

LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Shirley Cristina Olaya Torres

Código 3200281

Séptima Cohorte

Juan José Viloría Pabon

Código 3200290

Cohorte Seis

DR. DAVID ROA SALGUERO

Tutor

Especialización en Derecho Sancionatorio

Universidad Militar “Nueva Granada”

LA PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL EN EL PROCESO DISCIPLINARIO¹

Resumen

El derecho disciplinario tiene como objetivo primordial indagar, investigar y sancionar las conductas irregulares que atenten contra los principios que rigen la función pública, los que deben ser atendidos por todos los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas.

Según la normatividad que existe actualmente en Colombia (artículos 20 y 129 de la Ley 734 de 2002, 15 y 85 de la Ley 1123 de 2007), una de las finalidades básicas del proceso disciplinario es la búsqueda de la verdad real o material. Lo anterior obliga, consecuentemente, que la decisión que resuelve el conflicto jurídico planteado en el proceso disciplinario para establecer el juicio de responsabilidad, deba basarse en una reconstrucción histórica verdadera de los hechos materia de investigación, la carga probatoria debe estar sujeta a la ley, lo mismo que la obtención de la misma, impidiendo que se desconozca el artículo 29 de la Constitución Política el cual hace referencia al debido proceso.

En este trabajo se hará un análisis detallado de la prueba ilícita y la obtención de la prueba a la luz del derecho sancionatorio, conforme a la Ley 734 de 2002.

Summary

El derecho disciplinario tiene como objetivo primordial indagar, investigar y sancionar las conductas irregulares que atenten contra los principios que rigen la función pública, los que deben ser atendidos por todos los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas.

Según la normatividad que existe actualmente en Colombia (artículos 20 y 129 de la Ley 734 de 2002, 15 y 85 de la Ley 1123 de 2007), una de las finalidades básicas del proceso disciplinario es la búsqueda de la verdad real o material. Lo anterior obliga, consecuentemente, que la decisión que resuelve el conflicto jurídico planteado en el proceso disciplinario para establecer el juicio de responsabilidad, deba basarse en una reconstrucción histórica verdadera de los hechos materia de investigación, la carga probatoria debe estar sujeta a la ley, lo mismo que la obtención de la misma, impidiendo que se desconozca el artículo 29 de la Constitución Política el cual hace referencia al debido proceso.

En este trabajo se hará un análisis detallado de la prueba ilícita y la obtención de la prueba a la luz del derecho sancionatorio, conforme a la Ley 734 de 2002.

¹ Proyecto de grado para obtener el título en especialista en derecho sancionatorio UMNG 2011.

Palabras claves: servidor público, prueba ilícita, derecho sancionatorio, ley 734.

Tabla de contenido

Introducción.....	4
1.LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN COLOMBIA	7
1.1 Principio de permanencia de la prueba	8
1.2 Principio de ineficacia o inexistencia por ilicitud probatoria	9
1.3 El principio de aseguramiento de la prueba:.....	9
1.4 El principio de comunidad o unidad de la prueba	10
1.5 El principio de publicidad	11
1.6 El principio de culpabilidad	12
2. LA PRUEBA	12
2.1. Clasificación de las pruebas	13
2.1.1 Prueba ilícita:	13
2.1.2. Las pruebas impertinentes	13
2.1.3 La prueba inconducente:	13
2.1.4 Las pruebas superfluas.....	13
2.2. De los medios de prueba en particular.....	14
2.2.1. La confesión.....	14
2.2.2. El testimonio.....	15
2.2.3. La peritación.	16
2.2.4. La inspección judicial o visita especial	16
2.2.5. Los documentos.	16
2.2.6. La prueba de indicios.	16
2.2.7. Las pruebas oficiosas o rogadas.....	17
3. DINÁMICA DE LA PRUEBA.	20
19 3.1 Aspectos a tener en cuenta en las pruebas en disciplinario. ...	20
3.2 Ilegitimidad de la prueba.	21
3.4 La situación de la ilegitimidad de la prueba en la Jurisprudencia Nacional.	22
3.4 La situación de la ilegitimidad de la prueba en la Jurisprudencia Nacional.	22
4. TEORÍA DEL CESTO DE MANZANAS PODRIDAS	23

4.1	La prueba secundaria.	23
4.2	Inexistencia de la prueba.	24
4.3	Apreciación integral de las pruebas.	24
4.4	Prueba para sancionar.	24
5.	El ordenamiento jurídico colombiano y su posición frente a la prueba ilícita en el derecho sancionatorio.	26
5.1	La constitución de 1991 y el debido proceso.	26
6.	LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS DERECHOS HUMANOS.	28
6.1	La sana crítica.	29
6.2.	La obtención ilícita de la fuente de prueba. Aspectos históricos.	30
6.3	Limites entre derecho sancionatorio y derecho penal.	32
6.4	La antijuridicidad.	33
7.	CONCLUSIONES:.....	35
	BIBLIOGRAFÍA.	36

INTRODUCCIÓN

En el régimen jurídico colombiano, la ley 734 consagra la normatividad para sancionar a los servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas que incurran en actos contrarios a sus deberes funcionales.

El derecho disciplinario es una rama del derecho aliado incondicional de la administración pública para sancionar conductas irregulares; surge a principios del siglo XX heredado del derecho inglés. Con el paso del tiempo se ha venido perfeccionando en aras de dotar de herramientas jurídicas a la administración para sancionar a los funcionarios públicos que sean encontrados realizando actos ilegales.

