso encontramos los denominados principios integradores como bien menciona el autor Carlos Bernal (2005), y ellos son: principio del debido proceso en sentido estricto, de legalidad, publicidad, del juez natural, de favorabilidad, de presunción de inocencia, ejercicio de la defensa material y técnica, doble instancia, prevalencia de las normas sustanciales, y tutela judicial efectiva.

El principio del debido proceso en sentido estricto implica que las decisiones deben realizarse ‘con observancia la plenitud de las formas propias de cada juicio’ por lo tanto es una garantía de referencia hacia la conducta de jueces y administración que será ilegítima de no cumplirse, es por lo tanto equivalente a las reglas del principio de legalidad en la que está cimentada el estado de derecho y aunque parezca reiterativo en ella misma se anclan las demás disposiciones a que nos referimos a continuación.

El principio legalidad, es aquel que insiste en que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, esta idea que no es nueva se sostiene bajo el aforismo de *Lex praevia et scripta*, cómo viene referencia a la Corte Constitucional en sentencia T- 685 2003 “ *verificar que se hubiese aplicado una norma vigente y existente en el ordenamiento (...) Marco dentro del cual se desarrollan los elementos restantes del debido proceso*”.

El material principio de publicidad decía Carlos Bernal Pulido 2005 “*una de las reglas mínimas debe ser, en cualquier sociedad democrática, el principio de publicidad. este principio impide que existan en el proceso actuaciones*

*ocultas para las partes o para quienes intervienen en el poe ministerio de la ley como sujetos procesales*". Así reitera la Corte Constitucional su doctrina en sentencia T-1012 de 1999 "dada su naturaleza y finalidad socio jurídica que cumple el proceso en la sociedad, como instrumento para garantizar la pacífica convivencia entre asociados, es indispensable que él se trámite conforme a unas reglas mínimas que permitan a las partes, en igualdad de condiciones y oportunidades, concurrir y actuar en el debate judicial. el principio de publicidad es un requisito sine qua non para que se hable de existencia y oponibilidad de la decisión, bien decía el juez Louis Brandeis, en la Corte suprema de justicia los Estados Unidos a principios del siglo XX, " *la luz del sol es el mejor de los desinfectantes*" "*sunlight is said to be the best of disinfectants*" Blasco (2011). Somos seres éticos por la transparencia, la ausencia de publicidad corrompe las almas cómo lo narra Platón (200) en la República cuando hablaba del anillo de Giges, necesito según el cual un granjero encontró un anillo mágico que hacía que desapareciera, y con el cual empezaba actuar inmoralmemente, en una parábola que sirvió de argumentó en el profundo debate sobre qué es la justicia para hablar sobre el impulso a la arbitrariedad.

en materia el principio del juez natural es explícito que se dice que hay que ser juzgado por un juez competente antes de que se inicie el proceso por eso están proscritas las decisiones de los jueces ad hoc, casos de los tribunales como Nuremberg y Tokio fueron violaciones de este derecho y aunque con ella se condenara a grandes criminales de guerra ser un desacato al debido proceso, al momento de definir se está la jurisdicción como facultad de impartir justicia debe tenerse en cuenta el factor objetivo fijado por la naturaleza del proceso y la cuantía, el territorial por obviamente el territorio, y el factor subjetivo derivado de las calidades de la parte, sin olvidar que existe conexidad que genera ampliaciones o remisiones entre diferentes ramas del derecho. Cómo se debe una garantía de naturalidad del juez quién ha subido el proceso debe seguir siendo el titular del mismo, así es explícita en sus grandes derroteros la corte constitucional en sentencia C- 655 de 1997 que " *legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, qué significa que no es derogable por voluntad de las partes, inmodificabilidad, porque no se puede variar en el curso del proceso (perpetuatio jurisdictionis); indelegabilidad, de que no puede ser delegada porque en la detenta, el orden público puesto que se funda en principio de interés general*".

En materia el principio de favorabilidad recordemos que sólo debemos ser juzgados por las normas vigentes al momento de la conducta, sin embargo puede que estás ya no estén en existencia cuando vamos a aplicarlas, sin

embargo si las mismas son favorables pueden seguir rigiendo aunque el sistema jurídico haya cambiado, es lo que se conoce como ultraactividad de la ley, por el contrario, si la conducta se cometió en vigencia determinado régimen y normas posteriores hacen que hay un tratamiento más favorable a la persona nos encontraremos ante la retroactividad.

Dejamos de ser claridad de la mano con la Corte Constitucional en sentencia T-555 de 2000 que la favorabilidad es un tema de aplicación normativa y no puede aplicarse en materia de carácter fáctico, sin ignorar que probablemente existe carga de la prueba en el acusador y principio de inocencia. (Corte Constitucional, 2000).

Justamente, en materia del principio de presunción de inocencia debemos insistir que todos se presumen inocentes hasta que no se demuestre judicialmente lo contrario, por supuesto en un juicio derivado de pruebas fehacientes y legalmente obtenidas que acrediten mediante los hechos que se imputarán y sancionará, siento que la carga de la prueba es de quien acusa y por lo tanto son hechos debatibles, por lo cual la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum, quién es absoluta admitiendo pruebas en contrario.

En el derecho de defensa bástenos decir que está centrado la búsqueda de la verdad por lo tanto el defensor no le asiste todos los mecanismos posibles argucias y cargas para interponer el ejercicio de la defensa sin embargo si debe de ser una defensa técnica y material por lo que constituye violación al debido proceso las guías, la falta de formación del apoderado, la parcialidad del mismo y en los ejercicios de derechos de contradicción en materia argumentativa, interpretación y fáctica.

