

DISCUSIÓN

Illicitud de la prueba argumental en los procesos judiciales del ordenamiento normativo colombiano perspectiva en el derecho comparado

Simón Martínez Ubárnez

Universidad Popular del Cesar / Colombia

simonmartinez@unicesar.edu.co

Jhonatan David Rojas Olivella

Universidad Popular del Cesar / Colombia

jhonatandrojas@unicesar.edu.co

Resumen

Este artículo analiza el concepto, los supuestos e implicaciones de la ilicitud de la prueba en procesos judiciales. Partiendo de una descripción general del concepto de argumentación jurídica, enlaza con la definición, análisis y clasificación de los tipos de pruebas que concurren en un proceso judicial, en el caso específico del ordenamiento jurídico colombiano; y comparando aspectos similares en países con los cuales Colombia tiene afinidades en la materia; esto para definir el papel del juez como árbitro que pondera las pruebas con principios de sana crítica. Y concluye con los preceptos que el ordenamiento colombiano establece sobre el asunto

Palabras clave: Argumentación, Prueba Argumental, Proceso, Ilicitud, Validez.

Illegality of the argumental evidence in the judicial processes of the colombian normative order perspective on the right compared

Abstract

This article discusses the concept, assumptions and implications of the illegality of proof in court proceedings. Based on a general description of the concept of legal argumentation, it links with the definition, analysis and classification of the types of evidence in a judicial process, in the specific case of the Colombian legal order; and comparing similar aspects in countries with which Colombia has affinities in this area; this to define the role of the judge as a decision-making decision that weighs the evidence with a judgment of sound criticism. It concludes with the criteria that Colombian law establishes on the matter.

Key Words: Argumentation, Argumental Test, Process, Wrongdoing, Validity

Illégalité de la preuve argumentaire dans les procédures judiciaires du système normatif colombien, d'après la perspective du droit comparé

Résumé

Cet article traite du concept, des hypothèses et des implications de l'illégalité de la preuve dans les procédures judiciaires. Sur la base d'une description générale de la notion d'argumentation juridique, elle est liée à la définition, à l'analyse et à la classification des types de preuves dans un processus judiciaire, dans le cas spécifique de l'ordre juridique Colombien; et compare des aspects similaires dans les pays avec lesquels la Colombie a des affinités dans ce domaine; tout cela pour définir le rôle du juge en tant que décision qui évalue la preuve par un jugement de critique solide. Il conclut avec les dispositions que la loi Colombienne établit sur la question

Mots clés: Argumentation, preuve argumentaire, Processus, Illégalité, Validité

Aspectos Generales

Da mihi facta, dabo tibi ius
Aforismo latino

El ejercicio mental e intelectual que más caracteriza y debe realizar un profesional del derecho, en ejercicio de las tareas propias de esta profesión es el de argumentar –bien sea que actúe como litigante, defensor, fiscal, juez o magistrado, doctrinante, administrador o legislador-. Toda decisión judicial – concepto, fallo, veredicto, sentencia, etc.- debe estructurarse sobre sólidas bases argumentativas.

En este sentido, la argumentación jurídica hoy, ha cobrado mucho interés asumida como una disciplina especial en la que coinciden elementos de la filosofía del derecho y la lógica formal, que se ocupa de los aspectos relacionados con la aplicación práctica del derecho en su realización efectiva; campo en el cual, la argumentación se orienta a fundamentar y motivar los componentes valorativos de una decisión

jurídica, mostrando sobre todo, las fuentes reales en que se sustentan las premisas desde el punto de vista del origen normativo, así como de las demostraciones por hechos, presentadas en la correlación de hechos y pruebas y otras estimaciones que se esgrimen y hacen valer por el peso que tienen para generar convicción y propiciar una justa decisión.

La argumentación jurídica entra a ser de esa manera, una herramienta de la cual el profesional del derecho no podrá desentenderse en ningún momento de su ejercicio profesional, si no quiere correr el riesgo de incurrir en tropiezos, tanto en las decisiones que espera, como en las que le corresponda tomar. El contenido de la argumentación en el campo del derecho debe fundarse naturalmente, en premisas de carácter normativo y lógico.

Teóricamente, la argumentación jurídica hace referencia al conjunto de los estudios jurídico-filosóficos que manejan las diversas corrientes de pensamiento respecto a la naturaleza del contenido de las premisas argumentativas, desde la perspectiva de los operadores judiciales. Así pues, por su misma naturaleza, la argumentación jurídica se entiende en dos sentidos: el material y el pragmático.

En el primer caso, se asume que tanto las premisas como las conclusiones tienen el carácter de enunciados interpretados, es decir, enunciados aceptados por el sujeto argumentador, como verdaderos o correctos.

En la concepción pragmática se da mucha importancia al rol que asuma cada uno de los actores de la argumentación, lo cual puede ir desde los coloquios informales hasta los debates parlamentarios y jurídicos en un estrado judicial, tribunal o corte. En este enfoque tiene mucha importancia la deliberación

realizada por los sujetos, con el fin de justificar las opiniones que están creyendo tener o qué curso de acción se debe emprender o no en determinada situación.

Respecto a la concepción pragmática o dialéctica, Manuel Atienza, considera la argumentación como un tipo de acción o de interacción lingüística, pues la argumentación es un acto de lenguaje complejo que ocurre en situaciones determinadas; generalmente en el contexto de un diálogo con otros o con sí mismo; cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado de orden teórico, práctico, etc. y se acepta resolver el problema por medios lingüísticos, sin recurrir a la fuerza física o a otros tipos de presiones externas al discurso¹. Así, la argumentación es un proceso que se rige por expresas reglas de comportamiento lingüístico de los sujetos que intervienen en ella. Esta es la concepción que cabe encontrar en muchas teorías contemporáneas de la argumentación, como la de Toulmin o Habermas, y es, básicamente, el modelo al que obedece la nueva retórica de Perelman y la teoría de la argumentación jurídica de Alexis.