Este derecho sancionatorio es una rama esencial al funcionamiento del Estado, es el encargado de darle transparencia al comportamiento disciplinario de los servidores públicos en todo el país, fijando los deberes y obligaciones de ley de quienes lo integran. La norma que rige la vigilancia a los servidores públicos es la ley 734 de 2002, más que una creación legal es una vertiente del derecho público que tiene origen en la Constitución Política, y ha sido desarrollado legalmente por la jurisprudencia al amparo de las normas constitucionales que lo erigen como una disciplina autónoma e independiente, en especial deslindada del derecho penal y el derecho administrativo.

El derecho sancionatorio está especificado para hacer frente a dos temas como son el control de la corrupción estatal y el establecimiento del derecho, ligado con todas las garantías que debe tener un funcionario público cuando es cobijado por un proceso disciplinario.

En un proceso disciplinario, lo que determina la apertura de un caso o su archivo son los medios de prueba, las pruebas son la parte inicial para determinar si estas son verídicas o no, si se ajustan a la ley, cómo fueron obtenidas, si se violó el debido proceso, y esto es precisamente lo que tiene que determinar el juzgador apoyado en la ley.

La prueba ilícita en los procesos disciplinarios ha dado mucho de que hablar entre juristas y entendidos del tema, en este proyecto de investigación se hará un recorrido sobre el tema a partir de la jurisprudencia en Colombia, analizando sentencias emanadas de las altas cortes, donde se den claros juicios sobre lo que se entiende como prueba ilícita o ilegal y en qué casos los procesos pierden legitimidad y legalidad.

Según la normatividad que existe actualmente en Colombia (artículos 20 y 129 de la Ley 734 de 2002, 15 y 85 de la Ley 1123 de 2007), una de las finalidades básicas del proceso disciplinario es la búsqueda de la verdad real o material. Lo anterior obliga, consecuentemente, que la decisión que resuelve el conflicto

jurídico planteado en el proceso disciplinario para establecer el juicio de responsabilidad, deba basarse en una reconstrucción histórica verdadera de los hechos materia de investigación, la carga probatoria debe estar sujeta a la ley, lo mismo que la obtención de la misma, impidiendo que se desconozca el artículo 29 de la Constitución Política el cual hace referencia al debido proceso.

Los fallos de las altas cortes han establecido que en los procedimientos actuales, por virtud de la introducción de los principios de libertad probatoria, apreciación conforme a la sana crítica y el acervo probatorio, el juez y las partes tienen a su disposición una amplia libertad para apreciar que en las decisiones judiciales y administrativas impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material.

Por tal motivo y en virtud de lo anterior, el juez debe cumplir, como lo afirma la misma jurisprudencia, su misión de verdadero director del proceso en orden a materializar “el objeto primordial del proceso, que es la debida aplicación de la justicia y la búsqueda de la verdad”². Tan importante es el principio de investigación integral que su desconocimiento puede generar nulidad por violación al debido proceso, así lo reiteran varias sentencias emanadas por la Corte Constitucional³.

Las pruebas son la piedra angular de una investigación, sin ellas es imposible determinar responsabilidades, las pruebas aportan en la reconstrucción de los hechos. Es evidente que con el término prueba se hace referencia sintéticamente al conjunto de elementos, de procedimientos y de razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera. “Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba”.⁴

Para el desarrollo de este trabajo se estudiará en la primera parte los principios que rigen la actividad probatoria en el derecho disciplinario; luego un estudio de la jurisprudencia surgida de las altas cortes, teniendo en cuenta la ley 734 en sus artículos 128-144 que son específicos sobre la prueba en el derecho sancionatorio; para finalmente llegar a una conclusión de acuerdo a los análisis de la ley, la jurisprudencia y las normas establecidas en el Código Disciplinario Único.

² Corte constitucional Sentencia C- 874 de 2003 MP Ciro Angarita 2003.

³ Sentencias T-055, T-442 de 1994, T-324, T-329 de 1996, T-654 de 1998 y T-580 de 1999.

⁴ Taruffo Michele. La prueba de los hechos. Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 84.

1. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN COLOMBIA

Se puede afirmar que la actividad probatoria es el elemento más importante a la hora de sancionar a un agente público, se enmarca dentro del debido proceso, ya que en la práctica de la valoración correcta de la prueba se materializan las garantías al procesado, que son consustanciales al debido proceso en sentido material. El proceso debe avalar la refutación y el debate entre las partes en un plano de equilibrio, el objeto de discusión y lo que persigue es el conocimiento acerca de unos hechos. La reconstrucción histórica de esos hechos debe hacerse con acatamiento a los principios que constitucional y legalmente se le asignan a la actividad probatoria, en aras de respetar el debido proceso y las garantías de defensa y justicia material.

En el ámbito disciplinario existen unos principios propios de este régimen, que devienen en algunos eventos de la forma del proceso, y en otros, de la ley o de la jurisprudencia. Dado el carácter de proceso mixto con tendencia inquisitiva que adopta en su forma el proceso disciplinario ordinario de la Ley 734 de 2002, es consustancial.

1.1. Principio de permanencia de la prueba.

Este principio es de gran importancia porque conforme a él la prueba practicada y aportada al proceso desde las primeras fases investigativas, siempre que se hayan respetado las condiciones de validez, conserva su eficacia hasta el juicio, sin necesidad de ser practicada y allegada posteriormente al trámite. De la materia en la cual se inscribe el derecho disciplinario, como derecho de naturaleza sancionatoria, se desprende el principio de remisión al proceso penal en lo que concierne a la práctica y aproximación de la prueba, lo que queda de manifiesto por virtud de la misma ley.