Sobre el principio de celeridad recordemos que quién es indicado tiene derecho que se lleva un proceso sin dilaciones por lo cual debe haber un equilibrio entre el principio de celeridad y al principio de defensa como lo sostiene la corte constitucional en sentencia C-699 de 2000, “*la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado podrá comparecer a juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa*”. (Corte Constitucional, 2000).

En el principio de doble instancia la Constitución y la Corte Constitucional son explícitas al sostener que se aceptan las excepciones de la ley pues dice la misma Corte Constitucional en sentencia C-650 2001 “*no es forzoso y obligatorio en la guía de la doble instancia en todos los asuntos que son materia decisión judicial*” después de todo “*la ley está habilitada para introducir excepciones cuando respeten la garantía al debido proceso el derecho de defensa la justicia la equidad y no se niegue el acceso a la administración de justicia*” (Corte Constitucional, 2001).

Sobre el principio de prevalencia de las normas sustanciales recordemos que es en otro lenguaje una proscripción del exceso de ritual manifiesto. la razón del proceso es la verdad la materialidad de los derechos fundamentales la protección del débil y las víctimas. los procedimientos y las fórmulas en derecho no son órdenes sacros que puedan servir de pretexto e impedimento para la consecución de los fines superiores del procedimiento, el mayor logro de la administración de justicia es resolver en término la materialización de los principios que establece el sistema de derecho.

Finalmente en materia de contenidos debemos resaltar la tutela judicial efectiva, de nada sirve tener una amplia gama de garantías reconocidas en niveles internacionales nacionales constitucionales legales y jurisprudenciales si la violación de los mismos no es sancionada mediante órdenes de carácter coercitivo por un órgano jurisdiccional, (Eisenmann, 1986), la violación al debido proceso a rango constitucional es imparable mediante acción de tutela y las muchas formas de violación al mismo constituyen las diferentes variables de los vicios en las llamadas vías de hecho, tratándose entonces de los errores fáctico, sustancial, orgánico y procesal.

### **2.3. Interés general, estado social de derecho y límites probatorios.**

Para hablar de la materialización del debido proceso en el desarrollo de la práctica de pruebas debemos tener presente el límite el interés general. tanto por razones conceptuales como por razones prácticas pues no es en vano que se discute la supuesta posibilidad de malear extender las fronteras de los límites respecto de la prueba ilícita, bajo los sofismas del interés general, seguridad nacional, y los derechos de ‘los inocentes’.

En tal sentido no han sido pocas las ocasiones cuando se plantea como viable practicar pruebas que serían consideradas ilegales bajo doctrinas de seguridad nacional o lucha contra terrorismo, una interceptación ilegal contra la oposición política o el sometimiento a torturas tratos crueles o degradantes de los que son llamados enemigos de la nación son tristes ejemplos de lo que ha ocurrido como abusos en la búsqueda de evidencia probatoria para poder implementar una causa judicial contra lo que se podría considerar otro bando.

El principio mismo de la posibilidad de violar el debido proceso mediante la práctica de pruebas ilegales las cuales deberían ser consideradas nulas de pleno derecho so pretexto de un interés mayor sesión encubrir bajo la premisa del interés general y en tal sentido debemos ver el concepto mismo de interés general en el estado social de derecho.

El concepto de “Estado”, obedece a una creación social y a una evolución de orden histórico, en términos de Younes Moreno “*el Estado es la entidad política que se forma cuando en una porción de la superficie terrestre un conjunto de personas se organiza jurídicamente, sometiéndose a una autoridad que los gobierna. En todo Estado se hallan los siguientes elementos: Territorio, pueblo, poder público y soberanía*”- (2005 p. 273)

Esto es todo por estar configurado de muchas formas como estado absoluto, derecho, social y democrático de derecho, tanto las formas de la soberanía del poder público que se aplican como delegación de la autoridad suprema del constituyente primario nacional, sobre una población que ha legitimado democráticamente el proceso en el marco de un territorio conocerán diferentes formas y en nuestro contexto atravesaran altas mutaciones propias del sistema inquisitorial del estado absoluto o las monarquías medievales con la implementación de los derechos fundamentales, en el entendido que solo puede haber Constitución, autorizada por y para el pueblo, “*qu'il en peut y avoir de Constitution que cell qui est acceptée par le peuple*” (Schmitt, 1996 p. 102)

En este sentido, sostiene Pérez Luño “*La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).*” (1998, p. 19)

Sin embargo, estos derechos fundamentales podrían haber sido aplicados de forma restrictiva parcializada o formalista durante el proceso de implementación del estado de derecho, es decir desde el final de la Revolución Francesa hasta el constitucionalismo de la última oleada de la segunda Guerra mundial y fin de la Guerra Fría en Europa y Latinoamérica respectivamente. Después de todo las primeras recomendaciones de derechos humanos incluían segregaciones que en sí mismas no respondían a la idea universal dignidad humana, después de todo la Revolución Francesa era una declaración de los derechos del hombre y del ciudadano dejando por fuera a mujeres y no ciudadanos.

Por su parte, la tendencia vigente encarnada en el estado social y democrático de derecho hace hincapié en estar cimentado en la etnia humana y dar condiciones objetivas y materiales para el goce de sus derechos superando su mera declaración formal en un marco de igualdad que atienda la esencia de estos derechos.

Así que, el sistema positivo enmarcado en el normativismo de Kelsen (1962) sufrirá un cambio para responder a esencias de la dignidad humana conforme los proyectos intelectuales y emancipadores que bien mencionar a Kant (2007). así las cosas, el Estado Social y Democrático de derecho es la convergencia de aspectos formales y aspectos materiales de la validez del positivismo y de la pretensión de justicia del iusnaturalismo de la idea del valor del derecho, pero el reconocimiento del valor supremo de la persona.

