

# Principia IURIS 18



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A  
*Experiencia y Calidad*



**FACULTAD DE DERECHO**  
Acreditación de Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 25 abril de 2011



Principia IURIS    Tunja Colombia    N° 18    pp. 01 - 450    julio diciembre    2012 - II    ISSN: 0124-2067

**CIS**   
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
CATEGORÍA COLCIENCIAS 



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**SECCIONAL TUNJA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 18**

**Tunja, 2012-II**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	--------------------	-----------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

DIECIOCHO (18)

SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono :** (8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dirinvsociojuridicas@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:**

Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Ph.(c) Eyder Bolívar Mojica, docente investigador  
de la Facultad de Derecho

**Revisión inglés:**

Paola Torres

**Revisión francés :**

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad Paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**  
Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**  
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**  
Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**Ph. (c) Diego German Mejía Lemos**  
National University Of Singapore, Faculty Of Law

**Ph. (c) Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Ph.(c). Eyder Bolívar Mojica**  
Docente Investigador de la Facultad de Derecho

---

## **PARES ACADÉMICOS INTERNOS**

### **Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas**

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

### **Ph.(c). Robinson Arí Cárdenas**

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá. Ph.(c) Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá..

### **Mg. Fernando Arias García**

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

### **Ph. D. Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

### **Mg.(c) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magister en derecho administrativo de la universidad del rosario.Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

### **Mg. (c) Martin Hernández Sánchez**

Abogado, Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Cortes y Tribunales Internacionales de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

### **Esp. Rubén Darío Serna Salazar**

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

---

## **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS**

### **Mg. Dominic Têtu**

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

### **Ph. (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404 deibysaenzr@hotmail.com

### **Esp. Genaro Velarde Bernal**

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. En Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. En Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. De la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

---

# CONTENIDO

**Editorial ..... 11**

## **PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.**

1. OBJETIVOS DE LA HACIENDA PÚBLICA TERRITORIAL EN COLOMBIA ..... x  
**Ph. D. Pedro Alfonso Sánchez Cubides**

2. LA PROYECCIÓN SOCIAL COMO FORTALEZA EN UNA ESCUELA DE FORMACIÓN POLICIAL ..... x  
**Esp. Rosalba Rivera Dueñas**

3. BREVE HISTORIA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA DE COLOMBIA ..... x  
**Mg. Carlos Gabriel Salazar Cáceres**

4. INFORMALIDAD Y REGULARIZACION DEL SUELO URBANO ..... x  
**Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno**

5. EXTRADICION: DEL LEGADO DE LA ANTIGUEDAD A LOS MODERNOS PRINCIPIOS NORMATIVOS ..... x  
**Mg.(c) Martín Hernández Sánchez**

## **PARTE II. TEMA CENTRAL – MECANISMOS JUDICIALES PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

6. ¿GOZAN DE TRABAJO DECENTE LAS MUJERES DE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO DE EL ESPINAL-TOLIMA? ..... x  
**Esp. Lucas Caballero Martínez**  
**Ph.(c). Omar Ernesto Castro Güiza**

7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS ..... x  
**Ph. D. Alfonso Daza González**

8. CÓMO ERRADICAR LA EXPLOTACIÓN INFANTIL EN LAS MINAS DE CARBÓN DE BOYACÁ ..... x  
**Mg. Fernando Miguel Muñoz Buitrago**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
-----------------	-----------------	-------	-----------	-----------------	-----------	----------------

---

9. RECONOCIMIENTO, PROTECCIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA A CARGO DEL ESTADO ..... x  
**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas**

10. EUTANASIA, ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE ¿QUIÉN Y QUÉ LA DECIDE? ..... x  
**Ph. D. Olga Ligia Araque Moreno,**  
**Mg. Enrique López Camargo**

11. AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” ..... x  
**Mg. Carlos Andrés Aranda Camacho**

12. TERRORISMO, SOCIEDAD DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ... x  
**Ph.D Yolanda M. Guerra García**

13. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DILEMA DE LOS LÍMITES DE LA REFORMA ..... x  
**Abg. Fernando Tovar Uricoechea**

14. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS C-336 DE 2008, C-428 DE 2009 Y C-556 DE 2009 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL ..... x  
**Abg. Rafael Ricardo Hernández Barrera**

15. EL DERECHO AL USO DEL ESPACIO PÚBLICO: ¿UN TEMA URBANÍSTICO O DE CONSTITUCIONALISMO HUMANO? ..... x  
**Ph.D. Andrés Rodríguez Gutiérrez**

16. LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA ..... x  
**Mg.(c) Yenny Carolina Ochoa Suarez**

### **PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.**

17. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA? ANÁLISIS JURÍDICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL ..... x  
**Ph. (c). Eyder Bolívar Mojica**

18. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. ENSAYO DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA ..... x  
**Mg. Daniel Rigoberto Bernal Gómez**

19. EL COMERCIO ELECTRONICO ¿UN ESCENARIO SEGURO PARA EL CONSUMIDOR? ..... x  
**Mg. Andrés Bernal Salamanca**

---

## EDITORIAL

La jurídica que se lleva a cabo en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho, abarca temas de gran importancia nacional e internacional, dentro del ámbito de aplicación del derecho, siendo nuestra contribución a la vocación del jurista, en tal sentido presentamos la publicación científica especializada en áreas jurídicas y sociojurídicas, como espacio de calidad editorial, académica e investigativa.

En esta oportunidad Principia Iuris 18, presenta su publicación en tres partes. En la Parte I se desarrollarán temas resultado de diversos proyectos en materias de, los objetivos de la hacienda pública territorial en Colombia, la proyección social como fortaleza en una escuela de formación policial, una breve historia del desarrollo constitucional en la república de Colombia, informalidad y regularización del suelo urbano, extradición: del legado de la antigüedad a los modernos principios normativos.

En la Parte II Se tiene como Referencia un Tema Central: mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, en esta parte se desarrollan los temas como ¿gozan de trabajo decente las mujeres de los sectores público y privado de el Espinal-Tolima?, el principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados, cómo erradicar la explotación infantil en las minas de carbón de Boyacá, reconocimiento, protección y restricción de la libertad como obligación jurídica a cargo del estado, eutanasia, entre la vida y la muerte ¿quién y qué la decide?, avances jurisprudenciales de la responsabilidad médica del estado “la probatio diabólica”, terrorismo, sociedad del riesgo y responsabilidad del estado, la teoría de la sustitución constitucional y el dilema de los límites de la reforma, análisis jurisprudencial sobre la utilización del espacio público por vendedores ambulantes en Colombia durante los años 2007 a 2011, EFECTOS en el tiempo de las sentencias C-336 de 2008, C-428 de 2009 y C-556 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, el derecho al uso del espacio público: ¿un tema urbanístico o de constitucionalismo humano?