En el régimen disciplinario de los abogados, el artículo 86 de la Ley 1123 de 2007, se señala que los medios de prueba contemplados en ese estatuto “se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”; y de otro lado, en lo que a la Ley 734 de 2002 respecta, se contempla en el artículo 130, artículo éste modificado en su inciso primero por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011.

Como medios de prueba tenemos: la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario, Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica. “Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las

disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.”⁵ La jurisprudencia constitucional ha tomado partido por esta misma fórmula en la sentencia C-107 de 2004, donde aclara la necesidad de respetar el debido proceso produciendo el efecto de la remisión en el tema probatorio, más allá de lo concerniente a la práctica de pruebas.

1.2 Principio de ineficacia o inexistencia por ilicitud probatoria.

Este principio declara cuándo la prueba es real o ficticia, ya sea por inexactitud o ilicitud probatoria, cual presupone que la prueba obtenida sin el cumplimiento de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente, lo que significa que esa prueba no produce efectos jurídicos, y se tendrá como si no hubiese nacido a la vida jurídica.

El artículo 140 de la Ley 734 de 2002 así lo reitera: “La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.”⁶

En constituciones de otros países, la prueba así obtenidas, simplemente es excluida o declarada nula. En derecho disciplinario tales medios de prueba son inexistentes. Es decir la prueba como tal nunca existió y frente a esto no existe reposición, dado el carácter prevalente de las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, se ha establecido así en el ámbito del proceso disciplinario administrativo.

1.3 El principio de aseguramiento de la prueba.

Se encuentra contemplado en el artículo 136 de este estatuto, el cual señala: “El funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de las facultades de policía judicial, tomará las medidas que sean necesarias para asegurar los elementos de prueba”⁷. Si la actuación disciplinaria se adelanta por funcionarios diferentes a los de la Procuraduría General de la Nación, podrán recurrir a esta entidad y a los demás organismos oficiales competentes, para los mismos efectos en cuya virtud el funcionario de esta entidad que adelanta el trámite procesal, en ejercicio de facultades de Policía Judicial, adoptará las medidas que sean necesarias para asegurar los elementos de prueba”.

1.4 El principio de comunidad o unidad de la prueba.

⁵ Ley 734 artículo 130 código disciplinario único.

⁶ Ibídem artículo 140 CDU

⁷ Ley 734 código disciplinario único artículo 136. Bogota 2002.

Este principio permite que la prueba se aísle de todo protagonista del proceso una vez sea ingresada o practicada una prueba la misma se independiza del sujeto que la solicitó, aportó o del origen oficioso, para aprovecharse, de conformidad con la sana crítica y su valoración integral, bien para fundar la responsabilidad, los atenuantes y agravantes de punibilidad o las eximentes de responsabilidad. El artículo 141 señala que “las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas En que esta se fundamenta⁸.

La jurisprudencia constitucional se refiere a este principio cuando dice que las pruebas del sindicado no sólo sirven al interés particular de éste, sino también al esclarecimiento de la verdad.

La prueba tiene que practicarse con audiencia del disciplinado, debe tener la oportunidad de controvertirla, para lo cual deberá decretarse con anticipación, informándole hora y fecha de su práctica y permitiéndole intervenir en ella si así lo estima pertinente.

1.5. El principio de publicidad.

El objeto es darle la debida transparencia al proceso (artículos 138 del CDU y 93 de la Ley 1123 de 2007).

Todos los sujetos procesales tendrán las mismas oportunidades de aportar y controvertir pruebas, incluso de intervenir en su práctica. El principio de la utilidad de la prueba, según el cual no se practicarán y se rechazarán las pruebas ilícitas, impertinentes, inconducentes y las superfluas (artículos 132 del CDU y 88 de la Ley 1123 de 2007).

Hace parte de igual manera de este principio la utilidad de la prueba trasladada, según el cual “las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas”⁹ en los códigos disciplinarios (artículos 135 del CDU y 91 de la Ley 1123 de 2007), siempre y cuando se asegure su publicidad y su contradicción.

1.6 El principio de culpabilidad

Establece la garantía constitucional en virtud de la cual una persona no puede ser sancionada por la mera verificación de la comisión de un supuesto de hecho calificado como ilícito. La Real Academia de la Lengua Española define la

⁸ Ley 734 artículo 141 CDU 2002

⁹ Artículo 135 del Código Disciplinario Único.

culpabilidad como el “reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”.¹⁰

2. LA PRUEBA.

Al definir lo que se entiende por prueba, la Corte Constitucional ha expresado que con ella se designan realidades muy distintas. Así, en algunos casos, ella se refiere a la actividad encaminada a probar ciertos hechos; en otros, contempla los instrumentos que llegan a producir la convicción del juez acerca del hecho que se prueba; y en otras, es el resultado de las operaciones por las cuales se obtiene la convicción del juez con el empleo de aquellos instrumentos. La actividad probatoria tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso.

Los datos que conforman el contenido de las alegaciones procesales, generalmente están dirigidas a demostrar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y, eventualmente, a probar que dicho acto ha afectado situaciones jurídico-subjetivas que deben ser restablecidas y daños patrimoniales que requieren indemnización.

La jurisprudencia ha sostenido que las pruebas susceptibles de sustentar la legalidad del acto administrativo impugnado, son aquellas que acrediten su proceso constitutivo y que se encuentran en el expediente administrativo, de manera que si no lo están, la prueba de ellos en sede judicial es ineficaz. De esta forma, la administración no puede, en juicio, probar elementos distintos a los establecidos en el procedimiento administrativo y recogido en la motivación del acto impugnado.