Por su parte Valbuena Padrón, cree que es importante no perder de vista el importante papel que juegan la argumentación, el razonamiento y la dialéctica en el campo del derecho. Así, por ejemplo, la dialéctica, entendida como ciencia filosófica cuando del estudio de la razón se trata, es el impulso a través del cual se alcanza la verdad, gracias a la secuencia coherente de los hechos, sucesos o acontecimientos con los que se nutre el proceso investigativo. Pero también, la dialéctica puede entenderse como el arte de argumentar sobre cualquier cosa probable o verosímil².

¹. Manuel Atienza: *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997

². Alice Valbuena Padrón: *Lógica jurídica*, Maracaibo-Venezuela, Fondo Editorial URBE, 2015

Estos tres elementos –razonamiento, argumentación y dialéctica- siempre mantienen afinidad a la hora de estudiar el proceso discursivo. Cuando se trata de la argumentación jurídica ésta se entiende modernamente como una actividad pragmática, en la cual se halla la razón de ser de toda la acción del jurista, considerada ésta como el acto donde el legislador crea la norma, el juez sus decisiones judiciales o el abogado la interpretación de ambas. En suma, se entiende como un proceso que permite la expresión del quehacer fundamental del derecho, en el cual está presente tanto el razonamiento como la dialéctica.

En la realidad práctica, la argumentación se ha ido consolidando como instrumento para introducirse y desenvolverse eficientemente en el tejido formal normativo, empleado por el legislador, en su condición de creador del derecho, pero también a nivel jurisdiccional en manos de los juzgadores, quienes deben recurrir a la argumentación para explicar o justificar sus decisiones judiciales. En este sentido, se puede afirmar que no hay práctica jurídica que no se sustente, ante todo, sobre la base del ejercicio argumentativo.

En general, la argumentación tiene gran trascendencia para el mundo jurídico, bien sea en los aspectos de la creación de las normas, el campo de las demandas y peticiones o la administración pública, lo mismo que en la investigación jurídica y la socio-jurídica para la generación de nuevos conocimientos sobre el campo.

Condensando lo arriba enunciado, en la nota preliminar de su monumental obra *Las razones del Derecho*, Manuel Atienza sostiene que “la práctica del derecho consiste fundamentalmente en argumentar... Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en

argumentar y todos convenimos en que la cualidad que mejor define a un ‘buen jurista’ tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad”³.

Y al señalar los ámbitos en los cuales tiene ocurrencia la argumentación, Atienza indica que son específicamente tres: 1. El de la producción del derecho, o de establecimiento de las normas jurídicas que ocurre en una etapa pre-legislativa y otra legislativa. 2. Ámbito de la aplicación, o sea de uso del derecho para resolver casos concretos, en el cual se presta especial atención a los problemas de la interpretación del derecho. 3. El ámbito de la dogmática jurídica, con sus funciones de suministrar criterios para la producción del derecho; suministrar criterios para la aplicación del derecho y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Los procesos argumentadores en el campo dogmático no difieren de los que se realizan en los órganos aplicadores en el segundo ámbito, ya que de lo que se trata es de suministrar a dichos órganos criterios orientadores de la toma de decisiones judiciales consistentes al aplicar la norma en cada caso⁴.

Como se puede inferir, la argumentación es de capital importancia en el ámbito jurídico, de su puesta en marcha depende que los actores de un determinado proceso puedan informarse y organizar ideas para decidir qué tipo de afirmaciones y/o decisiones son más apropiadas que otras en un caso específico; y el conocimiento de sus reglas ayuda a encontrar las premisas, razones y pruebas que tienen más fuerza persuasiva para ayudar a sustentar una determinada conclusión.

La argumentación jurídica emerge del aspecto probatorio y este a su vez, debe ser analizado crítica y racionalmente con el fin de que se pueda proferir una decisión justa, en el marco de principios y postulados

³. Manuel Atienza: *Las razones del derecho*, 2ª. Reimpresión., México, Unam, (2003), 2005, pp. XIII y 1

⁴ *Cfr. Ibíd.* pp. 2-3

del Estado Social de Derecho. Argumentar bien es también el medio más expedito para defender una idea u opinión, pues permite aportar las mejores razones que justifiquen la tesis o posición defendida.

En el campo jurídico la argumentación tiene conexidad directa –aunque no exclusiva ni excluyente– con el principio de oralidad; pues ambos fenómenos jurídicos obedecen al estudio y análisis probatorio que hacen los actores que intervienen en un proceso, para propiciar y decidir en materia judicial, o sea las partes en litigio y el que decide judicialmente. Por tanto, el éxito de una buena argumentación jurídica y la justeza de la decisión que se tome, dependen del acervo probatorio que se adopte en el proceso, el cual permite, junto con otros componentes, estructurar un buen discurso jurídico.

Respecto al acervo probatorio, en sentencia del 19 de febrero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia, ha conceptuado que las partes que acuden a la jurisdicción deben

“...Brindar al juez todos los elementos que consideren necesarios para la prosperidad de sus pretensiones o excepciones, pero ello no implica que el juez sea un espectador en el proceso porque dentro de sus funciones se encuentra la de tomar las medidas indicadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, lo que de suyo propio lo faculta para decretar las pruebas de oficio que a bien considere necesarias⁵”.

Lo establecido por la alta corte colombiana deja claro que, de acuerdo con sus pretensiones o aspiraciones de reconocimiento de un derecho, son las partes interesadas en el proceso, las que deben, en aras de cuidar de sus asuntos, presentar ante el decisor judicial los elementos necesarios, para lograr la prosperidad de sus pretensiones o la salvaguarda de sus intereses en el litigio. Es aquí en donde cobra verdadero sentido el aforismo latino “*Da mihi facta, dabo tibi ius*”, dame un hecho (una prueba) y yo te

⁵ República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-739/15*, 1 de diciembre de (2015). Magistrado: Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

daré el derecho; lo cual exige a las partes ir directamente a los hechos probatorios, pues se supone que “*iura novit curia*”⁶, que el tribunal conoce el derecho o en otras palabras, el juez debe conocer el derecho, y en consecuencia, el decisor judicial no tiene que ajustarse estrictamente a los argumentos de orden jurídico esgrimidos por las partes para motivar sus sentencias; y en cambio, puede apoyarse en razones jurídicas distintas conducentes a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones de las partes, fundando el fallo en normas jurídicas que sean de pertinente aplicación aunque no sean planteadas por los litigantes. Sobre la carga de la prueba el Código General del Proceso establece en Colombia lo siguiente:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”⁷.