---

Se establece una Parte III. En el cual su tema central se Refiere a las temáticas internacionales, extranjeras o comparadas.en esta parte se desarrollan temas de: ¿es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema? análisis jurídico a través del derecho internacional y la la pérdida de investidura. ensayo de legislación comparada entre colombia y francia.

Agradeciendo a los múltiples participes de este espacio académico, invitamos a nuestros lectores.

**Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)**  
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

## LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA.

Mg. (c)Yenny Carolina Suarez Ochoa\*

Fecha de entrega: 18-07-2012  
Fecha de Aprobación: 30-08-2012

LA CARACTERÍSTICA DE LA VERDAD  
ES QUE NO  
NECESITA OTRA PRUEBA QUE LA  
VERDAD  
JEREMY BENTHAMAN

### RESUMEN\*\*

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista bastante de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. (Miranda Estrampes, 2004)

Hay que destacar que, en algunas ocasiones, estas diferencias terminológicas implican, también, verdaderas divergencias conceptuales. En nuestra doctrina, GIMENO SENDRA distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras la primera es la que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge, con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Distinta es la opinión mantenida por **PICÓ JUNOY**, para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar

\* Abogada – Universidad Santo Tomas, Especialista en - Derecho Administrativo Universidad Santo Tomas, Magister (C) en Derecho público universidad Santo Tomás, seccional, Tunja.

\*\* Artículo de investigación científica y tecnológica, resultado del proyecto terminado LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA, vinculado a la línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática del Centro de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Método Análisis Jurídico, tomado como fuente directas la normatividad aplicable y la jurisprudencia de las altas Cortes.

las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

### **PALABRAS CLAVE**

Prueba ilícita, Debido Proceso, prueba ilegal, prueba inconstitucional, prueba de alcoholemia

### **ABSTRACT**

The terminology has been used both doctrine and case law is far from uniform. Often terms are used interchangeably as the prohibited test or evidentiary prohibitions, illegal or illegally obtained evidence, illegal evidence or unlawfully obtained evidence illegally obtained evidence unconstitutional, null test, test flawed, irregular test, or even the underground test.

Note that, in some cases, these differences in terminology also imply real conceptual differences. In our doctrine, Gimeno Sendra distinguishes between illegal evidence and proof prohibited. For him while the first is the one that violates any law (not only fundamental, but also ordinary legislation), evidence is emerging prohibited, in violation of

constitutional standards of fundamental rights tuteladoras. Different is the view held by Pico JUNOY, for whom the terms prohibited illegal evidence and proof are not mutually exclusive, the latter being a concept that is graphic and expressive correct to describe the consequences or effects that illegal evidence prohibitive acts, that is, the ban ban admission and assessment.

### **KEY WORDS**

Illegal evidence, due process, trial illegal, unconstitutional test, breath test

### **METODOLOGÍA**

El presente trabajo investigativo tiene como soporte metodológico el estudio analítico – descriptivo, teniendo como base los conceptos básicos pertinentes al material probatorio y su validez dentro del debido proceso, así mismo, se desarrolla esta investigación por medio del estudio documental y doctrinal respecto al tema en torno a la legalidad de las prueba de acuerdo a la forma en que estas han sido adquiridas sin que se vulneren libertades y derechos que puedan afectar su procesar debidamente.

### **SUMARIO**

1. Introducción. 2. Artículo 29 Constitucional del debido proceso. 3. Prueba de alcoholemia. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos decantaremos por la utilización del término prueba ilícita no sólo por ser el de mayor aceptación en la actualidad sino, principalmente, por ser, en nuestra opinión, el que mejor sirve para delimitar su concepto, que se trabajaran respecto de los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, colombiana.

El artículo 29 de la constitución colombiana en su inciso final recalca lo siguiente:

*“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*

El constituyente primario quiso con este pequeño inciso proteger de una manera integral los derechos de los ciudadanos permitiendo con esto la exclusión del material probatorio violatorio de principios, garantías fundamentales y preceptos constitucionales, con esto se amplia el concepto integral del derecho fundamental al debido proceso, de un proceso justo; se debe buscar la verdad, ¡sí!, pero utilizando medios legítimos para su obtención y recaudo, no se debe justificar que en búsqueda de la verdad se pisoteen los derechos de los ciudadanos, todo con la excusa de el alcance real de la verdad; algunos juristas y sabios del derecho mas osados se atreven a hablar de la prueba ilícita respecto de la inclusión de esta dentro de el sistema argumentativo dentro del cual se debe sostener el administrador judicial a la hora de dictar sentencia, realizando por así decirlo una ponderación con el fin de sopesar la afectación del derecho al debido proceso en pro de procesos que realmente

contengan una decisión conforme a la verdad real de los hechos, y no decisiones judiciales fundadas en verdades procesales, en aquella verdad que se pudo probar, ocurre en algunos casos que no se falla de acuerdo a los hechos reales sino a los hechos que fueron debidamente probados, y esto vulnera según este grupo de juristas la justicia, ya que es una justicia parcial y realmente no vendría siendo justa; pero realmente se puede colocar como excusa para el alcance de la verdad real el no cumplir los parámetros constitucionales y legales para la obtención de un medio probatorio.

La problemática jurídica racional radica en el tratamiento que se le debe dar a aquella prueba obtenida mediante la violación del debido proceso; en si es correcto, valido constitucional y legalmente el tener en cuenta a la hora de fallar este tipo de prueba viciada por así decirlo, lo anterior con fundamento en el principio probatorio de la libre apreciación de la prueba, principio que definido según como: *aquella convicción del juez en la que debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana critica* (Parra Quijano, 2011); o por el contrario la prueba debe ser desechada mejor dicho no se debe tener en cuenta por haber violado el debido proceso, como lo recalca el mismo articulo 29 constitucional este tipo de prueba es nula de pleno derecho, con fundamento lo anterior en la vulneración de garantías constitucionales fundamentales, también apoyada esta teoría en el principio probatorio de la formalidad y legitimidad de la prueba, definido este principio como aquella cualidad legal de obtención de la prueba, *la prueba debe ser aprehendida,*

*para el proceso en forma valida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar además, su inmaculación, es decir exenta de vicios como dolo, error, violencia<sup>1</sup>; también encuentra fundamento esta exclusión de la prueba en el principio probatorio de la licitud de la prueba, respecto este principio parra Quijano en su libro manual de derecho probatorio recalca lo siguiente: “la prueba ilícita es aquella que seobtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.*

*Los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la defensa social justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de la libertad y de los derechos de las persona.(Quijano parra, manual de derecho probatorio).*

Para tratar de dar luz a esta disyunción jurídica debemos analizar de manera integral los conceptos que se han venido manejando por la doctrina y la jurisprudencia respecto de la prueba ilícita y sus consecuencias jurídicas, las diferencias conceptuales y consecuenciales con la prueba ilegal y la prueba inconstitucional, y analizar objetivamente el alcance jurídico que tienen dichos tipos de prueba viciada.