De igual forma, si al particular la administración le niega un derecho por no haber acreditado los hechos en que fundamentó su solicitud, la prueba de ellos en sede jurisdiccional también resulta ineficaz.

2.1. Clasificación de las pruebas

En el ordenamiento jurídico las pruebas se encuentran de varios tipos, aquí se tienen presentes, las mas reiterativas en los procesos disciplinarios.

2.1.1 Prueba ilícita:

Es aquella contraria al ordenamiento jurídico constitucional o legal, cuando desconocen las formalidades sustanciales o afectan los derechos fundamentales

¹⁰ Diccionario de la real academia de la lengua, Barcelona 2008.

del disciplinado serán consideradas inexistentes (artículos 140 del CDU y 95 de la Ley 1123 de 2007).

2.1.2. Las pruebas impertinentes

Tienen que ver con asuntos que, muy a pesar de hacer parte del mundo fáctico, no son objeto de discusión en el proceso, tal como sucede con la vida íntima de las personas o el comportamiento sexual de las víctimas de dichos abusos.

2.1.3 La prueba inconducente

Es la que no apunta a la demostración de los elementos de la responsabilidad, de agravantes o atenuantes o de las eximentes de responsabilidad.

2.1.4 Las pruebas superfluas

Son aquellas que van en contra de lo probado. El director del proceso tiene que administrar eficientemente el tema probatorio, así lo reiteran las sentencias T-957 de 2006 y C-243 de 2001.

2.2. De los medios de prueba en particular

Son medios de prueba en este campo la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial y los documentos. Los indicios se deberán tener en cuenta al momento de la valoración probatoria (artículos 130 del CDU y 86 de la Ley 1123 de 2007). Sin embargo, ninguno de los dos estatutos disciplinarios contempló un sistema de números cerrados en materia de medios probatorios, pues los anteriores son enunciados, pero en los mismos artículos se expresa que se pueden practicar otras pruebas no previstas en ellos “de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales”.

Estos medios de prueba son:

2.2.1. La confesión

Para que la confesión sea válida deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 280 de la Ley 600 de 2000, a saber:

- 1) Que sea hecha ante funcionario judicial, lo cual no ofrece problema alguno en el derecho disciplinario judicial, puesto que los operadores jurídicos son funcionarios judiciales.
- 2) Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma, lo cual asegura el derecho fundamental constitucional de que da cuenta el artículo

33 de la Carta Política. Tal advertencia debe aparecer explícitamente consignada en el acto de declaración.

3) Que se haga en forma consciente y libre, como expresión del respeto de la dignidad de la persona y como manifestación de ella, lo cual viene demandado por los artículos 8 del CDU y 48 de la Ley 1123 de 2007.

2.2.2. El testimonio

Salvo las excepciones constitucionales y legales, el rendir testimonio en los procesos, es un deber que no admite excusa alguna. Desde el punto de vista constitucional existe un fuero de indemnidad por autoincriminación y por factores de parentesco que se convierten en garantía para el testigo con el fin de que se abstenga de rendir la declaración (artículo 33 de la Carta Política). Desde el punto de vista legal no existe esa obligación de declarar sobre un tema que se le ha confiado o se ha tenido conocimiento por razón de un ministerio, cargo u oficio por parte de los abogados, los ministros de cualquier culto permitido en el país y cualquier otra persona que legalmente le corresponda guardar el secreto profesional (artículos 266, 267 y 268 de la Ley 600 de 2000, por remisión autorizada) no puedan saber, ni escuchar las declaraciones de quienes les preceden” (artículo 273 ibídem).

- Identificar al testigo, tomarle el juramento o el compromiso de decir la verdad, señalarle las excepciones al deber de declarar, con las advertencias del artículo 269 ibídem.
- Informarle al testigo acerca de los hechos objeto de declaración y le ordenará que haga un relato acerca de lo que le conste respecto de los mismos. El funcionario judicial deberá abstenerse de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo” (artículo 274 ibídem).
- Podrá interrogarlo si lo considera necesario y conveniente.
- Le concederá la oportunidad a los sujetos procesales para que interroguen.
- Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos.

2.2.3. La peritación

La peritación es un medio especializado particularmente empleado para transmitir y aportar al proceso conocimientos acerca de hechos con trascendencia técnica, científica, profesional o artística. La peritación supone la aproximación al proceso de elementos técnicos, científicos o artísticos producto de un análisis que una persona experta en dicha materia realiza, con el objeto de esclarecer o precisar

una situación fáctica (artículos 249 de la Ley 600 de 2000). Como medio de prueba que es, la peritación aporta al proceso objeto de pruebas, por ello el perito emite juicios de valor sobre una ciencia, arte o técnica, excepto respecto de la situación jurídica y la responsabilidad (artículo 251 ibídem).

2.2.4. La inspección judicial o visita especial

Mediante este medio de prueba se verifica el estado de las personas, lugares, oficinas, dependencias, los rastros y otros efectos materiales que fueran necesarios y de utilidad para la realización de la investigación de la presunta falta y de los posibles autores de la misma (artículo 244 de la Ley 600 de 2000).

2.2.5. Los documentos

El Código Penal colombiano define el documento como “toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria” (artículo 294).