⁶. Respecto al sentido dado por la tradición jurídica latina a los dos aforismos, véase su análisis en el *Diccionario del Español jurídico*, de la Real Academia Española de la Lengua, dirigido por Santiago Muñoz Machado Disponible en: <https://www.rae.es/sites/file>

⁷. República de Colombia, *código general del Proceso*, art. 167, recuperado. Abril 1 de (2020), Disponible en: https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/167.htm

Del texto precedente se infiere la necesidad que tienen las partes en litigio de esgrimir y poner en escena toda su capacidad argumentativa ante el juez; capacidad que como es obvio, tiene en la prueba todo el potencial necesario para alcanzar el éxito final en la decisión esperada, aunque en última instancia esta sea privativa del juez, quien no obstante, debe ponderar y sopesar las pruebas que ante él se presentan, evaluando, verificando, corroborando, apoyado aún en las partes interesadas, de tal modo que su decisión tenga la mayor claridad, veracidad, objetividad, legalidad, legitimidad y justeza.

Comparando brevemente lo normado en Colombia frente a lo dispuesto en dos ámbitos territoriales y jurisdiccionales diferentes, encontramos que la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, conceptúa que el estudio de la prueba no se hace con criterio estricto y riguroso, sino que más bien debe adaptarse a las exigencias de cada caso, atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados o rechazados por las partes y a la facilidad o dificultad de probar. Igualmente, acepta que los principios o normas que regulan la carga de la prueba no son absolutos, ya que ese carácter sería incompatible con la facultad que asiste al juzgador, en orden a examinar y valorar las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de las partes y de la actitud sincera o evasiva que estas asuman durante el proceso. De ahí que los principios rectores de la carga de la prueba son siempre supletorios y flexibles. En el mismo sentido, la Constitución Política Española, establece la base del compromiso de las partes y su obligación de colaborar con la justicia a través de jueces y tribunales en lo referente al trámite de los procesos, cuando ordena que *“Es obligado... prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*⁸.

En el ámbito suramericano, respecto a la carga de la prueba⁹ la jurisprudencia argentina, coloca su peso en cabeza de la parte que por su situación se halla en mejores condiciones de allegar prueba a la causa,

⁸ Constitución Española, artículo 118. Disponible en www.boe.es

⁹ Se asume aquí el concepto de Carga dinámica de la prueba (*onus probandi*) como esa concepción o teoría propia del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo.

sin distinguir si es demandante o demandada. En el ordenamiento argentino la carga de la prueba no depende de preceptos rígidos, sino de que conduzca a una solución justa según las circunstancias del caso. O sea que, en este sistema se da predominio a la carga probatoria dinámica, que pueda aportar la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así pues, la jurisprudencia argentina se ubica en el marco de la tendencia moderna del Derecho Procesal, en el cual, independiente del área que corresponda, la dinámica de la prueba tiene aplicación en todos los campos del quehacer jurídico.

Resumidamente, en sentido jurídico por prueba se entiende toda actuación procesal por medio de la cual, las partes buscan acreditar los hechos aducidos en una demanda o contestación a demanda, convenciendo al juzgador sobre la veracidad de éstos; en sentido más específico es la demostración histórica de la realidad de un hecho o de unos hechos que se consideran relevantes para evidenciar la existencia o pretensión de un acto jurídico, bien sea una pretensión, excepción, acusación o defensa.

Según la enciclopedia jurídica, “cuando los medios de prueba están previamente determinados e impuestos por la ley, la prueba se dice que es legal. En el caso contrario se dice que es libre¹⁰”. Este concepto se hace más concreto en lo tocante a la carga de la prueba, que señala la obligación de una de las partes en litigio que está obligada a probar un determinado hecho ante los tribunales, en el entendido que lo evidente se entiende como probado, pero lo anormal se debe probar. Cobra aquí sentido, el concepto genérico de prueba, entendida como demostración voluntaria o involuntaria de cualquier actividad humana.

¹⁰. *Término prueba*. Disponible en: www.enciclopedia-jurídica.com. Recuperado en abril. 1 de 2020

Concomitante con estos dos conceptos, está el de carga dinámica de la prueba, mediante la cual se asigna a la parte procesal que está en mejores condiciones de hacerlo, la carga de probar, es decir, que la carga dinámica de la prueba viene a ser algo pertinente en el proceso judicial¹¹

Bases formales.

En la práctica profesional de la abogacía el argumento jurídico es uno de los mecanismos más frecuentes de uso cotidiano, que reviste gran importancia en el ámbito jurisdiccional, pues con él se recurre a la norma, a la jurisprudencia y a la doctrina que son sus vertientes y factores fundamentales para resolver problemas y situaciones que la existencia social cotidiana está enfrentando. Y esto exige el estudio de las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas de procedimiento en ambos sistemas.

El cometido primordial del argumento jurídico es el de llegar a inferencias mediante un apropiado uso del razonamiento lógico, es decir, mediante la sustentación de tesis expuestas en forma de premisas, buscando llegar a una conclusión esperada. Aunque en la teoría de la argumentación se incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar decisiones aceptables bilateralmente; tradicionalmente su principal motivación se ha circunscrito al debate social en el cual, el objetivo principal es triunfar sobre un oponente. La argumentación es de ordinario el medio por el cual algunas personas protegen sus convicciones e intereses en un diálogo racional, en simples coloquios o durante el proceso de argumentación o defensa de ideas.

¹¹. Juliana Pérez Restrepo: *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – decaimiento de su aplicabilidad*, Medellín, Repositorio de la Universidad de Antioquia, 2011, p. 9

En el campo legal la argumentación asume una figura operativa diferente: es usada en los juicios, para probar y comprobar la validez de ciertos tipos de evidencias o pruebas. Haciendo claridad al respecto y destacando la naturaleza del argumento empleado en el campo del derecho, Perelman & Tyteca sostienen que el argumento de prestigio que se caracteriza con más claridad es el argumento jurídico, el cual utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como el medio de prueba a favor de una tesis¹². Dejando claro que el medio de prueba no se debe confundir con la prueba misma, ya que el medio, como su nombre lo indica, es el camino para llegar a la prueba, es decir, el mecanismo, forma o pretexto que se asume para obtenerla.