Así señala con pertinencia la doctrina especializada: *“Con ello elude incurrir en un enfoque positivista, para el cual la positivación de los derechos fundamentales no tiene un mero carácter declarativo del reconocimiento de unos derechos o valores previos, sino constitutivo, es decir, que se trata de dar vida en el ordenamiento jurídico estatal a unas normas que regulan situaciones subjetivas, con independencia de su contenido material y sin hacer remisión a fuentes legitimadoras ajenas al propio orden jurídico positivo”*. (Pérez Luño, A. 1998, p 49)

Tal sentido la idea de un régimen sometido al estado social y democrático de derecho pone de manifiesto el imperativo de respeto de los derechos humanos y al ser humano como centro del mismo bien mencionaba la misma doctrina especializada que la única forma de entender el interés general en el marco del estado social de derecho es la materialización de una sociedad donde se promuevan los derechos de todos los ciudadanos y que para uno mismo se requiere de una actividad jurisdiccional empoderada en lo que se conoce como la idea integral del control de constitucionalidad (Higuera, D. 2015-A) o *Le contrôle de constitutionnalité* (Higuera, D. 2015-B).

Por eso insistía Ferrajoli que se llama garantismo, porque *“se refiere a la sustancia de las decisiones, al conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política bajo el paradigma del Estado social de derecho y de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, incluidos en las constituciones”* (2008. p. 89.)

Por lo tanto, no constituyen más que chantajes y Morales y manipulaciones las políticas que buscan justificar la violación de derechos humanos en la obtención de material probatorio sobre texto de poder resolver un interés general pues el violar los derechos humanos ya violó afectó en sí mismo ese interés. De ahí el límite a la prueba obtenido con violación del debido proceso.

### **3. Régimen probatorio y la regla de excusión de la prueba ilícita.**

#### **3.1. La premisa fáctica del derecho, el deber de probar.**

Una decisión judicial, las que se incluyen obviamente las condenas de tipo penal, debe estar cimentada en dos grandes premisas que complementarán el silogismo jurídico, Álamos por regla de la premisa normativa de la premisa fáctica. Así que hay una primera parte donde hemos de establecer la regla de derecho normalmente una categoría normativa tras el proceso de interpretación de las disposiciones, y una premisa fáctica en la que se establecen los hechos propios del caso. es una verdad evidente la importancia de esta premisa pues en ella existe en la mayoría de debates posibles de la realidad o no de una afirmación el resultado podría ser diametralmente opuesto.

Recuérdese, con Marina Gascón, que *“antes de decidir cómo se conocen los hechos es preciso aceptar, cuanto menos, que los hechos representan el único motivo de la decisión jurídica”*, (Gascón, M. 1999 Pág. 12)

La importancia no es pequeña ni se constituye en un aspecto de fácil definición el objeto mismo de debate sobre los hechos conocido también como último probandum, se ha de consolidar mediante un proceso compuesto de las diferentes evidencias que han de constar en el debate judicial, en los *penúltimos probanda*.

En este sentido es relevante aplicar los principios de evidencia de la prueba es decir la iniciativa, la necesidad, la carga, la legalidad, la libertad probatoria, la conducencia, pertinencia, admisibilidad, utilidad, relevancia, oportunidad, oralidad, inmediatez, concentración, publicidad, contradicción, confrontación como unidad, remisión, integración, conservación y apreciación.

Al respecto Copi y Cohen sostienen pertinentemente que *“El estándar de la prueba para ley penales muy alto. Son tan terribles las consecuencias de condenar a una persona inocente que se debe evitar esa posibilidad a toda costa. Por tanto, un acusado en este caso debe considerarse inocente hasta que*

*no se pruebe lo contrario. La convicción del crimen requiere que el acusado sea encontrado culpable más allá de toda duda razonable. Esto significa que el acusado se debe encontrar culpable con una probabilidad tan grande que ninguna persona razonable, luego de considerar todas las evidencias disponibles, podría creer en su inocencia. La aplicación de este estándar tiene como resultado el perdón de algunas personas que probablemente son culpables de hecho. Pero esto es mucho mejor que condenar a los inocentes”.* (2007, pág. 613)

Este nivel de exigencia ha de implicar que no debe permanecer en el proceso aquello que no respete los estándares propios de las garantías fundamentales, no cualquier verdad nos interesa el procedimiento sino sólo la obtenida por mecanismos legítimos respeto del debido proceso y las garantías ciudadanas, en ese sentido mediante la aplicación de la regla de exclusión habremos de definir que permanece y que no dentro del análisis procesal y que por lo tanto podrá ser incluido o no como material que aporte a la configuración de la premisa fáctica

Por lo tanto, esta premisa debe configurarse respetando las exigencias de la carga de la prueba que le asiste al acusador, de la permanencia del material probatorio pues sólo el obtenido legalmente puede ser aportado un proceso, evidentemente se excluyen grabaciones ilegales allanamientos ilegítimos confesiones irregulares práctica de violaciones de derechos humanos y otras irregularidades.

Los antecedentes de que ha sucedido cada vez que se cede a la tentación de practicar juicios y apreciaciones probatorias por fuera de estos límites dejan en evidencia que los mismos en nada aportan a los fines de la pena en cambio si dejan una estela de sufrimiento innecesario y una captación de las instituciones por intereses arbitrarios. Marina Gascón (1999 Pág. 12) resalta que *“la distinción (entre verdad real y verdad procesal) juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad”*, así, la permanencia del material probatorio y su inferencia han de definir los alcances en el establecimiento de la verdad procesal.