2.2.6. La prueba de indicios

Los indicios en materia disciplinaria están contenidos en la norma que regula los medios de prueba, a pesar de que no se dice en forma expresa qué son medios de prueba, debe entenderse que sí lo son dada su ubicación en la norma que los contempla. En esa inteligencia se les debe comprender como medios de prueba indirectos (artículos 130 inciso 2º del CDU y 86 inciso 2º de la Ley 1123 de 2007).

La jurisprudencia penal ha calificado al indicio como “medio indirecto válido, legal y autónomo de prueba”

Aquí surge la discusión sobre si el indicio es un medio probatorio o una forma de razonamiento con implicaciones probatorias, asunto que debe pasar a un segundo plano, toda vez que lo verdaderamente importante es atender a las reglas señaladas por la ley, a efectos de quitarle al indicio la siempre peligrosa subjetividad que se enmascara en la inferencia¹¹.

2.2.7. Las pruebas oficiosas o rogadas

¹¹ ¹³ Cfr. Devis Echandía Hernando. Teoría General del proceso, T II, pruebas judiciales. Bogotá, Editorial A.B.C., 1984, p. 627.

El juez disciplinario, como director del proceso, tiene una posición preeminente y reguladora. Es consustancial a esa posición preeminente de dirección del proceso que ostenta el juez en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva, la potestad que ejerce al disponer oficiosamente la práctica de pruebas.

A ello confluye necesariamente también el principio de investigación integral y la finalidad de arribar a una verdad real en el proceso. Por tal motivo, el proceso no puede quedar a la disposición de las partes y el juez asumir una postura de simple espectador. En el proceso disciplinario el juez tiene el deber de agotar todos los medios legítimos a su alcance para reconstruir de forma acertada la historia de los hechos.

Los artículos 128 y 129 de la Ley 734 de 2002, dan cuenta de esa potestad del juez disciplinario.

En la primera de esas disposiciones se expresa que “toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa.”¹² La segunda, por su parte expresa que “el funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio”¹³.

Por otro lado, los artículos 85 y 105 de la Ley 1123 también autorizan la práctica de pruebas oficiosas.

3. DINÁMICA DE LA PRUEBA

Con el concepto de dinámica de la prueba debe comprenderse las diversas etapas probatorias que existen en el proceso disciplinario, la oportunidad y facultad para solicitarlas y decretarlas; en fin, lo que concierne a la actividad probatoria de los intervinientes¹⁴.

3.1 Aspectos a tener en cuenta sobre pruebas en materia disciplinaria

¹² Ley 734 de 2002 Bogotá.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ No debe confundirse el concepto de dinámica de la prueba con el término carga dinámica de la prueba, respecto del último la Corte Suprema de Justicia, ha dicho “por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado- no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer... Porque, debe revelarse, no se trata de que el Estado deponga

En precedencia se han explicado algunas particularidades de las pruebas en el proceso disciplinario, basta precisar ahora, que en este campo, dada la naturaleza pública de la acción y las consecuencias procesales que señala la ley, la actividad probatoria está regida por el principio de la autorresponsabilidad, según el cual a las partes les incumbe demostrar mediante el aporte y solicitud probatoria, los supuestos de hecho de las normas jurídicas.

No pueden esperar que todo lo haga el juez. Ello es así al punto que “de tal manera ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras”. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad como las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no comprenderán las y los discentes que el tema de la ilegitimidad de la prueba tiene una fundamentación que deviene del modelo de Estado y de los valores y principios de rango constitucional.

Igualmente se cerciorarán de que el concepto del debido proceso al que alude el artículo 29 de la Carta Política, en lo que concierne a la ilegitimidad de la prueba, se extiende a su modalidad sustancial y por tanto la incorporación de pruebas ilícitas al proceso disciplinario no sólo compromete garantías procesales, sino también derechos fundamentales.

3.2 Ilegitimidad de la prueba

El tema de la ilegitimidad de la prueba debe ser analizado desde la perspectiva del modelo de Estado, la fuente constitucional del proceso y los mismos fines del proceso disciplinario. La característica fundamental de nuestro actual modelo de Estado es que es un Estado orientado a lo real y lo material, en la medida en que su finalidad es la de realizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los individuos, en ese contexto la persona no es el medio sino el fin del Estado.

El derecho a probar encuentra su límite en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Partiendo de que posee también este rango, la interpretación que del concepto de prueba ilícita se haga debe ser restringida, pero sin perder de vista que el proceso -en palabras de COUTURE- es el medio de realización de la justicia y, por tanto, resultaría una *contradictio in terminis* que se admitiera la comisión de una injusticia de este tipo con el fin de lograr la Justicia con mayúscula.

3.3 Ilegitimidad constitucional de la prueba.

De forma expresa el constituyente de 1991 entronizó en el ámbito nacional la regla de exclusión de la prueba ilícita, disponiendo en el artículo 29 de la norma superior

que: “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”. De esa manera, por primera vez en el contexto nacional una Constitución toma partido por excluir del proceso aquella prueba que se aduce o practica infringiendo el debido proceso.

Fue clara la intención del constituyente de racionalizar al máximo la tarea de búsqueda de la verdad como cometido del proceso. Situación que pasó por alto el constituyente de 1886 y el mismo legislador procesal. Los dos estatutos otorgan especial trascendencia al concepto de debido proceso, tanto en lo formal como en lo material, lo que implica que las afectaciones a los mismos, en lo que concierne a la aportación de medios de prueba de índole ilegítimos, cuando ello produce una infracción de carácter sustancial, daría lugar a la aplicación al mandato del artículo 29 constitucional, la nulidad de pleno derecho y por tanto su exclusión del proceso.