A lo largo de la historia, la lógica formal aristotélica se convirtió en el eje estructural y vertebrador de los argumentos jurídicos, situación que se ha venido debatiendo y cuestionando desde el siglo pasado; pues se considera y se plantea la insuficiencia de la sola lógica formal para lograr resultados satisfactorios en el campo de la argumentación jurídica, propiamente dicha¹³. En este debate ha cobrado fuerza la tesis que reconoce la importancia de la argumentación jurídica en sí, destacando la necesidad de acudir a otros elementos fácticos determinantes de la calidad de los resultados, como el concepto de dinámica de la prueba.

En el empeño de concebir la aplicación de la argumentación y el peso que tiene la carga de la prueba en el orden fáctico, no se debe perder de vista que estas actividades tienen aplicabilidad tanto en el

¹² Cfr. Chaïm Perelman & Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2009.

¹³ . Al respecto, pueden revisarse dos posturas que desde la primera mitad del siglo XX, surgieron en el ámbito hispanoamericano y son reconocidas como precursoras remotas de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Se trata de las obras del uruguayo Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva*, Montevideo, Centro Cultural de España, publicada inicialmente en 1910 y reeditada en 1963. La otra obra es la del guatemalteco Luis Recasens Siches *El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica*. México, Dianoia, publicado en 1932 y reeditado en 1956.

campo teórico como en el práctico y que operativamente, se pueden realizar de manera oral o escrita, pues ambas hacen parte de la acción racional del hombre.

En desarrollo del ejercicio argumentativo, se podría considerar que la implementación de la oralidad es una cuestión de carácter humano independientemente de que se instituyan normas jurídicas que la permitan o la limiten. En ese sentido, lo primordial es que se tenga una mejor disposición y una actitud receptiva diferente del profesional del derecho frente a ella.

Se reitera aquí el recurso del principio de la oralidad, ya que este es el instrumento instituido positivamente en cada uno de los procesos jurídicos de nuestro ordenamiento y, por ende, es base o fundamento de una buena elaboración para una argumentación jurídica en escenarios que privilegian el desempeño esgrimiendo esta competencia.

Pero, por otro lado, también debe quedar claro que el buen manejo de la carga dinámica de la prueba es el pilar fundamental para que se lleve a cabo una buena interpretación del caso con todos los factores implicados y poder lograr una adecuada argumentación, debido a que ella depende de la intuición y capacidad imaginativa que deben tener el juez y las partes que como actores intervienen en un proceso, con el fin de lograr dirimir un conflicto jurídico.

En términos generales, el concepto de proceso se refiere al conjunto de etapas que permiten lograr la ejecución de un propósito o una finalidad, por ello, se habla de procesos biológicos, políticos, económicos, culturales etc. Jurídicamente se entiende por proceso judicial una serie de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, los cuales se ejecutan ante los funcionarios judiciales competentes del

órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa o realización obligatoria de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre, desconocimiento o satisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal) y para la tutela del orden jurídico, la libertad individual y la dignidad de las personas en todos los casos.

Base conceptual

De todo lo precedente se colige claramente que merced a los medios de pruebas los procesos jurídicos logran o no su finalidad, ya que son esos, los que permiten al tribunal y a las partes construir el conocimiento del tema discutido fáctica y jurídicamente. El conocimiento y la argumentación jurídica dependen directamente de los medios de pruebas, los cuales deben ser evaluados objetivamente, con racionalidad y con criterio jurídico.

Al probar, no se trata de hacer mayores elucubraciones con relación al concepto o definición del proceso jurídico; de ahí la necesidad de ir rápidamente a los hechos probatorios, pues como quedó aclarado antes, se supone que “*iura novit curia*”, quien tiene la tarea tomar las decisiones en el escenario judicial sabe lo que debe hacer o sea, el juez conoce el derecho y su aplicabilidad; en consecuencia, las partes interesadas deben tener clara la necesidad de establecer la conexidad directa y necesaria que requiere hacer referencia al tema de la prueba y del argumentación jurídica con el proceso como tal.

En ese sentido, es importante asumir el concepto de prueba en el sentido preciso que se debe usar en el contexto de la argumentación, con el fin de delimitarlo apropiadamente y evitar ambigüedades. Para ello acogemos el concepto dado por Ossorio, quien la define como “Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigantes¹⁴”. Lo cual implica que además de su significado procesal, el valor de la prueba radica en el hecho de que es la razón para demostrar la verdad o falsedad en cualquier premisa o tesis, pero en los procesos judiciales, son objeto de prueba solamente los hechos controvertibles y solamente los hechos, no la ley.

De acuerdo con este autor, y también en el marco normativo colombiano establecido en el *Código General del Proceso*¹⁵ se pueden clasificar los medios de prueba admitidas por las legislaciones de muchas maneras, pero es claro que en Colombia “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. Pero, además, el mismo artículo determina que “El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales¹⁶”.

A continuación, se describe brevemente en qué consisten estos medios de prueba reconocidos por el ordenamiento:

¹⁴. Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta (s.f.) p. 625. 1564 de 2012.

¹⁵. República de Colombia, Ley 1564 de (2012). *Código General del proceso*, artículo 165

¹⁶. República de Colombia, Ley 1564, Código general del Proceso de Colombia. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html. Art. 165

1. De *indicio*, o prueba *indiciaria*, en el procedimiento criminal son las circunstancias que teniendo relación con un delito pueden fundar razonablemente una opinión sobre determinados hechos
2. Las *presunciones*, en algunas legislaciones las presunciones y los indicios son tratados como una misma realidad; o sea que también se les considera como las circunstancias o antecedentes que, teniendo relación con un delito, pueden fundar razonablemente una opinión sobre determinados hechos.
3. La *confesión en juicio* o absolución de posiciones, es generalmente admitida en el procedimiento civil y en el laboral con el fin de obtener de la parte contraria y en relación con los hechos debatidos, el reconocimiento de los que perjudican la posición litigiosa del confesante y favorecen la del que solicita la prueba.
4. Pruebas *de informes*, consiste en solicitar a los despachos públicos información relativa a hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables o de otras actividades del informante o relacionados con el juicio.
5. Prueba *instrumental o documental*, es la prueba formada por los documentos que las partes tengan en su poder y presente en el juicio dentro de los términos procesales oportunos; o que estando en poder de la parte contraria, se intime a esta para su presentación cuando por otros elementos de juicio resulta verosímil su existencia y contenido.
6. Prueba *testimonial o testifical*, es la que se obtiene mediante la declaración de testigos presenciales o referenciales, según conozcan directamente el hecho o por lo que otras personas les han manifestado. Las cuales están limitadas por los vínculos consanguíneos o afines que puedan tener con las partes.
7. Prueba *pericial*, es la que se infiere o deduce del informe de los peritos, en la ciencia o en el arte, sobre el cual verse la pericia, como las peritaciones médicas, psiquiátricas, psicológicas, contables, caligráficas, grafológicas, balísticas, alcoholemias, escopométricas, dactiloscópicas.