## **2. ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO.**

Como ya se dijo anteriormente el tema de la prueba ilícita se encuentra ubicado en primera medida en la constitución, mas exactamente en el art. 29 en su inciso final: “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”, esta disposición suprema, es tajante, ya que expresa la nulidad absoluta de toda aquella prueba obtenida de manera fraudulenta quebrantando el debido proceso, lo que nos lleva a pensar que toda aquella prueba violatoria del debido proceso debe ser desechada y no se debe tener en cuenta a la hora de un fallo justo, pero el problema radica, en primer lugar en la terminología que se ha venido trabajando para este tipo de prueba, llamada de esta manera prueba ilícita, prueba ilegal, prueba inconstitucional<sup>2</sup>, el segundo interrogante que surge es si a todas estas diferentes clases de pruebas violatorias del debido proceso se les debe dar el mismo trato y traen la misma consecuencia jurídica, la exclusión y nulidad de pleno derecho, y como ultimo acertijo jurídico que se nos plantea es si alguna de estas clases de pruebas violatorias puede ser valorada validamente por el administrador judicial sin incurrir en un fallo contrario a derecho.

A continuación trataremos de dar unas pequeñas pinceladas acerca de la diferenciación de los tipos de pruebas violatorias del debido proceso, haciendo un pequeño análisis de algunas definiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto

<sup>1</sup> *Ibidem*, p 10

<sup>2</sup> *Sentencia SU-159/2002 “El artículo 29 constitucional señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas; la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. la primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la practica 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 prueba es ilícita o no”.*

de dichas pruebas y sus respectivas consecuencias jurídicas y también miraremos y analizaremos algunas figuras jurídicas relacionadas con este temario probatorio violatorio con el debido proceso.

### 1.1 LA PRUEBA ILÍCITA.

Según el doctrinante ADA PELLEGRINI GRINOVER: “Por prueba ilícita en sentido estricto. Indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la constitución, frecuentemente para protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y de su manifestación como el derecho a la intimidad” (Peregril Ada, año 7).

Este tipo de prueba violatoria del debido proceso ha sido definida varias veces por las altas cortes colombianas en sus jurisprudencias, a continuación haremos referencia a algunas de esas sentencias en donde se hablo del tema de la prueba ilícita.

La corte suprema de justicia en uno de sus tantos fallos en los que se hace alusión al tema de la prueba ilícita, dice lo siguiente: “la prueba ilícita es aquella prueba que vulnera derechos fundamentales de las personas/ aquella prueba en la que se ve afectado por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención probatoria, dicha prueba ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita/ prueba obtenida con violación de derechos y garantías fundamentales<sup>3</sup>.

En otra ocasión la corte suprema de justicia de Colombia nuevamente se refirió al tema de la prueba ilícita referenciando lo siguiente: “es aquella prueba 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 de o la especie de la prueba así obtenida<sup>4</sup>.*

Y por ultimo resalta “La corte suprema de justicia, en reciente pronunciamiento jurisprudencial<sup>5</sup>, es mucho mas explicita en lo que se refiere a la prueba ilícita, manifestando que esta puede tener su origen en diversas causas en este sentido, puede derivarse de la violación al derecho fundamental de la dignidad humana, es decir reitera que su génesis puede estar en torturas, tratos crueles, inhumanos o degradable, al tiempo que particulariza situaciones antes no mencionadas, que igualmente infringen la dignidad humana tales como el constreñimiento ilegal y el constreñimiento para delinquir”.(Daza Gonzales, 2011)

También encontramos definiciones dadas por la doctrina jurídica colombiana, dentro de uno de estas grandes definiciones dadas por los juristas colombianos, hayamos una que quizás podría ser la mas precisa y completa definición, este sabio del derecho proclama lo siguiente : “La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de la prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición

3 corte suprema de justicia colombiana, Sentencia No radicado 32193, sala de casación penal.

4 Corte suprema de justicia, auto del 13 de mayo de 2003.rad 19250. MP. Jorge Aníbal Gómez.

5 Corte suprema de justicia, sentencia del 23 de abril de 2008, rad. 29416, MP Yesid Ramírez bastidas.

*de inviolables*<sup>6</sup> (Parra Quijano, *Manual De Derecho Probatorio*, p 20).

### **2 . 1 . 1    P E Q U E Ñ A    L Í N E A JURISPRUDENCIAL.**

A continuación haremos una pequeña línea jurisprudencial con el objetivo de analizar el tratamiento procesal que se le debe dar a la pruebas manchadas de ilicitud, con esta línea pretendemos esclarecer el tratamiento procesal valido para una prueba ilícita, para este pequeño trabajo tomaremos como referencia algunas de las sentencias mas relevantes en cuanto al tema de la prueba ilícita y su tratamiento procesal

#### **• PUNTO ARQUIMEDICO.**

Para iniciar el análisis jurisprudencial integral, en primer termino tenemos que identificar la sentencia que tomaremos como apoyo o punto de inicio, para este tema, como lo es la prueba ilícita hemos tomado como punto arquimedico la sentencia **T-233 de 2007**, en esta sentencia se entra a analizar el tema de la ilicitud probatoria y las consecuencias que trae consigo dicha ilicitud, la situación fáctica de dicha sentencia narra la situación del exgobernador del departamento de Casanare cuando en plena época de su campaña electoral para las selecciones de la gobernación de aquella época, el entonces candidato en medio del trabajo electoral, asistió a una reunión organizada por unos supuestos ganaderos, en medio de dicha reunión se intento sobornar a dicho candidato, estos sobornos al parecer provenían de grupos al margen de la ley, mas exactamente del paramilitarismo,

el entonces candidato al percatarse de la situación, salió inmediatamente de la reunión, al salir, al candidato se le informo como amenaza que dicha reunión había sido videograbada; tiempo después un miembro paramilitar en medio de las declaraciones ante la fiscalía informo a las autoridades de la realización de una reunión con paramilitares en donde se veía inmerso el entonces candidato a la gobernación de Casanare y que como prueba de su testimonio tenia el video de dicha reunión, posteriormente por aquel video la fiscalía inicio investigación preliminar que termino en acusación al candidato a la gobernación, por enriquecimiento, acusación que se baso en el video de la reunión; en dicha sentencia se analizaron varios puntos de vista fundamentales en cuanto a la prueba ilícita y su tratamiento procesal, en esta sentencia cabe anotar su gran contenido conceptual en cuanto al tema probatorio ilícito, en esta ocasión la corte constitución recalco que cuando se verifica la violación del debido proceso desde el punto de vista probatorio, independientemente de la fuente de ilegitimidad de la prueba, dicha prueba en el contexto del proceso dentro del cual pretende aducirse, es nula de pleno derecho la prueba en dicho proceso, también esta sentencia estableció que en primera medida la primer consecuencia jurídica que trae consigo una prueba ilícita es su no reconocimiento como prueba legitima en un proceso, por dicha razón debe ser excluida del acervo probatorio y del ejercicio hermenéutico del operador judicial en el cual debe fundar su decisión final, a esta exclusión en el mundo de la doctrina se le llama LA REGLA DE EXCLUSION, que como su mismo nombre lo indica es una pauta o regla que nos indica que