En tal sentido se ha sostenido que la declaración de los hechos probados como verdaderos debe ser entendida como acertada cuando se configura derivada de evidencias allegadas en legal forma y por un proceso de inferencia racional correcta.

Taruffo insiste en este aspecto (Taruffo, M. 1990. Pag 444) *“la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la verdad de los hechos nunca es absoluta, sino que viene dada por la hipótesis más probable, o sostenida por mayores elementos de confirmación”* y en el marco de las garantías y obligaciones procesales, debemos adherir.

Existiendo por lo tanto carga en el deber de probar, límite en la forma de llegar el material probatorio, irresponsabilidad en el procedimiento de inferencia que implica el entendimiento de este último.

### **3.2. Exclusión de la prueba ilícita, prueba ilegal y prueba inconstitucional**

Existe una cantidad de acepciones que generan dificultades en esta materia, así vemos los términos de la prueba prohibida, la prueba ilegal, la prueba irregular, la prueba no valorable y por último la prueba ilícita. (Medina, 2017). De la calificación de un evento como alguna de estas formas, aplicando la supremacía de la verdad en el proceso, se fijan los alcances de la regla de exclusión de la teoría del árbol envenenado, y se identifican las posibilidades de algunas excepciones a la regla de exclusión de las pruebas no permitidas en los procesos de naturaleza punitiva, es decir; el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y la buena fe.

Avanzando en la conceptualización la Corte Constitucional en sentencia SU-159 de 2002 consideró que *“El (Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia) señala de manera general, que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional o ilegal 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 fundamentales del investigado, acusado o juzgado.”* (Corte Constitucional, 2002).

La desafortunada redacción de la sentencia (en particular por usar en las dos definiciones el termino ilegal) poco nos dice de la diferencia conceptual de las dos categorías, por lo que definimos nosotros como, prueba ilegal a aquella que se erige con ausencia de alguno de los requisitos que el legislador dispuso para su desarrollo, mientras que la prueba ilícita es aquella que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales y/o como las garantías del

enjuiciado, la nulidad es entendida como el efecto jurídico de su exclusión en el proceso, la imposibilidad como la orden *a priori* antes de que sean ejecutadas, la ilegitimidad su ausencia de autoridad, la prueba no valorable como la derivada de la nula por ilicitud o ilegalidad, la irregular es aquella de ilegalidad formal pero de afectaciones irrelevantes, y prueba inconstitucional por la vulneración que cause la prueba ilícita en todos los casos o la ilegal de en alguno.

Bien menciona la Corte Constitucional la relación entre el procedimiento y las garantías en el fallo T-916 de 2008 “*Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales*”. (Corte Constitucional, 2008)

Toda prueba ilícita es inconstitucional pues las mismas vienen de violación de garantías fundamentales y derechos humanos, las pruebas ilegales evidentemente están prohibidas pero podrá seguirse el curso del proceso si se aplica adecuadamente la regla de exclusión, las mismas serán inconstitucionales si se utilizan como fundamento de una decisión judicial o de unas pruebas de referencia sin el cumplimiento de los requisitos, también debemos resaltar que existen pruebas irregulares, que son formalmente ilegales pero que por entrañar gravedad no se considera realmente en ilícitas o ilegales e inconstitucionales (Herrera y Cortés, 2011).

En contraposición al concepto de prueba ilegal o inconstitucional, la Corte Constitucional en la misma sentencia C-591 de 2005 precisó que, por “*prueba ilegal se entiende aquella que se haya practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código de Procedimiento Penal; y al ser obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho*”, razón por la cual será inexistente, y, en consecuencia “*deberá excluirse de la actuación procesal, al igual que aquellas que sean consecuencia de aquellas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”. (Corte Constitucional, 2005)

La Ley 906 de 2004 acogió en principio la teoría de los “frutos del árbol ponzoñoso” Miranda, M. (1999) indicando en su Art. 23 que deberán excluirse aquellas pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, además de aquellas pruebas que “*sólo puedan explicarse en razón de su existencia*”

La ley 906 de 2004, fija claramente los efectos de la práctica o presentación de pruebas viciadas, “*Artículo 360. Prueba ilegal.* 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”.

“*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”.

Tradicionalmente se consideró que tanto la prueba ilícita como la ilegal, producen efectos de exclusión. Por supuesto, es necesario además de la vulneración del régimen normativo fundamental, exista una evidencia física u otro medio de acreditación y que este tenga un nexo real y significativo con la afectación de la garantía fundamental.

Sin embargo, a pesar de lo importante que pueda resultar la cláusula de exclusión, pues es garantía de transparencia probatoria y de respeto de derechos fundamentales, su aplicación puede implicar un perjuicio de otros intereses constitucionalmente relevantes, especialmente los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, el cerrar las puertas de forma absoluta a la realidad, aun cuando este el hecho frente a la institucionalidad, no es tampoco un extremo admisible.

De ahí, que la regla de exclusión no sea, en casos de mera ilegalidad, causal de nulidad del proceso ni impedimento para acreditar por otros medios, la verdad real y que ella concuerde con la verdad procesal.

### **3.3. De la vía de hecho fáctica por la no exclusión de la prueba ilícita**

La configuración de las causales genéricas y específicas para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, antes llamada vía de hecho, consiste en un error tan grave y evidente de la administración judicial, que por violación del debido proceso a de poder ampararse mediante acción de tutela, para que proceda la acción en estos casos es necesario que se den unas causales de tipo genérico y unas causales de tipo específico (Quinche, 2015).