8. Prueba *tasada o legal*, es aquella en que el legislador determina los efectos que surte necesariamente sin posible modificación en sus resultados y consecuencias, por el juzgador obligado a aceptarla.

De todas maneras, teniendo en cuenta el valor asignado por cada legislación a determinado modo de pruebas, el juzgador deberá atenerse a ellas; no obstante, es él quien realizará la valoración de las pruebas con arreglo a su libre apreciación.

De lo planteado en los párrafos precedentes se infiere que el valor y peso de la prueba es una herramienta procesal única, que permite acreditar la incidencia de hechos que favorecen la aplicación de una norma de derecho favorablemente. En este escenario la prueba está constituida por los medios o mecanismos legales otorgados por el ordenamiento jurídico para aportar elementos de juicio permisibles en la relación procesal.

En consecuencia, la prueba es un derecho y a la vez un deber que tiene el actor procesal de aclarar, exponer o demostrar lo que alega o sostiene, aportando para ello los hechos que él asume como ciertos, de tal modo que una vez haya quedado establecida la veracidad de estos hechos, de ello se derive un juicio favorable por parte del juez de conocimiento. Aquí entra en juego el concepto de carga procesal, entendida como la “obligación que dentro de la marcha del proceso, corresponde a cada una de las partes... Entre esas cargas puede decirse que la principal es la que afecta a la prueba: y, en virtud de la cual, la persona que alega ante la justicia un hecho o reclama un derecho, ha de probar la realidad de aquel o la procedencia de éste¹⁷”

¹⁷. *Ibíd.* p. 109.

Valoración de la prueba

Con base en el principio clásico latino de “*iura novit curia*”, la actuación que asuma el juez ante la prueba permite reflejar y valorar su estado cognoscitivo y volitivo al concluir la actividad probatoria, es decir, su competencia jurisprudencial y su voluntad de fallar en derecho. Y es posible que, de los medios probatorios aducidos por los sujetos procesales, el juez llegue o no a un convencimiento en relación con los hechos que ante él se han querido acreditar los cuales deberá ponderar con sabiduría, medida y sentido ecuánime. De todas maneras, la decisión, aunque sea tomada respetando la imparcialidad e independencia de quien decide judicialmente, está no deberá estar alejada del marco de la ley y el derecho, atendiendo a la realización del supremo valor de la justicia.

Lo anterior, porque la decisión sobre el acervo probatorio —o conjunto de pruebas presentadas por las partes—, es decir, la aceptación o rechazo de las pruebas presentadas por las partes, no es una decisión, subjetiva, caprichosa e improcedente del arbitrante judicial. Él debe ajustar su actuación a criterios claros que le han de orientar dentro de lo establecido por el marco normativo dentro del cual ejerce y apoyado en las reglas de la experiencia; pues en el derecho hay normas procesales que están hechas para hacer efectivo el derecho sustantivo; son las normas sustanciales, que contienen los derechos y deberes de las personas, entre las cuales está las normas probatorias. El ejercicio de ajuste de su actuación se encuadra dentro de los principios de la sana crítica¹⁸ teniendo en cuenta que muchos textos legales recientes, conceden a los tribunales la facultad de apreciar la prueba según dichas reglas, para lo cual se guiará por criterios esenciales que, además de ser sus límites referenciales definen el deber ser del tribunal y el juez.

¹⁸. Cfr. Joel González Castillo, “La fundamentación de la sentencia y la sana crítica”, pp. 93-107, en Revista chilena de derecho, Vol. 33 N° 1, Santiago de Chile, 2006.

En el sentido del párrafo precedente, se puede sostener que el juez llamado a ponderar la prueba en conciencia, no es libre para valorar subjetivamente, pues en su labor de árbitro judicial y emisor de sentencia, debe atenerse al menos, a la lógica y a las reglas de vida que la profesión y el ordenamiento le han enseñado, pues apartarse de ellas es encaminarse por la vía de la arbitrariedad judicial y por ende a la incertidumbre de las partes que intervienen en el proceso y constituyen las principales objeciones al sistema de *sana crítica*. Hernando Devis Echandía, -quien entiende la prueba judicial como un conjunto de reglas reguladoras de la admisión, producción, asunción y valoración de la prueba y de los medios posibles para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso,- advierte respecto al descuido en la valoración de la prueba, que existe allí un “peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso, ni tenerse una seguridad probatoria, y de una incógnita (la sentencia) queda dependiendo otra incógnita (la convicción íntima)¹⁹”

En relación con la sana crítica que debe realizar el juez, Hugo Alsina sostiene que “Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y el espacio²⁰”. Por su parte, Eduardo Couture también define estas reglas de la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia²¹”

Teniendo en cuenta lo señalado por los autores antes mencionados acerca de los criterios de sana crítica para valorar las pruebas, se pueden asumir que desde el punto de vista lógico los criterios a aplicar a la prueba son los de validez y veracidad; pero también los que derivan de la experiencia se deben enmarcar

¹⁹. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, t.l., 1972, p. 105

²⁰. Hugo Alsina: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Editar S. A., 1956, p. 127

²¹. Eduardo Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, p. 195

dentro de la tradición jurídica del país y lo mandado por la ley. En este orden, para Colombia priman los criterios de licitud, legalidad y legitimidad de dichas pruebas.