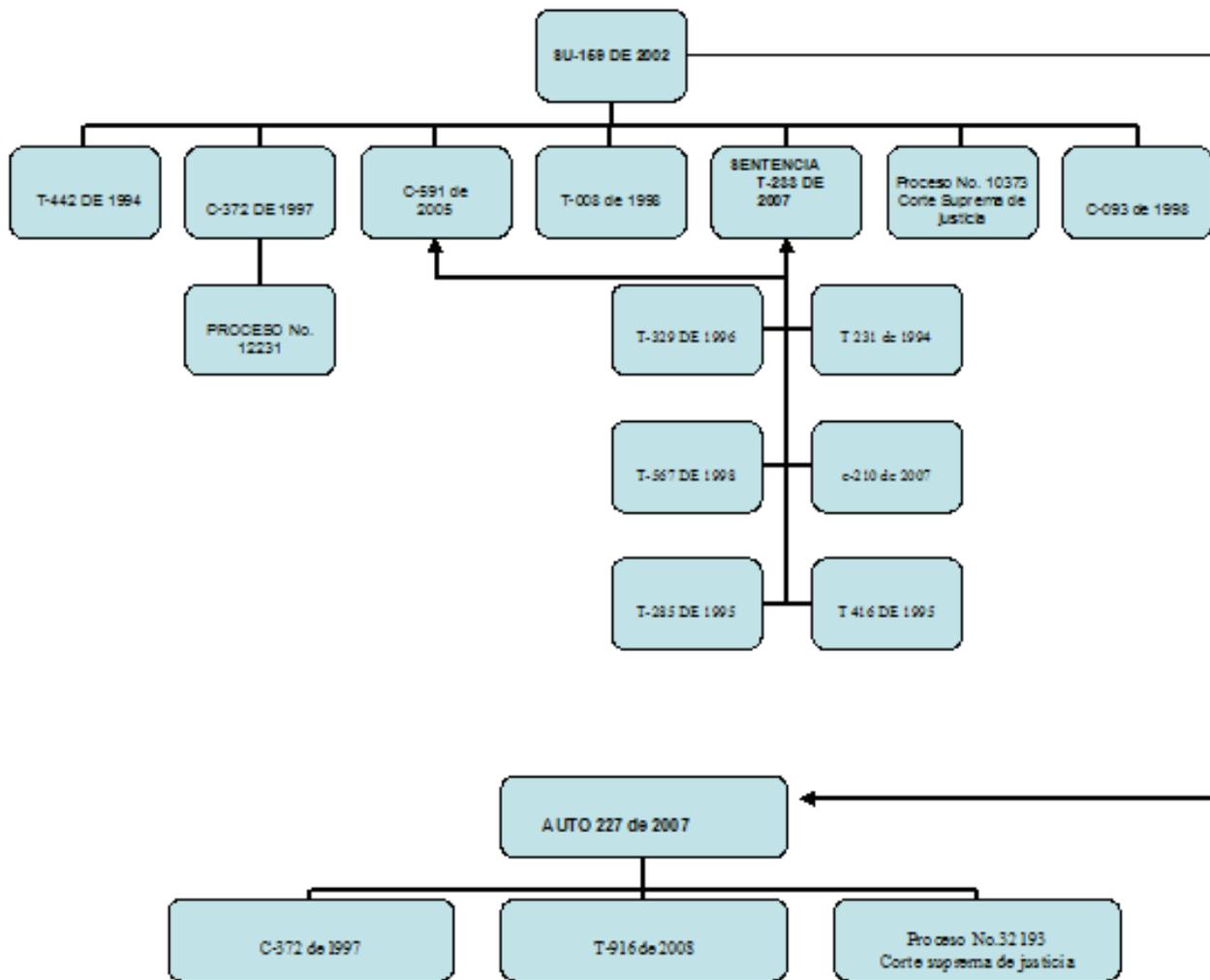
6 *Tribunal constitucional español en sentencia 114/1984 Y 127/1996 entre otras: la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables*

cuando en un proceso judicial se evidencia la existencia de una prueba violatoria del debido proceso se debe excluir del acervo probatorio y se debe tomar como una prueba nula de pleno derecho o sea una prueba que nunca nació a la vida jurídica por lo tanto prueba que no surtirá efectos

jurídicos validos, lo anterior se encuentra como regla constitucional establecida en el articulo 29 constitucional, inciso final.

Del punto arquimedico podemos elaborar la siguiente estructura de citas:

**GRAFICO 1**



**• ESTRUCTURA DINÁMICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.**

Ya habiendo visto y analizado los anteriores esquemas situacionales iniciaremos el verdadero análisis de nuestro problema jurídico a resolver para observar el comportamiento de las altas cortes frente al tratamiento que estas vienen dando frente a la presentación de pruebas ilícitas

en los procesos judiciales, para tal caso se ha formulado el siguiente problema jurídico a resolver **¿que tratamiento valido y legitimo se le debe dar a las pruebas que violen el debido proceso dentro de un proceso judicial?**; El principal interés de la graficación radica, , en la identificación de los patrones de cambio decisional a lo largo de la jurisprudencia”

GRAFICA 2

<b><u>¿Que tratamiento valido y legitimo se le debe dar a las pruebas que violen el debido proceso dentro de un proceso judicial?</u></b>		
<b>TESIS UNO</b>		<b>TESIS DOS</b>
La prueba violatoria del debido proceso debe ser excluida del proceso judicial que se pretende aducir y excluida del ejercicio hermenéutico jurídico que debe hacer el funcionario judicial a la hora de elaborar sus decisiones.	C-150/1993 C-491/19 95 C-217/1996 T-008/19 98 C-093/1998 SU-159/2002 C-591/2005 T-233/2007	La prueba violatoria del debido proceso debe incluirse dentro del mismo en razón a la facultad de la libre apreciación probatoria sustentando esto en la sana crítica; con estos métodos que de algún modo se depura la ilicitud de las pruebas.

Podemos observar en la grafica que la tendencia decisional frente al tema del tratamiento de la prueba ilícita dentro del proceso judicial se encuentra en un punto muy marcado hacia la posición o tesis numero uno y es parcialmente uniforme ya que existen dos decisiones judiciales que perturban levemente esa uniformidad, pero en general analizamos que es una línea decisional sólida marcada por una posición dominante.