Causales genéricas: Tema de relevancia constitucional, agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios, salvo en la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable, inmediatez de la acción, irregularidad procesal con efecto directo, alegación del derecho vulnerado en el trámite, y no ir contra sentencias de tutela.

Causales específicas: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material sustantivo, error inducido o por consecuencia, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, exceso de ritual manifiesto y violación directa de la constitución. En esta numeración habrá que resaltar ese entonces el error fáctico y le había hecho por consecuencia, la cual es básicamente una forma calificada del error fáctico. (Quinche, 2015).

Constitucionalismo se hace vidente como ejemplo arquetípico de las posibilidades de un error fáctico el que se tomó una decisión judicial basados en pruebas ilegalmente obtenidas, bien menciona la jurisprudencia los eventos en los que se configura el error fáctico en decisión SU-226 de 2013.

*El juez, funcionario público o instructor, no consta del acervo probatorio que le faculte para la aplicación del supuesto legal en el que sustenta su decisión.*

*Sin hallarse completamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la resuelve, el juez funcionario público o instructor toma una decisión, como efecto de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas, de una valoración irrazonable de estas, de la suposición de una prueba, o finalmente del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.*

*Finalmente se observa el error al concederse o negarse la práctica de pruebas sin justa causa” (Corte Constitucional, 2013)*

Notoriamente el primero cuando verificamos qué se trata de la imposibilidad de tomar una decisión judicial en ausencia acervo probatorio, si la prueba fue ilegal sin ser excluida o ilícita con violación de derechos humanos, esta es nula de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y por lo tanto si la misma hace de soporte como premisa fáctica para tomar una decisión la misma había carecido soporte.

Incite la Corte Constitucional en sentencia T-310 de 2009 en formas de violación mediante este defecto cuando “(i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorio”. (Corte Constitucional, 2009), en esta clasificación incluimos la numero cuatro, sobre suposición de pruebas, pues una prueba declarada nula y que es valorada, es justamente una apreciación basada en supuestos extraprocesales.

Esto quiere decir que la no exclusión de la prueba nula del proceso debe ser considerada una afectación tan grave debido proceso que son parábolas mediante acción de tutela El error en el juicio valorativo de la prueba debe

ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto (Corte Constitucional, 2009). Como la afectación debe ser tan grave que defina de manera viciada el procedimiento, aquella prueba que es meramente irregular pero que no implica una verdadera afectación a los derechos fundamentales no generar esta causal de vía de hecho.

Bien menciona la Corte en Sentencia T-164 de 2018, *“Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal, es decir, de aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba, o de la prueba inconstitucional, esto es, de aquella prueba que en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales”*. (Corte Constitucional, 2018). Nótese que bien identifica la corte constitucional en sus precedentes que esta causal se configura tanto a pruebas ilegales como pruebas inconstitucionales por ilicitud.

La figura también es aplicable a casos de error inducido, como bien describe la Corte en sentencia T-145 de 2014 *“El error inducido se presenta cuando la autoridad judicial es víctima de factores externos al proceso que lo determinan o influyen a tomar determinada decisión que resulta contraria a derecho o a la realidad fáctica del caso”*. (Corte Constitucional, 2014).

En este caso el funcionario que toma la decisión también cae en el equívoco, pero pro el actuar de un tercero. *“dos presupuestos que deben cumplirse para que exista el error inducido. En primer lugar, debe demostrarse en el caso concreto que la decisión judicial se ha basado en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales. En segundo término, debe demostrarse que esa violación significa un perjuicio iusfundamental para las partes que intervienen en el proceso judicial”* (Corte Constitucional, 2001), piénsese por ejemplo en un proceso que se surte hasta el final y se identifica que el mismo inicio con una prueba derivada de violación de derechos humanos, como tortura o desaparición forzada.

Con lo anterior podemos evidenciar qué tan sensible es la implementación en un proceso judicial de pruebas nulas de pleno derecho, evidentemente no debe volverse la tutela un espacio para crear instancias extras frente a los casos

perdidos ni un mecanismo de dilación y saturación de la justicia, pero como última garantía ante innegables incontrovertibles arbitrariedades su valor es innegable (Uprimny, 2006).

#### **4. Régimen de la prueba ilícita y la prueba de referencia.**

##### **4.1. La actividad del juez en la prueba ilícita.**

El ejercicio de la dignidad jurisdiccional en materia probatoria conoce múltiples facetas dentro de las que enumeramos ((i) hallazgo (II) utilidad –pertinencia- (III) legalidad - procedimiento de consecución- (IV) autenticidad; (V) aducción en la audiencia de juicio oral (VI). valoración.) (González, 2009)

El artículo 276 del Código de Procedimiento Penal establece que “*la legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes*”.

Si respecto debemos hacer especial énfasis y la legalidad. Por lo que el filtro enteré del pacto y el derecho es la autoridad judicial, será el juez el que define qué efectos como allanamientos chequeos de correos electrónicos interceptaciones requisas confesiones grabaciones tengan un efecto u otro. Sin cinética que el resultado no lo es todo, tura del todo vale y del resultadismo ha traído un sinfín de desaciertos éticos en el entorno de Latinoamérica. El foco judicial sólo es digno en el sentido en que se materializa mediante el proceso adecuado.

En materia de la valoración de la prueba exigencia del juez es particularmente alta, pues las pruebas no tienen valor en sí mismas sino sólo cuando se llega a una conclusión de inferencia a través de ellas y esto sólo es logrado cuando se pasa por un proceso de unir el hecho indicativo como soporte acreditado de manera empírica en conjunto con una regla de plausibilidad que nos permite llegar al cómo entender un determinado fenómeno. Las expresiones que usa el hampa pueden tener un doble significado, las conductas erráticas de alguien cuando comete un crimen pueden ser atacados al afán de atender la urgencia de llegar a la impunidad y sólo la racionalidad las reglas de la experiencia pueden dar cuenta del sentido de una prueba. (Echandia, 2015).