El artículo 6 de la Ley 1123 de 2007, tema regulado en el mismo artículo de la ley 734 de 2002, determina que: “El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso”.

La mención expresa del legislador al tema del debido proceso material, sin lugar a dudas es darle relevancia a ese derecho fundamental para impregnarlo de los mismos efectos que produce su desconocimiento en sede constitucional, pues esta norma no es más que una regulación dinámica de un principio de rango constitucional.

3.4 La situación de la ilegitimidad de la prueba en la jurisprudencia nacional

En varias decisiones la Corte Constitucional ha hecho análisis del concepto de prueba ilegítima, se pueden mencionar entre otras¹⁵, empero resulta la mejor opinión, que las decisiones más importantes en este tema, aquellas que han realizado un estudio más riguroso y más extenso, sin que por su puesto se haya agotado la materia, lo constituyen las sentencias SU-159 de 2002 y C-591 de 2005.

En la primera de esas decisiones la Corte Constitucional dejó en claro que la prueba directa obtenida con violación del debido proceso y otros derechos fundamentales, es nula de pleno derecho y debe ser excluida materialmente del proceso.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha querido también limitar esa línea jurisprudencial excepcional, por lo cual de manera tajante se ha expresado de la siguiente manera:

¹⁵ Ver sentencias C-372 de 1997, T-008 y C-093 de 1998, T-453 de 2005 y T-233 de 2007.

“Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental como se dejó dicho”.

4. TEORÍA DEL CESTO DE MANZANAS PODRIDAS

Este símil sobre los problemas que genera la prueba obtenida ilegalmente, es similar a una manzana que se pudre y comienza a pudrir las otras. En el derecho sucede lo mismo, una prueba ilícita dentro del proceso invalida las pruebas relacionadas con esta, con lo cual genera una reacción en cadena.

El concepto de regla de exclusión lleva aparejado el efecto en virtud del cual en un proceso, no puede resultar admisible la evidencia o prueba que es producto de una actividad ilegal, llevada a cabo por las autoridades con funciones de investigación; o de persecución delictiva o disciplinaria.

El punto que antecede toda la discusión en esta temática en lo disciplinario, está relacionado con la sanción procesal que conlleva la regla de exclusión, esto es, la imposibilidad de utilización de la evidencia física obtenida en el registro, así como las declaraciones tomadas por la policía o las indicaciones realizadas por el arrestado que conduzcan a la consecución de pruebas incriminatorias. Pero esta sanción recae sobre la evidencia primaria de tal manera que no pocas veces se impugna la evidencia “secundaria” obtenida justamente con la ayuda de una prueba que debe ser excluida.

4.1 La prueba secundaria

En estas situaciones es necesario determinar si la evidencia secundaria resulta contaminada por la vulneración y si se trasmite a ella la carga de la violación constitucional, a pesar de su ilicitud. A este efecto “Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones:

- En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En este evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida.

- En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia.
- En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, al debido proceso y al derecho.

4.2. Inexistencia de la prueba

La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente, consagración que hace el legislador en forma contundente en el artículo 140 de la Ley 734 de 2002.

4.3 Apreciación integral de las pruebas

Hace referencia a que las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

4.4 Prueba para sancionar

Consagra el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 que no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

5. El ordenamiento jurídico colombiano y su posición frente a la prueba ilícita en el derecho sancionatorio

De acuerdo a las decisiones en cita, queda claro que en Colombia se aplica la regla de exclusión que da lugar a la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso en sentido sustancial.

Lo que se trata es de dejar por fuera la prueba obtenida ilegalmente y todas aquellas acciones que se sustentaron con esta prueba, la prueba inconstitucional directa y sus derivadas deben ser excluidas, más no se afecta el proceso en su

validez, salvo que la prueba inconstitucional sea única o sea principal en cuyo caso si la decisión final que declara la responsabilidad del procesado se funda en esa prueba, el vicio de la prueba también se transmite al proceso.

De igual manera se afecta la validez del proceso en aquellos eventos en los cuales la prueba es practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

5.1 La constitución de 1991 y el debido proceso

El Constituyente Colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP.29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas matizaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias.

En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva – *nulla poena sine culpa* – la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho a la defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in ídem* y de la analogía *in malam partem*, entre otros.

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías quedando a salvo su núcleo esencial, en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

La Corte constitucional ha sostenido “en relación con el poder de policía, predicable igualmente del poder sancionatorio de la Administración, que la imposición o medidas correccionales debe sujetarse a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción, en especial al principio constitucional de la presunción de inocencia.”¹⁶

Los principios contenidos en el artículo 29 de la Constitución tienen como finalidad preservar el debido proceso como garantía de la libertad del ciudadano¹⁷.

¹⁶ Corte constitucional, sentencia C- 534 de 2006.

¹⁷ Corte constitucional, sentencia C-534 de 2009.

6. LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Un tema controvertido, incluso por los gobiernos más reaccionarios al respeto por los derechos humanos, es la prueba como tal. La Corte Interamericana de derechos humanos manifiesta la importancia del debido proceso, como derecho primordial del sindicado, el debido proceso tiene como misión lograr que el inculcado tenga un juicio con todas las garantías procesales.

La CIDH observa que la expresión “garantías judiciales *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”¹⁸

En toda circunstancia significa que en lo sancionatorio (tanto penal como administrativo), tiene vigencia y validez el debido proceso, que incluyen pruebas, que son los elementos materiales para que el juez dicte una sentencia, en un país como Colombia con graves problemas jurídicos internos como la impunidad y los intereses oscuros, permiten que se inventen pruebas, se inventen falsos positivos para incriminar inocentes, o enemigos; de allí la necesidad de fortalecer el derecho al debido proceso expresado por la CIDH y ratificado ampliamente por el gobierno Colombiano.