El criterio de validez debe ser entendido como una característica del argumento en cuanto tal, y por tanto de la prueba que lo acompaña. De tal modo que un argumento es válido si la conclusión está determinada por sus premisas, independientemente de que éstas sean ciertas; dejando claro que tanto en los argumentos válidos como en los no válidos puede haber aseveraciones ciertas o falsas. Para aceptar la conclusión de un argumento como lógicamente verdadera, además de la validez lógica, es necesario considerar una restricción adicional referente a la veracidad de las premisas que lo constituyen. La regla lógica es clara al señalar que “De dos premisas afirmativas no se puede concluir negativamente, es decir, nada negativo se puede inferir: esto es claro, dos afirmaciones no pueden dar como resultado una negación, ya que al comparar en la premisa a los extremos con un tercer término (término medio), esta conveniencia debe aparecer en la conclusión²²”. Por tanto, para aceptar la conclusión de un argumento lógico como verdadera, además de la validez lógica, es necesario considerar una restricción adicional referente a la veracidad de las premisas que lo constituyen.

Queda claro entonces, que, si la validez corresponde al argumento, la veracidad es una característica de la aseveración o afirmación, presentada en forma de premisa, o sea, que se aplica a las premisas presentadas en el argumento. En este sentido al revisar la validez, se trata de determinar si una forma particular de argumento es válida o no. Y para ello se tiene en cuenta que un argumento es válido si su estructura formal es lógicamente correcta, pues sus premisas implican la conclusión –si las premisas son ciertas la conclusión también tiene que serlo. Y el criterio de aceptación de la conclusión de un argumento lógico como verdadera es: en primer lugar, que el argumento sea válido y en segundo lugar, que las

²². Simón Martínez Ubárnez, *Lógica formal y jurídica*, Valledupar, Universidad Popular del Cesar, 2019, p. 85

premisas sean verdaderas. “Con ocasión de este principio, el argumento adoptado (que es algo así como la mera verdad formal) ha de estar concordante con la verdad material o la verdad de los hechos²³”.

Pero, no obstante, la aplicación del criterio de validez lógica de la prueba, dentro del criterio de *sana crítica* también se puede afrontar la validez desde el punto de vista legal. Así, una prueba es jurídicamente válida cuando ha sido lograda o decretada por autoridad competente reconocida como tal en el ordenamiento normativo o adquirida por medios lícitos, dentro de los términos establecidos. Esta validez se puede expresar en términos más o menos formales y objetivos cuando se responde afirmativamente al interrogante acerca de si pueden o están permitidos los medios usados para allegar dicha prueba.

En este empalme entre lo lógico y lo normativo, el concepto de licitud también juega un papel fundamental. Se entiende aquí lo lícito como lo que es permitido legal o moralmente²⁴, o sea, la calidad de lícito, de lo permitido legal y moralmente, y como concepto es más amplio que el de legalidad. Así visto, lo lícito se corresponde con lo que es justo y es permitido legal, social, moral, cultural o religiosamente, dada su condición de razonable. Las acciones y determinaciones de las personas pueden surgir de modo arbitrario o motu proprio, pero pueden ser legitimadas ajustándolas a los mecanismos legales, sociales y políticos establecidos en el ordenamiento.

La legalidad por su parte es todo aquello que es conforme a la ley. Según Ossorio²⁵, es legal todo lo ajustado a la ley y por ello, lo lícito, permitido y exigible en el derecho positivo. Así, la legalidad es la calidad de legal de una medida o acción, o su encuadre dentro del estatuto jurídico de un Estado y

²³. *Ibíd.* p. 109

²⁴. Manuel Ossorio, *Óp. Cit.* p. 434

²⁵. *Ibíd.* p. 419.

regulado por el régimen político dimanado de su ley fundamental. En este sentido se habla de la legalidad de un gobierno, cuando éste ha sido establecido de acuerdo con las normas derivadas de la Constitución. “Los gobiernos de facto son ilegales, cuando proceden de una revolución o de un gran movimiento social triunfante, que genera un cambio de régimen y su legalidad rige a partir del momento en que se sancione la nueva constitución por el poder constituyente, que le da legalidad y legitimidad²⁶”.

En cuanto al concepto de legitimidad, de amplio uso en la teoría del derecho, las ciencias políticas y la filosofía del derecho, para estas disciplinas denota la cualidad de lo que es conforme a la ley o el mandato legal, la justicia, la lógica y la razón. Partiendo de este concepto se ha empleado también el sustantivo legitimación, para indicar el proceso a través del cual una persona adquiere legitimidad²⁷. La Legitimidad entonces, es la condición o calidad de legítimo, estatus correspondiente al concepto de lo que está ajustado o es conforme a las leyes, y por tanto, es cierto, genuino y verdadero en cualquier línea, y por tanto, es también lícito, es decir, ajustado a la razón y al derecho. En general, la idea de legítimo, desde el punto de vista jurídico, se aplica a todo lo que se otorga o realiza de acuerdo con las leyes y está asociado a la idea de legitimar, que es justificar según ley o derecho, o facultar en la misma dirección para ejercer determinadas funciones.

De tal manera, el concepto de legitimidad está asociado al de licitud, a la calidad de lícito, de lo permitido legal y moralmente, y como concepto es más amplio que el de legalidad. Así visto, lo lícito se corresponde con lo que es justo y permitido legal, social, moral, cultural o religiosamente, dada su condición de razonable.

²⁶. Simón Martínez Ubárnez, *Legitimación de la violencia política por la sociedad civil en el departamento del Cesar 2008-2013*, Valledupar, Universidad Popular del Cesar, 2018, pp. 29-30

²⁷. Cfr. Ossorio, *Óp. Cit.* pp. 420-421

La ilicitud de la prueba en el ordenamiento colombiano

En sus razonamientos sobre el actuar estatal el Barón de Montesquieu sostenía que “No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia”²⁸. En la teoría se logra entrever que el deber estatal se funda en principios superiores, que en últimas constituyen criterios y valores fundantes de toda sociedad, como lo son la moralidad, la justicia, la seguridad jurídica y otros principios que van direccionados a la búsqueda de la verdad real pero sustentados en el respeto integral de la dignidad humana, de la convivencia pacífica y en la construcción de igualdad social.