Y así las cosas ese sentido también nos va a permitir definir si la misma es ilegal o ilícito y las consecuencias que la misma se derivan, en el marco de la ilicitud también hay que valorar la gravedad de la violación de la estructura fundamental pues puede implicar una frente directa a la dignidad humana y una invalidación de todo el procedimiento.

Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (Corte Suprema de Justicia. AP 14 septiembre de 2009. Rad. 31500), hay que insistir como la ilegal es aquella que es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación entre otras; mientras que la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso.

La prueba ilícita que resulta nula por vulneración de los derechos fundamentales no produce efecto alguno, su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias y contamina otros medios de convicción que de ella se deriven. La prueba ilegal que debe ser excluida cuando el rito pretermitido en su recaudo, aducción o aporte es esencial, proyecta sus efectos a otro medio probatorio derivado, siempre que se acredite una muy conexa relación entre las dos, capaz de lesionar la misma garantía del debido proceso

Pero ambas son contradicción del debido proceso, por lo que el adecuado análisis para definir la calidad de vicio en la prueba, su ilegalidad o ilicitud, es una tarea de profunda carga ante el juez.

Asimismo, el juez tiene una responsabilidad con la verdad histórica, con la identificación de los hechos que sustancialmente van a definir una causa, con la justicia retributiva y quiénes se consideran víctimas en una causa iuris, con los fines de la pena, con su rol como representante de la dignidad y la soberanía popular, y con el mismo como comprometido a la magna tarea de impartir justicia.

La exigencia de los jueces particularmente alta en materia establecer si lo que ocurrió fue una ilicitud e ilegalidad en materia que ambos tendrían efectos diferentes, asimismo tendrán alta exigencia para evaluar el alcance de las pruebas de referencia que se susciten cómo conexas a una pura generada ilícitamente y finalmente siempre será garante de los derechos humanos y fundamentales que no pueden ser afectados sobre texto de un interés de justicia.

Así que hay una exigencia carácter hermenéutico, ético, procesal, garantista, de inferencia y justicia. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-396 de 2007, precisó: *“la búsqueda y realización de la justicia constituye una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado social y democrático. En nuestro contexto constitucional, la búsqueda de la*

*verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección de la víctima y de eficacia de derechos de especial relevancia constitucional. De igual manera, advirtió que el principio de imparcialidad, impone que los jueces deben orientarse “por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. (Corte Constitucional, 2007) .*

#### **4.2. La prueba de referencia y límites de la teoría del árbol ponzoñoso.**

La jurisprudencia ha explicado que la prueba ilícita puede tener su origen en varias causas, a saber:

*“(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 c. penal), o de una falsedad en documento público o privado (art 286. 287 y 289 del C penal)”. (Corte Suprema., 2008).*

Tradicionalmente, en nuestra cultura jurídica, se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino en concreto que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión, sin embargo, el debate se endurece cuando incluimos las pruebas de referencia, determinadas como consecuencia de la prueba ilícita.

En estos casos la prueba podrá tenerse en cuenta siempre que cumpla los requisitos del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable en el marco del imperativo constitucional de la buena fe, pues nadie puede hacer valer en su beneficio su propio dolo.

El vínculo atenuado: Este primer criterio busca identificar el nexo causal entre la prueba ilícita y aquella derivada de esta. Si el vínculo es tenue debe admitirse la segunda, no quedando “*envenenada*” tomando como base el postulado constitucional referido a la buena fe (Corte Constitucional, 2002,). Evidentemente, el poder interpretativo del juez para tomar la decisión es bastante amplio, en vista de que el término “*tenue*” permite múltiples y abiertas apreciaciones.

La fuente independiente: Frente a este caso, el juez debe dilucidar entre la obtención de la prueba ilícita o ilegal, siendo que, si la prueba que se deriva de la ilegal tiene una forma de obtención o fuente diferente de la primera, se rompe la teoría del fruto del árbol envenenado, razón por la cual la segunda prueba no puede tornarse como ilícita o ilegal. En este caso mas que de condiciones de la regla de exclusión se trata de una no configuración, es mas bien el fruto de otro árbol, uno no ponzoñoso.

Evidentemente la exclusión de una prueba, no está legalizando los hechos acreditados en ella, mientras no se haya causado violación a los derechos humanos, el hecho sigue en disputa procesal “*si el conocimiento de hechos se obtiene a través de una fuente independiente pueden ser probados como cualesquiera otros*” (Guerrero, 2009, p. 257.). “*La crítica jurídica se apresuró pronto a hablar de una excepción a la regla de exclusión, pero el desarrollo de la dogmática probatoria, realmente ha encontrado que una interpretación correcta de las palabras usadas por la Corte en la sentencia 1920 no permite, hablar de una excepción a la doctrina de los frutos debido a que ella se refiere a los casos en los que la evidencia se ha obtenido por un medio perfectamente separado y distinto, de la producción ilegal, es decir, se trata de aquellas situaciones en los que para demostrar un mismo hecho existen dos caminos distintos, uno legal y otro ilegal, sin que concurra entre ellos vínculo alguno Por esa razón se habla de una fuente independiente, o como se suele expresar en la doctrina, el problema para el juez es definir cuándo se cosecha el fruto de un árbol venenoso y cuando de un árbol sano*” (Guerrero, 2009, p. 258.).