La Corte entiende el debido proceso como una expresión de “Garantías judiciales”, como título del artículo 8 de la Convención Americana, cuyo uso de este término se refiere genéricamente a todos los distintos requisitos necesarios para el cumplimiento del debido proceso.

6.1 La sana critica

La sana critica como sistema de apreciación probatoria no es nada distinto a la aplicación de principios científicos, técnicos, psicológicos, de las leyes de la lógica pero particularmente de la lógica dialéctica no de la lógica formal que generalmente es desprovista de contenido y la aplicación de las reglas de la experiencia, todo esto concurre para efectos de la sana critica.

Cuando se trate de la prueba pericial se debe empezar por hacer una valoración del perito, porque a partir de esta premisa se revela la idoneidad técnico científica del perito, idoneidad que no se suple con su sola formación académica; con la preparación teórica debe concurrir también una buena experiencia profesional, toda vez que la eficiencia del perito está ligada directamente a su formación académica o teórica, a su experiencia profesional, a su capacidad de análisis, a su capacidad de razonamiento lógico y desde luego a la perspicacia del perito cuando aplica todo esto al examen o análisis de los elementos de prueba.

¹⁸ Corte interamericana de derechos Humanos san José de Costa Rica 2004.

Tan importante como los instrumentos de los cuales se sirve el perito es todo ese bagaje de conocimiento y de experiencia que aplica en el examen de los elementos de prueba, hay pues una relación directa entre la formación académica del perito, su experiencia profesional, y su capacidad analítica, pero además se requiere la idoneidad moral porque tres son las virtudes que deben concurrir en el perito: Sabiduría, Honestidad y absoluta imparcialidad.

6.2. La obtención ilícita de la fuente de prueba. Aspectos históricos

En primer término en el orden constitucional colombiano la ilicitud de la prueba hace referencia a la obtención de la fuente de la misma con infracción de derechos fundamentales, lo que importa por lo mismo su ineficacia y exclusión como tal en cuanto elemento de convicción en el proceso sancionatorio.

La ilicitud de la fuente de la prueba es, sin duda, una cuestión que se ha planteado con mucho mayor alcance en el proceso penal, lo que no significa sin embargo que no tenga repercusión en el resto del derecho sancionatorio. Prueba de ello son las sentencias y los fallos proferidos por las altas cortes sobre esta cuestión, quienes reiteran la conveniencia de la legalidad en la obtención de las pruebas por los entes de control como la fiscalía y la procuraduría, en la sindicación de un ciudadano.

En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada *exclusionary rule*, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (evidence) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado.

Esta regla fue creada en 1914 en el caso *Weeks v. United States*¹⁹, de aplicación restringida a los Tribunales Federales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso *Mapp. v. Ohio*, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta

¹⁹ 5 *Weeks v. United States*, 232 U. S. 383, 1914. Este fallo se considera como el precedente que da origen a la "exclusionary rule", aunque también pueden citarse los casos *Rochin v. California* (342 U. S. 165, 172, 1952, y *Elkins v. United Status*) 364 U. S. 206, 1960.

Enmienda y en su cláusula del "due process of law"²⁰, para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales²¹.

Como señala Esparza²², esta regla de exclusión constituye para el Tribunal Supremo un importante remedio disuasorio frente a los abusos de la autoridad y, particularmente, de los agentes policiales en su labor de pesquisa, al punto que sus efectos abarcan tanto la prueba obtenida de manera directa como también la derivada o indirecta, como se dejó en claro en el caso *Wong Sun v. United States*²³. Sin embargo, y considerando que la Cuarta Enmienda no se ocupa de la actividad de los particulares, la exclusión comentada no puede ser aplicada a aquellos casos en que la administración no ha participado en la obtención de las pruebas, aun cuando después haga uso de ellas²⁴.

Por otra parte, cabe agregar que la exclusión tampoco será aplicable a los casos de "descubrimiento inevitable" de la prueba, lo que ocurre cuando su obtención, aun cuando resulte de una actividad ilegal de la policía, constituiría sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del procedimiento de investigación en cuanto tal²⁵.

Por último, la regla solamente es aplicable al proceso penal, no siéndolo en cambio en los procesos civiles o administrativos de deportación, ni en procedimientos sancionatorios civiles en materia de impuestos²⁶. Otro autor

²⁰ 6 Sobre esta cláusula puede consultarse la Tesis Doctoral de Esparza Leibar (1996).

²¹ 7 A su vez, el antecedente de la regla de exclusión comentada la encontramos en la jurisprudencia británica, en el caso *Wilkes v. Wood*, de 1763, y *Entick v. Carrington*, de 1765. Al respecto, Fidalgo Gallardo (2003) pp. 88-94.

²² Esparza Leibar (1996) p. 111.

²³ *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 1963.

²⁴ Esparza Leibar (1996) p. 112, fundado en el caso *United States v. Jacobsen*, 466 U. S. 109, 1984.

²⁵ Esparza Leibar (1996), citando el caso de *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431, 1984.

²⁶ 12 Así se dijo para los procesos penales en *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338, 1974; para los procedimientos expropiatorios o confiscatorios en *Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 180 U. S. 693, 1965; para los procedimientos de deportación en *I. N. S. v. López-Mendoza*, 468 U. S., 1032, 1984; y para procesos sancionatorios civiles en materia de impuestos en *United States v. Manis*, 428 U. S., 433, 1976.

agrega también los casos de Juicios del Jurado y las vistas para la revocación de la libertad condicional²⁷.