Así mismo, se encuentra en un punto fuerte, de algún modo mas o menos estático, ya que, como lo hemos reseñado anteriormente la mayoría de decisiones indagadas dentro de la grafica de la línea jurisprudencial apuntan de manera marcada hacia una tendencia mas intensa y frecuente utilizada por las altas cortes colombianas, dicha tendencia es aquella en la cual los operadores judiciales al evidenciar la existencia de una prueba que atenta en contra de el debido proceso deben apartarla y excluirla del acervo probatorio, ya que es una prueba que se encuentra manchada de una ilicitud que es irremediable y por tanto se debe inaplicar. Esta teoría también encuentra sustento en el mandato constitucional del articulo 29 constitucional, en donde, toda prueba violatoria del debido proceso debe ser excluida y por tanto debe declararse su nulidad de pleno derecho, aclara la jurisprudencia y la doctrina que esta nulidad se debe decretar siempre cuando la afectación al debido proceso sea intensa y se haya violado derechos fundamentales para su obtención. Por tanto cuando se verifica la violación del debido proceso por parte de una prueba ilegítima, dicha prueba es nula en el contexto del proceso dentro del cual se pretende aducir<sup>7</sup>, la corte constitucional reitera a esta altura que lo

inconstitucional de la prueba impide pues considerarla valida y legitima dentro del proceso, en este punto debe ponerse en relieve que la frase utilizada por la carta superior colombiana es la de NULIDAD DE PLENO DERECHO frente a pruebas que atenten el debido proceso, expresión que indica la improcedencia de la convalidación por afectación absoluta del debido proceso, ya que nombramos el inciso final del art. 29 constitucional, vale la pena recordar que la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso encuentra sustento en un principio ético del estado de derecho que impide que el estado imponga una sanción por la comisión de un delito sobre la comisión de otro<sup>8</sup>, además cabe recordar también que en el derecho lo ilícito no genera derechos para los sujetos jurídicos, con esto se pretende proteger el estado de legitimidad. Eso si debemos aclarar que dicha nulidad se debe predicar de la prueba en si manchada de ilicitud mas no del proceso en general en el cual se pretende aducir y tener como prueba, claro esta siempre y cuando esta prueba ilícita no tenga tal grado de trascendencia, que haya sido el sustento mas fuerte para determinar y fundar la sentencia, si esto ocurriese en este caso el proceso si adolecería de nulidad ya que se fundo determinadamente en un material ilícito, por tanto el operador judicial no solo cometería una grave injusticia, sino que además su decisión o fallo configuraría una vía de hecho por la causal de defecto factico en su dimensión positiva por indebida apreciación probatoria, la dimensión positiva del defecto factico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso, se trata pues de la inclusión y valoración de la

<sup>7</sup> Corte constitucional colombiana, Auto 227 de 2007.

<sup>8</sup> Corte constitucional colombiana, sentencia T-233 de 2007.

prueba violatoria del debido proceso, cabe también resaltar que no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Debe de algún modo afectar un punto esquemático fundamental del debido proceso.

Ahora pues no debemos desconocer que en nuestra grafica de la línea jurisprudencial hay dos sentencias que se apartan un poco de la posición dominante, la tesis uno, aunque sea tenue la separación de dichos pronunciamientos debemos citarlos y analizarlos, dicho pronunciamientos judiciales que se apartan levemente de la posición mas fuerte en nuestra grafica son, **la sentencia T-008 de 1998 y la sentencia C 591 de 2005.**

En primer lugar **la sentencia T-008 de 1998** establece un acápite que es de sumo interés para esta pequeña parte de la grafica jurisprudencial” *el hecho de que un juez tenga dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, esto no quiere decir que la decisión que vaya a tomar sea calificada como vía de hecho*”, y es de suma importancia referenciar este pequeño acápite que por mas pequeño que sea, para el tema del tratamiento procesal de las pruebas ilícitas, es fundamental, ya que acá se establece un hito en cuanto al tratamiento de las pruebas ilícitas, puesto que con esta sentencia se empieza a quebrantar la posición radical de que frente a una prueba ilegal se debe inmediatamente excluir en el proceso, con este pequeño párrafo, nos da a entender que una prueba ilícita puede subsistir en un proceso, eso si siempre y cuando dicha prueba no tenga tal trascendencia que a la hora de que el juez realice la hermenéutica jurídica para sustentar su fallo, dicha prueba

manchada de ilicitud sea tan determinante que conlleve al juez a tomar cierta decisión basada en ese material probatorio ilegítimo.

De ese mismo modo la sentencia **C-591 DE 2005** establece lo siguiente: *“la prueba violatoria del debido proceso es de todas formas admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por medios lícitos”*, acá el acápite es mas exacto y determinante frente al tratamiento de la prueba ilícita, ya en esta ocasión la corte acepta aunque de manera tenue, la aceptación de una prueba ilícita dentro de un proceso, sin que de manera inlimine sea excluida del acervo probatorio, claro esta si se logra determinar que dicha prueba de todos modos hubiera sido obtenida de manera lícita. Aunque es un tenue discernimiento de la posición dominante, tesis uno, esto ya nos indica una posición diferente de la corte frente la prueba ilícita.

Ahora bien, luego de tener claridad frente a la posición de las citas jurisprudenciales referenciadas, debemos hacer alusión a la posición o teoría numero dos de la grafica jurisprudencial, posición en la cual una prueba ilícita debe ser aceptada y valorada por el juez pese a su irregularidad ilícita, en razón a la facultad de libre apreciación probatoria que tienen los administradores judiciales, facultad otorgada por la regla probatoria de la sana critica, los doctrinantes que propugnan esta teoría hablan de una limpieza de ilicitud; pero vemos que en la practica real jurídica esta posición o teoría no tiene asidero jurisprudencial, puesto que como se evidencio en la pequeña grafica jurisprudencial, la corte no avala esta teoría esto se evidencia en que ninguna posición de una alta corte argumenta dicha teoría

como parte de su considerando, es mas, ni siquiera la jurisprudencia nombra dicha posición meramente doctrinal. por tanto esta posición es inadmisibile en la vida practica por consiguiente se debe descartar a la hora de analizar el tratamiento de las pruebas ilícitas dentro de un proceso judicial.

### **2.1.2 TRATAMIENTO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA ILÍCITA**

Frente al tratamiento de la prueba ilícita se ha presentado un dilema jurídico que surge no en la uniformidad terminológica que se la ha dado a este fenómeno jurídico, sino la problemática jurídica principal es el tratamiento jurídico en si que se le debe dar a la misma y sus consecuencias dentro de un proceso ¿se debe tener en cuenta como parte de la carga probatoria que sustentara un fallo?, ¿se debe excluir por ser violatoria del debido proceso?¿se debe analizar la prueba a la luz de la sana critica, limpiando con esto su ilicitud? son tantos interrogantes que surgen frente a las consecuencias jurídicas dentro de un proceso en el que se allega un prueba ilícita, interrogantes que los podríamos resumir en una única pregunta para ser concisos y precisos: ¿QUÉ HACER CON LA PRUEBA ILÍCITA, ADMITIRLA O EXCLUIRLA?.