En esencia se entiende que el servicio estatal y su función de búsqueda de la verdad en ningún caso podrían quebrantar el fuero de integridad que constituye a toda sociedad. Cobran pleno sentido aquí las palabras del filósofo colombiano Rafael Carrillo, cuando sostuvo como tesis preclara de su filosofía del derecho, que:

“El derecho no se origina en la voluntad del legislador sino en la voluntad del Estado, que es la voluntad general de la comunidad, pues es la comunidad misma. Esto excluye toda ocasión de arbitrariedad legislativa, toda voluntad del Estado en contra de la comunidad, pues es la comunidad misma, la que crea el derecho y lo da al Estado para que provea a su mantenimiento. Queda claro entonces, que nadie puede hacerse justicia por sí mismo y puesto que el Estado interviene, suplantando la voluntad de los particulares, es necesario crear órganos eficaces para realizar esa suplantación; por eso nace la actividad jurisdiccional, que en resumidas cuentas, es la actividad del Estado”²⁹.

²⁸. Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *Teoría de la distribución social del poder*, citado por Claudia Fuentes, en *Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010, recuperado en marzo 30 de 2020 de <https://www.researchgate.net>2625>

²⁹. Rafael Carrillo Lúquez: “Filosofía del derecho como filosofía de la persona”, en: *Escritos filosóficos, filosofía contemporánea*, Bogotá, USTA, 1983.

Lamentablemente la tesis de Carrillo es el ideal a realizar, pues al analizar de forma detallada la estructura de la realidad, se evidencia el incumplimiento de la tarea misional del Estado en la vulneración o violación sistemática de derechos fundamentales y humanos de los ciudadanos, casi convirtiéndose en una política estatal en muchos países, lo cual en definitiva atenta contra el espíritu de todo conglomerado social y de sus presupuestos rectores como lo son la equidad, la justicia, la solidaridad y el bien común.

La resolución de las situaciones contenciosas del ser humano está orientada por la justicia, la cual es impartida a través del Estado y cuyo fin es lograr la convivencia pacífica y la armonía en la sociedad. En cumplimiento de esa tarea misional de excluir toda ocasión de arbitrariedad legislativa, toda voluntad del Estado en contra de la comunidad, para dirimir el conflicto, el juez debe fundamentar su decisión en pruebas que le llevan a su total convencimiento, sin dejar lugar a duda alguna. Se espera así, que el proceso se desarrolle respetando todas las garantías de la persona involucrada, pretendiendo proteger su bienestar integral, sin embargo, con el objetivo de finalizar ágilmente algunos procesos judiciales, es común la práctica de optar por aportar multiplicidad de pruebas sin prestarle mayor observancia o atención a su licitud y legalidad, tocando en pocas ocasiones el terreno de la ilicitud de dichas pruebas o los medios empleados para su presentación; de ahí la necesidad de atender con detenimiento este asunto.

No obstante, lo señalado en la segunda parte del párrafo precedente, el ordenamiento jurídico colombiano, desde la misma Constitución política, maraca las pautas para proteger los derechos de las personas en litigio. Ejemplo de ello son los artículos 29, que establece el derecho al debido proceso; el artículo 228, en el cual se deja establecida la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y el 229 que “garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, la cual es entendida

como la actividad jurisdiccional del Estado que provee certeza, seguridad y defensa de las libertades o bien como el gobierno y la gestión de los tribunales³⁰.

Pero además de la Constitución, en Colombia son bastante explícitos en cuanto a la forma de proceder, los lineamientos trazados en el Código de Procedimiento Civil (CPC) y el Código General del Proceso (CGP). En ellos pueden encontrarse unos lineamientos genéricos que le dan consistencia al concepto de la prueba y su peso dentro del hecho procesal. Entre ellos, se pueden indicar los siguientes:

1. *Sobre la necesidad de la prueba.* Los artículos 174 (CPC) y 164 (CGP), dejan claro que las decisiones de los jueces solo pueden basarse y sustentarse en pruebas allegadas de modo oportuno y legal al proceso, lo cual deja sin efecto las decisiones basadas en el rumor, la apariencia, las presunciones o la subjetividad, El 164 (CGP) enfatiza en que las pruebas obtenidas violando el debido proceso, son nulas de pleno derecho.
2. *Sobre la legalidad de las pruebas.* En Los artículos 175 (CPC) y 165 (CGP), se indican cuáles son los medios lícitos de allegamiento de pruebas. Y estos artículos se deja establecido que las pruebas allegadas al proceso solo pueden ser las que la ley autorice y sean recaudadas legalmente y las que se quiera utilizar según el hecho que se busca probar.
3. *Totalidad del acervo.* El conjunto de pruebas que constituyen el acervo probatorio debe ser evaluado por el juez en su totalidad, asignándole el valor probatorio a cada uno, para que su fallo no se haga con base en un solo medio de prueba.
4. *Acopio de la prueba.* Mientras una prueba no haya sido decretada y se le haya practicado, se puede desistir de ella; pero una vez decretada ya no se puede desistir, porque hace parte del proceso. No obstante, el CPC (art. 134), permite el desistimiento de algunos actos procesales, pero excluye de ellos

³⁰. Héctor Fix Samudio: *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1992. (Administración de justicia)

las pruebas ya decretadas, si ya estas han sido practicadas, pues en este caso se les considera ya aportadas.

5. *Interés público.* El propósito de todo proceso judicial es el de contribuir al mantenimiento del orden social, con paz y armonía; por eso, las decisiones de los jueces solo pueden basarse en pruebas recaudadas legalmente. En este sentido, la función de la prueba es la de contribuir al establecimiento de la verdad en todos sus significados y contribuir con ello a la armonía social.
6. *Veracidad de las pruebas.* En desarrollo de un proceso ninguna persona involucrada en él puede hablar con temeridad, mala fe o intentar obstaculizar el proceso de práctica de las pruebas y su actuación debe ceñirse a los valores de la lealtad y la veracidad. La temeridad y la mala fe son sancionables (Art. 74 CPC); y la obligatoriedad de las partes de colaborar con el juez en la práctica de las pruebas también queda establecida (Art. 78, CGP).
7. *Controversia de la prueba.* El Art. 29 de la Constitución Política de Colombia, referente al debido proceso, establece que quien sea sindicado “...tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Así pues, toda prueba es susceptible de ser controvertida, si no se permite pasa a la condición de prueba sumaria.