6.3 Límites entre derecho sancionatorio y derecho penal.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado se afirma que la acción administrativa sancionadora se distingue de la acción penal por “el carácter eminentemente preventivo de la primera por oposición a la naturaleza esencialmente correctiva de la segunda”²⁸. Rebollo Puig (2005) afirma que la gravedad de determinadas conductas, que exigen una intervención de *última ratio*, son propias de un orden penal, por oposición a aquellas conductas que, bien siendo contrarias al orden jurídico preestablecido, exigen una intervención menos limitativa. Ciertas acciones delictivas pasan a la justicia ordinaria, la cual debe entrar a investigar para sancionar la falta; la distinción entre el derecho sancionatorio y el penal radica en la jurisdicción a quien pertenece el delito y quien debe juzgarlo.

Merkl (2004) y Garrido Falla, Palomar y Lozada (2006) se muestran partidarios en justificar la distinción entre uno u otro orden en razones de política legislativa y criminal, por lo que es esta valoración la que conduce a determinar conductas propias de un catálogo penal y aquellas que ameritan una intervención de naturaleza administrativa, por lo que la distinción radicará en el órgano competente para sancionar determinado por la política legislativa.

En el derecho administrativo sancionador el principio de tipicidad ha sido recogido por la doctrina y la jurisprudencia (Merlano, 2008, pp. 58 a 93), por lo que se considera esencial la descripción legislativa previa de las conductas sancionables y la sanción meritoria frente a tal previsión, conforme a las garantías materiales, temporales y formales, aunque en esta última se verifique una flexibilización del principio de legalidad debido a la posibilidad de habilitar fuentes normativas de segundo grado, como el reglamento (García Gómez de Mercado, 2007, p. 19 y ss).

De conformidad con estas consideraciones, se puede concluir que para que se estructure una infracción administrativa, a semejanza con el derecho penal, se requiere que la conducta haya sido descrita de manera “clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de estos, o sea las sanciones.”²⁹

²⁷ 13 Fidalgo (2003) pp. 49-51

²⁸ Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, rad. 1454 de 2002.

²⁹ Corte constitucional sentencia c- 769 de 1998, MP Vladimiro Naranjo.

6.4 La antijuridicidad.

El segundo eslabón que debe verificarse como categoría dogmática estructurante del ilícito es la antijuridicidad. El presupuesto constitucional de la antijuridicidad se encuentra en el artículo 6° que establece el principio de la responsabilidad jurídica, según el cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”³⁰, en concordancia con el artículo 90 sobre responsabilidad extracontractual del Estado y los artículos 91 y 124 constitucionales, que establecen la responsabilidad de militares, de los funcionarios civiles y de los servidores públicos, respectivamente.

La Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-818 de 2005 ha considerado respecto de investigaciones disciplinarias que el funcionario competente para sancionar, debe verificar la antijuridicidad material de la conducta imputada al servidor o particular investigado, expresamente prevista en el artículo 5° de la ley 734 de 2002, que dispone que: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”³¹

7. CONCLUSIONES:

- Para realizar el análisis del concepto del debido proceso y en él la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales, se debe estudiar la Constitución Política de 1991, partiendo del modelo de Estado adoptado: Social de Derecho, para llegar a los Derechos Humanos, tanto los reconocidos en la propia Carta Política, como los que se encuentran en los Instrumentos Internacional, y por ello hablamos de la Constitucionalización del Derecho sancionatorio.
- Se debe analizar el Acto Legislativo No. 03 de 2002 por el cual se reforma la Constitución política, de diciembre 19 de 2002, en la medida que define un sistema procesal de tendencia acusatoria, el cual tiene reglas propias frente a la prueba ilícita.
- Ley 504 de 1999, fija procedimientos frente a la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales. en ese sentido, necesariamente, se debe destacar la reglamentación que hace la ley frente a la exclusión de la prueba ilícita de manera general y particular en los casos de registros y allanamientos, con la claridad que sólo se puede utilizar para fines de impugnación.

³⁰ Constitución política de Colombia edit. Legis Bogotá 1997.

³¹ revista de derecho, universidad del norte, 30: 341-360, 2008 351

BIBLIOGRAFÍA

- Villegas Garzón Oscar; El Proceso Disciplinario. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2004. Segunda Edición. Páginas 341 a 386.
- Villegas Garzón Oscar, Práctica Forense Disciplinaria. Casa Editorial Grupo Ecomedios. Bogotá, 2003. Páginas 107 a 142.
- Carocca Pérez, Alex (2003): Manual De Derecho Procesal (Santiago, LexisNexis).
- Díaz Cabile, José Antonio y Martín Morales, Ricardo (2001): La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba (Madrid, Civitas) 245 pp.
- Esparza Leibar, Iñaki (1995): El principio del debido proceso (Barcelona, Ed. Bosch) 258 pp.
- Fidalgo Gallardo, Carlos (2003): Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 525 pp.
- Garberí Llobregat, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe (2004): La prueba civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch) 600 pp.
- Jimeno Sandra: Proceso Civil Práctico (Madrid, Ed. La Ley) vol. IV. Ley de Enjuiciamiento Civil y Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998): Informes a los Anteproyectos. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. 2005.
- Martínez García, Elena; "La evolución de la doctrina de 'los frutos del árbol envenenado' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 501-514. 2005. Valencia España.