Algunos doctrinantes del derecho son rígidos y se ciñen al texto del artículo 29 constitucional inciso final, y por ende explican que el tratamiento a seguir para dicha prueba es la exclusión del proceso, se debe tener como no existente ya que dicha prueba esta viciada por ser violatoria del debido proceso y por ende su consecuencia jurídica es la nulidad de pleno derecho, en otras palabras la no existencia a la vida

jurídica de dicho material probatorio y por ende su exclusión in limine.

Otros juristas piensan de una manera totalmente diferente y discrepan parcialmente con la anterior postura o tesis, para ellos este tipo de prueba ilícita si podría ser admitida y valorada dentro de un proceso como parte de la carga probatoria que fundamentara y pesara a la hora del fallo final, lo anterior con fundamento en la facultad libre de cada administrador judicial de valoración probatoria, facultad otorgada por la sana critica, y el principio de la libre apreciación probatoria.

#### **2.1.2.1 NO ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia colombiana ha establecido las consecuencias de las pruebas violatorias del debido proceso, mas exactamente los efectos de la llamada prueba ilícita.

Según esta posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia colombiana las pruebas ilícitas no pueden ser incluidas dentro del acervo probatorio en un proceso judicial por haberse obtenido, aportado de manera contraria a derecho violando derechos fundamentales de las personas acusadas, juzgadas con esto se busca la protección primordial de los preceptos constitucionales y las garantías de protección de la persona, a palabras del tribunal constitucional español: “ *la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables*”<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Sentencias tribunal constitucional 114/1684; 127/1996.

Parra Quijano (2011) se refirió a este tedioso tema acotando lo siguiente: *“existen lujos, que el estado no puede darse, como sería violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger, para conseguir pruebas, ni construir sentencias sobre pruebas logradas por los litigantes con esa misma violación.*

*Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad, la violación de esos derechos o de la ley y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el estado asume estos criterios, el proceso tendría macula y autorizaría el juego sucio dentro de el, desvirtuando entonces su finalidad, de ser mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso, es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimularla”.*

Entonces la sanción que se aplica ante la existencia de pruebas ilícitas, en primer término, es su indefectible exclusión. Ahora, si es de aquellas pruebas que han sido obtenidas mediante la perpetración de crímenes de lesa humanidad como torturas, tratos crueles, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, se predica como segunda consecuencia, la declaratoria de nulidad del proceso, lo que importa es que ha sido obtenida mediante la comisión de un delito de lesa humanidad, hecho que contamina con vicio insubsanable a todo el proceso lo que hace necesaria su declaratoria de nulidad<sup>10</sup>.

Por consiguiente esta teoría del derecho probatorio propugna por que la prueba ilícita sea excluida del proceso y

posteriormente sea declarada su nulidad en caso de haber violación a garantías constitucionales como lo son los derechos fundamentales, pero algunos opositores a esta teoría alegan como argumento de defensa que el juez al no valorar una prueba esta guiando su fallo hacia una verdadera vía de hecho.

La corte constitucional en uno de sus magnos pronunciamientos hace mención al tema de la posible vía de hecho que puede incurrir un juez al no valorar una prueba ilícita y expone lo siguiente: *“las divergencias interpretativas respecto del material probatorio no constituyen fuente de violación del debido proceso/ la simple divergencia en la apreciación probatoria no es constitutiva de una vía de hecho judicial/ valorar una prueba no necesariamente implica admitir su contenido. La valoración de la prueba es precisamente el procedimiento previo que permite establecer si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica”<sup>11</sup>.*

Algunos juristas por el contrario afirman que al recepcionar, valorar y aceptar una prueba ilícita se puede estar incurrido en una vía de hecho por defecto fáctico en su dimensión positiva por indebida apreciación probatoria, la dimensión positiva del defecto fáctico por indebida apreciación probatoria se concreta cuando el juez somete a consideración y valoración un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso. Se trata de la inclusión y valoración de la prueba ilegal<sup>12</sup>.

Es bien importante comprender que existen dos clases de defecto factico,

<sup>10</sup> Corte constitucional. Sentencia C591 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

<sup>11</sup> Corte constitucional colombiana. Sentencia T-233 del 2007.

<sup>12</sup> Ibidem

el primero en su dimensión omisiva, *comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez* y en segundo lugar en su dimensión positiva, *abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución*<sup>13</sup>.

Retomando el tema de la configuración de una vía de hecho por defecto factico la Corte Constitucional en otro de sus fallos estableció los requisitos para que se configure el defecto fáctico ante la no exclusión de pruebas ilícitas: *“Para que la no exclusión de pruebas ilícitas configure una vía de hecho por defecto fáctico que dé lugar a la anulación de una sentencia se requiere que éstas tengan tal grado de trascendencia que hayan sido determinantes para fundar la acusación y la condena, y la corte en dicho fallo se cuestiona y se formula el siguiente interrogante ¿La no exclusión de unas pruebas, en gracia de discusión, ilícitas derivadas que forman parte del acervo probatorio conformado por muchas otras pruebas válidas y pertinentes hace que la sentencia sea nula? No. Esta Corte subraya que el artículo 29 inciso último de la Constitución claramente sanciona de nulidad únicamente a la prueba obtenida ilícitamente, no a todas las pruebas del acervo probatorio dentro del cual ésta se encuentre ni a la resolución de acusación y a la sentencia basadas en dicho acervo conformado por numerosas pruebas válidas e independientes en sí mismas determinantes*<sup>14</sup>.

Es importantísimo resaltar que siempre que se presenta la figura del defecto de apreciación de la prueba ilícita y dicha prueba ilícita es crucial en la incidencia de

la decisión judicial, el juez esta obligado a anular el proceso por violación grave del debido proceso

Ahora bien ya sabemos que la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que debe hacer el juez, pues a el le corresponde despojarse de su conocimiento e impedir su valoración, y debe excluir dicha prueba por violar preceptos constitucionales y lo hace a través de la figura jurídica de la regla de la exclusión.

### **2.1.2.2 REGLA DE LA EXCLUSIÓN**

La regla de la exclusión es una herramienta jurídica de la cual se pueden valer los jueces a la hora de la valoración probatoria, ya que con dicho instrumento jurídico se puede excluir una prueba que se encuentra manchada de ilicitud, material probatorio que viola el debido proceso y por esta razón no puede hacer parte de la carga probatoria que sustentara el fallo final en un proceso judicial., todo en Pro de la defensa integral del principio constitucional del debido proceso, entendido este como aquel principio que todo estado de derecho debe garantizar y respetar, constituye pues una garantía instrumental que posibilita la defensa jurídica de los derechos subjetivos y objetivos<sup>15</sup>.