El descubrimiento inevitable: Esto ocurre cuando, pese a encontrarse el juez frente a una prueba que es nula de pleno derecho por ser ilícita o ilegal, la obtención de la otra prueba, de referencia, debe tornarse lícita pues se hubiese obtenido un todo caso. Casos de pruebas de ADN, protocolos del ente acusador, usos jurídicos, relaciones entre pruebas

Podemos aceptar esta variable cuando preexiste una información alterna de origen legal *“la aproximación histórica al problema de las excepciones a la regla de exclusión se relaciona básicamente con los costos que supone para un sistema de Estado de Derecho aceptar que los delincuentes queden libres por cuenta de las falencias en la recolección probatoria o en las violaciones al debido proceso por parte de las autoridades de persecución penal. Desde la famosa sentencia Mapp Vs Ohio la exclusión se aceptó como un remedio de creación jurisprudencial secundario para mantener vigentes algunos derechos constitucionales, pero en todo caso no se ha asumido que la exclusión de la prueba ilícita sea un derecho de los ciudadanos sometidos al proceso penal. Los argumentos que apoyan esta concepción del problema van desde aquel que predica que la regla de exclusión no puede reparar los daños que se generan por las actuaciones de persecución penal a determinados derechos, como por ejemplo el derecho a la intimidad, pasando por el rechazo de las posturas que ven en la regla una forma de protección secundaria de los derechos constitucionales hasta quienes le niegan el carácter de remedio disuasivo frente a la arbitrariedad policial o de un medio apto para mantener la integridad judicial y el principio de Estado de Derecho”* (Guerrero, 2009, p. 256).

### **4.3. Limite en los derechos humanos e inviabilidad de prueba de referencia.**

Se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilegal no invalida todo el proceso, pero es un error, tal principio debe ser exceptuado cuando se pretenda hacer valer en un juicio, prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las violaciones de derechos humanos, en casos de confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, en el marco de infracciones al DIH o con ocasión de un plan sistemático de afrenta a los núcleos esenciales de los derechos (Monsalve, 2010).

*En la prueba ilícita se entiende aquella que en su proceso de recaudo existió violación a garantías fundamentales o derechos humanos, la Corte ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías mínimas, en el marco del respeto de los derechos humanos y el debido proceso, como es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”* (Corte Suprema de Justicia, 1993).

En tal sentido bien identifica la jurisprudencia nacional el principio derivado de la universalidad de los derechos humanos según el cual es imposible tomar una decisión que se considere jurídica y que al mismo tiempo haya una violación de los derechos humanos.

Las garantías de la etnia humana se traducen en el marco de la máxima integridad y los núcleos esenciales de los derechos humanos, por lo tanto, afrentar contra los mismos es afrenta contra la dignidad humana y por eso intentar justificar su agresión es utilizar el ser humano como un medio y desproveer lo de su calidad de fin.

En ese sentido la violación de un derecho humano como una tortura, una ejecución extrajudicial, una infracción al DIH, se configuran en sí mismas como la máxima ponzoña que envenena el árbol del proceso y no existe fruto que no se contamine de ella, derechos fundamentales se desarrollan bajo el principio de inviolabilidad, como mencionábamos justificar los bajo ejemplos o pretextos de un interés general no es más que un sofisma de violación frontal macabra apertura a mayores violaciones.

debemos celebrar la claridad con la que el sistema colombiano hace uso del bloque de constitucionalidad de los procesos hermenéuticos y los estándares de derechos humanos, pues somos explícitos en que nada justifica violar un derecho humano.

Evidentemente reiteramos que existen casos donde no hay violaciones de derechos humanos sino afectaciones el procedimiento y que en aras de la verdad la justicia y la reparación puede proseguir se de ahí la exigencia en la labor del juez de tener conocimiento de los estándares de las exigencias y de las formas propias de los derechos humanos. (Urrego y Santamaria 2008)

### **Conclusiones.**

El juez debe verificar la tipología de la irregularidad para definir si se trata de una prueba ilegal o ilícita, en el marco de los derechos humanos ante lo que debemos decir de forma explícita, tras este análisis, que la prueba ilícita NO tiene validez, pero sus efectos como fenómeno jurídico puede que sí, siempre que sea por la acción de pruebas de referencia y en respeto de derechos fundamentales.

Hemos hecho un recorrido largo desde la epistemología propia del conocimiento, el derecho probatorio, garantías fundamentales en la Constitución y el debido proceso, las condiciones propias del código de procedimiento penal, el régimen

de validación exclusión de las pruebas irregulares, los límites que demarcan los derechos humanos, la pretensión de verdad y objetividad y la exigencia en la capacidad de discernimiento de la jurisdicción para poder identificar cada una de las categorías que nos interesan y subsumir adecuadamente las consecuencias jurídicas que se derivan.

El rol del juez tras la videncia una prueba ilícita está centrado en la validación de las consecuencias de la misma, guiado por un espíritu de justicia, por la optimización de los derechos fundamentales, por la búsqueda de la verdad, y por la fuerza del dios Hércules qué debe encontrar la respuesta correcta, habremos de enfrentar las causas sabiendo discernir cuando debemos superar el formalismo para buscar la materialidad y cuando debemos reprochar la infamia la violación de los derechos humanos.

Parece que en el fondo este ejercicio sólo es otra lista de la magna tarea de impartir justicia, aprovechamos este espacio para rendir un homenaje a todos los valientes jueces que enfrentaron con su inteligencia, valor y su vida la noble causa de perseguir la justicia y los derechos fundamentales.

### Referencias

Alflen Da Silva, K. (2006). *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. Bogotá, Editorial Temis S. A.