*“Retomando el tema de la regla de la exclusión CHIESA APONTE (1992) considera que la regla de exclusión esta basada en razones de política publica, al tiempo que expone como fundamentos de la regla los siguientes:*

- *Disuadir o desalentar a los funcionarios del orden publico*

13 Corte constitucional colombiana, sentencia SU-159 del 2002

14 Ibidem

15 Corte constitucional colombiana, sentencia C-093 de 1998

*para que no violen la protección constitucional.*

- *Integridad judicial. Las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia de la constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida.*
- *Impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno<sup>16</sup>.*

*Ahora, en Colombia la regla de la exclusión esta determinada por la manifestación constitucional que expresa << toda prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho >> y por el artículo 23 del código de procedimiento penal que la consagra de manera explicita, indicando que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, debiendo excluirse de la actuación procesal, como también ocurre con las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia, es decir, las llamadas pruebas derivadas.*

*Lo anterior significa que las pruebas viciadas de ilegalidad en su obtención o producción o violatorias de los derechos fundamentales, se excluyen para todo efecto, es decir, no se tienen en cuenta por no existir jurídicamente; ello no necesariamente significa que la decisión final quede sin fundamentos, pues el juez, puede valerse de las pruebas restantes que no hayan sido objeto de exclusión y siempre y cuando no se este hablando de un caso de aquellos en el que la ilicitud de la prueba acarree también*

*la declaratoria de nulidad del proceso.*(Daza Gonzales, las pruebas en el nuevo sistema procesal penal 2010)

En conclusión la regla de la exclusión es una muy útil herramienta jurídica de la cual pueden hacer usos los jueces a la hora de la valoración y admisión probatoria en un proceso, una muy valiosa herramienta jurídica que tiene dentro de sus funciones la protección de la legalidad probatoria, protección a la legitimidad de todo material probatorio existente, y de aquel material probatorio o evidencia física derivada, esto es algo realmente interesante puesto que no solo se debe excluir aquel material probatorio viciado sino aquellas pruebas derivadas de una prueba manchada de ilicitud, pero esta exclusión obedece a unos criterios sin los cuales dicha prueba derivada no puede ser excluida del proceso, dichos criterios son: el vinculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable<sup>17</sup>.

Según criterio de la corte constitucional colombiana, se debe entender como vínculo atenuado el criterio según el cual si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulte ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad (Daza Gonzales, las pruebas en el nuevo sistema procesal penal).

Ahora respecto al segundo criterio, el de la fuente independiente, la corte constitucional colombiana hace referencia a la corte suprema de justicia de los estados unidos y expone que dicho criterio responde si determinada tiene una génesis distinta al de la prueba viciada de ilicitud,

<sup>16</sup> ERNESTO CHIESA APONTE. *Derecho procesal penal puerto rico y estados unidos. Ed fórum, 1992 PP. 284y 285 CITADO POR : DAZA GONZALES ALFONSO, las pruebas en el nuevo sistema procesal penal colombiano, universidad santo tomas, PÁG. 101*

<sup>17</sup> Artículo 45 del código procesal penal colombiano.

por tanto no sería aplicable la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso.

Y como último criterio tenemos el denominado descubrimiento inevitable, consiste en aquella prueba que es tenuemente ilícita y de todos modos hubiera sido obtenida por medios lícitos<sup>18</sup>.

### **2.1.3.1 INCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

Hay una posición doctrinaria que establece que la prueba ilícita puede ser admitida y valorada dentro de un proceso, según como no lo recalca Parra Quijano en su libro manual de derecho probatorio, la prueba obtenida de manera ilícita debe ser válida y eficaz en razón a tres argumentos objetivamente válidos.

El primero de estos tres argumentos hace referencia al principio jurídico de la búsqueda de la verdad real, en razón a este principio se dice que el objetivo final de todo proceso judicial es la búsqueda de la verdad real, eso si un proceso judicial válido debe propugnar por el respeto de los principios fundamentales de todo estado social de derecho.

El segundo argumento con el que **PARRA QUIJANO** defiende la validez de las pruebas ilícitas, es el principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materias, el juez maneja una cierta autonomía, eso si esa autonomía tampoco puede transformarse en discrecionalidad absoluta.

Y el último argumento con el que Parra Quijano defiende la validez probatoria de aquel material o evidencia manchado de ilicitud es, la prueba en si misma

considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico, los defensores de esta tesis argumentan, que los resultados de la prueba se miden en términos de verosimilitud mas no en termino morales, PARRA QUIJANO cita a LUIS MUÑOZ

SABATE para exponer su concepción acerca de la prueba ilícita en los siguientes términos: *“la prueba, en si misma, considerada tiene un fondo marcadamente metajurídico, y ellos es lo que nos ha permitido trazar una semejanza relativa entre el juez, el historiado y el investigador de otras disciplinas, prueba tiende a trasladar unos hechos a la presencia judicial, es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad”*.

Otra teoría en Pro de la validez de pruebas ilícitas es la de la regla probatoria de la sana crítica y la autonomía de apreciación probatoria que tienen los administradores judiciales, se dice que con la sana crítica y esa libre apreciación se puede sanear, limpiar las pruebas manchadas de ilicitud.

Quizás como último argumento cabría resaltar lo que expone la corte constitucional en uno de sus fallos, “no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad, la simple trasgresión de las normas procesales que regulan la inclusión de pruebas en las diligencias no implica afectación al debido proceso, por tal razón podríamos concluir que la idea de admitir y valorar una prueba ilícita no es tan descabellada jurídicamente hablando.

---

18 Corte constitucional, sentencia C-591 de 2005.

## 2.2 LA PRUEBA ILEGAL

Ahora bien la doctrina también maneja otro tipo de prueba que atenta en contra del debido proceso y es la llamada prueba ilegal, la corte constitucional entiende como prueba ilegal aquella prueba que se obtiene sin la plena observancia del debido proceso y las formalidades requeridas, a palabras de Daza Gonzáles *se entiende como una prueba que adolece de vicios que afectan su validez y ante su existencia el juez debe decretar su exclusión del debate probatorio y decidir con fundamentos en las pruebas restantes, se considera que la informalidad que afecta la producción de una prueba en particular no se proyecta mas allá de la prueba misma*".

En Palabras de la Corte Constitucional la prueba ilegal es aquella que viola las normas que persiguen la inserción formal de la prueba en el proceso<sup>19</sup>, también agrega la corte constitucional que la prueba ilegal debe ser entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio)<sup>20</sup> y por ultimo recalca esta misma corporación que la prueba ilegal se genera cuando su producción, practica o aducción se incumplen los requisitos legales, en esta eventualidad le corresponde al juez determinar si el requisito legal es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que hubo omisión de alguna formalidad<sup>21</sup>.

La única consecuencia jurídica que se puede pregonar para las pruebas ilegales es la exclusión del proceso de valoración

probatoria, *lo que significa que en el evento que se violen formalidades sustanciales de cada medio de conocimiento, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal, Así que el funcionario judicial simplemente deja de apreciar esas pruebas irregulares quedando supeditada su decisión al acervo probatorio restante*<sup>22</sup>.