Aguilo. (2009). *Proceso, Prueba y Estándar*: Ara editores Perú

Alexy, R. (2008) *Epilogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales, traducción de Carlos Bernal*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (1997) *Derecho y argumentación*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Bacon, F. (1988). *El avance del saber*. Alianza Editorial, Madrid

Bernal C. (2005) *El derecho de los derechos*, universidad externado de Colombia, Bogotá

Blasco, A (2011) *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector Público*. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Congreso de Madrid.

Bobbio N, (2018) *Teoría del derecho*, Olejnik Ediciones: España

- Bobbio N, (1993) *Teoría General de la Política*. Madrid. Editorial Trotta.
- Bulygin, E. (2006) *El Positivismo Jurídico*. México, D.F., Distribuciones Fontamara, S.A..
- Capítulo 13. (2005) Libro Daniel 1-64. La sagrada biblia. Reina Valera. Argentina
- Capítulo 3 (2005) Libro reyes 16-28 la sagrada biblia, Reina Valera. Argentina.
- Copi, Irving y Cohen, Carl. (2007) *Introducción a la lógica*. México: Editorial Limusa
- Correa Restrepo, L. (2005) *Tendencias actuales del derecho procesal: constitución y proceso-* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- Echandia, D. (2015). La Valoración de la prueba. *Derecho y cambio social*, 3-5.
- Eisenmann, C. (1986). *La justicia constitucional y la alta corte constitucional austriaca*. Paris. Económica. 1986.
- Falcon y Tella. M, (1994) *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, editorial civitas Madrid.
- Ferrajoli, L (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (1978) Nietzsche, la genealogía, la historia, en *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid.
- Foucault M. (2017). *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa editorial, España.
- Julio Estrada A, (2000) *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá universidad externado de Colombia
- Gascón, M (1999) *Los Hechos en el Derecho*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.
- González, A. D. (2009). Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. *Legal Legis*, 123.
- Guerreo, O. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Kant, I. (2007) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Descargado de [http://www.librodot.com/searchresult\\_author.php?authorName=K](http://www.librodot.com/searchresult_author.php?authorName=K).

Kant, (2002) *crítica de la razón pura*. Editorial Tecnos, España

Kelsen, H (1962) *Teoría pura del derecho*. Paris. Dalloz.

Kelsen (2012), *Derecho y lógica*. México. Editorial Coyoacán. Traducido Ulises Schmills Ordoñez y Jorge Castro Valle.

Lacan J. (2010) *Escritos 2*. Argentina: siglo XXI Argentina

Hart, H. (1983). *Positivism and the separation of law and morals*. Oxford. Oxford Clarendon Press.

Hesse, K (2011). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Herrera A., E., y Cortés C., J. (2011). *Prueba ilícita y prueba ilegal, criterios de diferenciación*. Bogotá D.C

Higuera, D. (2015-A). *Le contrôle de constitutionnalité en France et en Colombie*. En France. Editions Universitaires Européennes.

Higuera, D. (2015-B). *Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales* Editorial Ibáñez ISBN: 978-958-749-475-4 V. 1000. P. 202. 2015.

Medina, R. (2017). *prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico-práctico en derecho comparado*. Universidad del Rosario, Bogotá.

Miranda, M. (1999) *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch.

Monsalve Correa, S. (2010). *La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113. Julio-Diciembre. Medellín.

Nietzsche (2019), *La gaya ciencia*, José J de Olañeta. España

Nino, C. (1997) *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

Platón, (2009) *La república*. Editorial Atenea LTDA, Colombia.

Quinche, M. (2008) *Derecho Constitucional*. Bogotá. Ibáñez.

Quinche, M. (2015). *La Acción de Tutela, El Amparo en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S.A

Osuna, N (1997) *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá universidad externado de Colombia.

Pérez Luño, A. (1998) *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Tecnos.

Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma

Schmitt, C. (1996) *La defensa de la Constitución*. Madrid. Tecnos.

Taruffo, M. (1990) “*Modelli di prova e di procedimento probatorio*», Rivista di Diritto Processuale, xlv, 2, pp. 429 ss.

Uprimny, R. (2005). *El bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Tomado de internet el 15 de febrero de 2006, a las 18:00. [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=7&id\\_publicacion=72](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72) Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-De Justicia.

Uprimny, R. (2006). *Hay que mantener la tutela contra sentencias*. Recuperado de [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=7&id\\_publicacion=72](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72).

Urrego C., C., y Santamaria T., A. F. (2008). Exclusion de pruebas ilícitas e ilegales que afectan la dignidad humana del procesado. *Revista De La Universidad Libre* Vo. 1

Younes Moreno, D. (2005) *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá. Ed. Ibáñez.

### **Normas y sentencias.**

Corte Constitucional sentencia C- 655 de 1997.

Corte Constitucional sentencia T-1012 de 1999.

Corte Constitucional sentencia C-252 de 2001.

Corte Constitucional sentencia T-555 de 2000.

Corte Constitucional sentencia C-699 de 2000.

Corte Constitucional sentencia C-650 2001.

Corte Constitucional sentencia SU-014, 2001.

Corte Constitucional sentencia SU 159 de 2002.

Corte Constitucional sentencia T- 685 2003.

Corte Constitucional sentencia C-591 de 2005.

Corte Constitucional sentencia C-396 de 2007.

Corte Constitucional sentencia T-310 de 2009.

Corte Constitucional sentencia SU-226 de 2013.

Corte Constitucional sentencia T-145 de 2014.

Corte Constitucional sentencia T-164 de 2018.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993.

Corte Suprema., 2008, Auto del 10 de septiembre, radicado No. 29.152.