## 2.3 PRUEBA INCONSTITUCIONAL

Esta es otra catalogación que se le ha dado a la prueba que atenta en contra de los principios del debido proceso, es la menos nombrada y utilizada por la jurisprudencia y la doctrina colombiana, según la corte constitucional colombiana la prueba inconstitucional resulta ser obtenida violando los derechos fundamentales.

En otro fallo la corte constitucional definió este tipo de prueba como aquella que transgrede el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales<sup>23</sup>.

Como vemos podríamos concluir según las definiciones de la corte constitucional colombiana que la prueba inconstitucional se podría catalogar como un símil de la prueba ilícita, ya que ambas tienen su génesis en su producción, práctica y aducción en la vulneración directa de derechos fundamentales establecidos por la carta constitucional, por tanto la consecuencia jurídica a dicha prueba es en primera medida es la exclusión y como vulnera derechos fundamentales la segunda medida a tomar por el operador jurídico es la inevitable nulidad plena.

19 Corte constitucional colombiana, sentencia T.-233 del 2007.

20 Corte constitucional colombiana, sentencia T-916 de 2008.

21 Corte suprema de justicia, sala de casación penal, proceso No 32193.

22 Corte suprema de justicia, auto del 13 mayo de 2003, radicado 19250, MP. Jorge Aníbal Gómez.

23 Corte constitucional colombiana, sentencia T-916 de 2008.

### 3. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA EN COLOMBIA.

Para nadie es un secreto el inminente peligro que reviste el conducir en estado de embriaguez, los desastres y las pérdidas humanas que se presentan diariamente por esta conducta totalmente reprochable, sería incalificable dejar esta conducta a un lado sin hacer nada, sin por lo menos aplicar lo dispuesto en el código para así evitar en el futuro más pérdida de vidas humanas y desastres en nuestra sociedad.

Esta demostrado científicamente mediante investigaciones que el alcohol produce en los humanos una pérdida de su capacidad física y mental para realizar acciones tan simples como el caminar, científicamente se ha definido el alcohol, como un depresor del sistema nervioso central, es decir, una sustancia que disminuye las capacidades en el cerebro y en la movilidad de la persona; ello produce que las reacciones sean mucho más lentas; además de que la percepción se reduzca, que haya fatiga y sueño en el bebedor, algo curioso que cabe denotar es que la ebriedad es un estado de intoxicación.

Por tanto debemos rechazar a toda costa este coctel mortífero, como lo es el alcohol y el volante; estudios científicos lograron establecer todos los efectos secundarios que produce el alcohol a la hora de conducir, dicho estudio arrojó los siguientes resultados: “Los efectos provocados por el alcohol en la conducción se pueden agrupar en tres tipos:

- *Efectos sobre la función psicomotora y las capacidades del conductor. El alcohol aumenta el tiempo de*

*reacción, es decir, se incrementa el tiempo que tarda la persona después de percibir plenamente las sensaciones y/o recibir información, en decidir qué debe hacer y cuándo debe actuar. También deteriora la coordinación bimanual y la resistencia a la monotonía, y se altera la capacidad para juzgar la velocidad, la distancia y la situación relativa del vehículo, así como la capacidad para seguir una trayectoria o hacer frente a una situación inesperada.*

- *Efectos sobre la visión. La acomodación y la capacidad para seguir objetos con la vista se deteriora, incluso con niveles bajos de alcohol en sangre. Además, se reduce el campo visual, se altera la visión periférica y se retrasa la recuperación de la vista después de un deslumbramiento.*
- *Efectos sobre el comportamiento y la conducta. El alcohol produce un efecto de sobrevaloración de la persona que da lugar a una mayor seguridad en sí mismo. Puede alterar la conducta-comportamiento, y bajo sus efectos no son infrecuentes las reacciones de euforia, agresividad, conductas temerarias...*
- *Además, si una persona consume alcohol durante mucho tiempo puede sufrir problemas de tipo físico como trastornos gástricos, problemas hepáticos (hepatitis, cirrosis, cáncer...), hipertensión arterial, problemas cardiovasculares, neurológicos, musculares, etc<sup>24</sup>”.*

24 <http://www.supermotor.com/revista//2004/12/254195.html>

Por las anteriores razones es que se debe rechazar el coctel mortal, alcohol y volante, y debemos prestar atención a todas aquellas medidas legales que tomo el estado colombiano para contrarrestar esta conducta totalmente censurable, para este caso en concreto miraremos la normatividad respecto de la prueba de alcoholemia que se le realiza a los conductores, analizaremos este conjunto legal normativo para determinar y conocer los derechos de estos conductores y con esto determinar cuando dicha prueba, prueba de alcoholemia, es ilegal, ilícita.

#### 4. CONCLUSIÓN

Por mandato constitucional, la obtención de toda prueba por medios fraudulentos, ilícitos, ilegales o inconstitucionales vulneraran el derecho al debido proceso y por lo tanto no tendrá validez procesal, lo que conlleva a su nulidad de pleno derecho. Solo en algunos casos planteados por la doctrina y por consideración de las cortes, es posible dar trámite a pruebas ilícitas o ilegales bajo determinadas circunstancias y teniendo en cuenta ciertos principios que no deben ser desconocidos.

#### 5. REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS

EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA Y SU TRATAMIENTO EN EL PROCESO PENAL  
› Capítulo I. La prueba ilícita: concepto y clases (2004) Autor: Manuel Miranda Estrampes Cargo del Autor: Doctor en Derecho. Fiscal. Profesor ordinario del Área de Instrucción de la Escuela Judicial (Barcelona)

PARRA QUIJANO, JAIRO, manual de derecho probatorio, librería ediciones del profesional Ltda., 2011, p 06. Ibidem, p 10

Sentencia SU-159/2002 “El artículo 29 constitucional señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho.

PELLEGRINI, ADA, revista de la asociación de ciencias penales de costa rica, año 7, No 10, pág. 23.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SENTENCIA No radicado 32193, sala de casación penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto del 13 de mayo de 2003. rad 19250. MP. Jorge Aníbal Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 23 de abril de 2008, rad. 29416, M.P Yesid Ramírez bastidas.

DAZA GONZÁLES, ALFONSO, las pruebas en el nuevo sistema procesal colombiano, universidad santo tomas, p 101.  
CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-591 DE 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN SENTENCIA 114/1984 Y 127/1996

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA T.-233 del 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SENTENCIA T-916 DE 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, PROCESO NO 32193.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, AUTO DEL 13 MAYO DE 2003, RADICADO 19250, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ.

[HTTP://WWW.SUPERMOTOR.COM/REVISTA//2004/12/254195.HTML](http://WWW.SUPERMOTOR.COM/REVISTA//2004/12/254195.HTML)