Vistas estas particularidades del uso de la prueba en el ordenamiento normativo colombiano, señalemos que las normas que describen la prueba ilícita en los diferentes países son muy controversiales, dada la diversidad de prácticas, experiencias y tradiciones jurídicas. No existe un consenso general a nivel global que facilite una orientación general para los diversos ordenamientos jurídicos. Por ello, nos detenemos en analizar el marco normativo colombiano relacionado con la Prueba Ilícita, pero comparando con otros ordenamientos jurídicos, instituidos en tres grandes sectores como lo son: De tradición Anglosajona, de tradición Romana y de tradición Germánica; los cuales abordan y asumen de diversas maneras la investigación de la prueba ilícita —o ilicitud de la prueba—, su concepción, su aceptabilidad o repudio, los principios que la rigen y su diferencia sustancial con la prueba legal.

Inicialmente se debe indicar que la prueba ilícita es entendida de forma general, como aquella que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales de las personas bien sea para lograr la fuente de la prueba o para lograr el medio probatorio. Por lo que, en su obtención existe una vulneración a la integridad humana y en su admisión al proceso existe un dilema estatal con respecto a su inclusión o no al mismo.

En un proceso judicial se pretende encontrar la verdad, la reparación y no repetición de las conductas violatorias del ordenamiento jurídico, de allí que resulte indispensable realizar la búsqueda de la verdad real para así aplicar efectivamente el poder sancionatorio. El hecho de buscar dicha verdad real no implica que los medios empleados en su exploración sean válidos, es decir, sin importar las formas empleadas para alcanzarla, aquí se ratifica el principio de que *el fin no justifica los medios*.

En concordancia con los mandatos constitucionales y sustentados en las bases filosóficas en las que se funda el Estado Social de Derecho –ESD en adelante-, y teniendo en cuenta que en el ordenamiento se consagra el debido proceso³¹ como norma que se ha de aplicar en toda clase de actuación judicial y administrativa, buscando salvaguardar los derechos de las personas y la correcta administración de justicia; en Colombia la Constitución Política establece en el último lineamiento del Artículo 29, que: “*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, es decir; es desechada aquella prueba que no se ajuste a los principios constitucionales y que vulnere la integridad de la persona.

³¹. Con ponencia del Magistrado Gabriel Hernando Mendoza Martelo, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-980 del 1 de diciembre de 2010, definió el debido proceso como “*Conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*”

En el marco de criterios derivados del concepto de debido proceso, las pruebas en él presentadas, permiten darle consistencia a lo que se pretende en el sentido de preservar la integridad y la correcta administración de justicia. Con esto, cobran sentido las palabras de Ramos y Angulo, cuando afirman que

“El debido proceso permite el desarrollo pleno del principio de legalidad y limita el ejercicio del poder público, nominado como el “ius puniendi” del Estado, desde el punto de vista penal, de manera que éste último (entiéndase, el Estado) deberá actuar en el marco jurídico y democrático del Estado Social de Derecho, sin perjuicio de que se deberá garantizar a las personas el pleno ejercicio de sus derechos dentro de las formas propias de cada juicio y propugnar por la defensa y preservación de la justicia, y la materialización de los fines del Estado, consagrados en el artículo 2º constitucional³²”

Retomando el asunto de la legalidad e ilicitud, cabe destacar que de modo general la distinción sustancial entre prueba ilegal y prueba ilícita –inconstitucional-, es soportada para la mayoría de doctrinantes desde el punto de vista de la vulneración real de lo indicado en el ordenamiento jurídico, sea este de carácter sustancial o procedimental, así como lo afirma la Corte Constitucional Colombiana, en reiteradas jurisprudencias, indicando que:

“Se ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales³³”.

³². Luis Guillermo Ramos Vergara y Luis Fernando Angulo Bonilla, *Constitución política de Colombia Comentada y actualizada con las sentencias de la Corte Constitucional*, Bogotá, ediciones jurídicas, pp. 86-87, 2016.

³³. Sentencia T-916/08, Corte Constitucional

Este segmento de la sentencia de la Corte Constitucional es específico y esclarecedor respecto a la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico colombiano y su desarrollo jurisprudencial y en concordancia con los mandatos constitucionales se indica:

“... La prueba ilícita debe ser retirada de todo el proceso penal de tal forma que no quede vestigio alguno de su contenido, por lo que la cláusula de exclusión de las evidencias o materiales probatorios obtenidos en allanamientos y registros nulos no sólo consiste en la expulsión material de esos elementos sino también en el retiro definitivo de aquellos en la mente del juez. Dicho de otro modo, la prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia.³⁴”.

En este sentido se reafirma la teoría de que en el ordenamiento jurídico colombiano los derechos fundamentales del inculpado gozan de protección constitucional, por lo que prevalecen los medios implementados sobre el fin a obtener.

En el Brasil se comparte el ideal colombiano, en su Constitución Política de 1988 Título II De los derechos y garantías fundamentales, Capítulo I De los derechos y deberes individuales y Colectivos, el Artículo 5 LVI establece que "*Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos*".

³⁴. Sentencia C-210/07

En Argentina y Chile, la nota que permite calificar una prueba como ilícita es la afectación de garantías constitucionales³⁵.

En el ámbito de **los países de tradición Anglosajona** como Estados Unidos, Canadá, Australia e Inglaterra, se puede indicar que excluyen del acervo probatorio toda aquella prueba que sea obtenida violentando los principios o derechos fundamentales, cada uno de sus ordenamientos consagra los procedimientos específicos que debe seguir el juez para excluir dicho material probatorio; además, la gran mayoría de estos países en sus ordenamientos jurídicos le otorgan cierto grado de discrecionalidad al juez que en últimas con esos criterios debe realizar un exhaustivo análisis en cuanto al costo/beneficio del material probatorio ilícito.

En cuanto a la discrecionalidad del juez, en **Estados Unidos** se difiere un poco de la tradición latina y la anglosajona, puesto que con respecto al procedimiento para valoración de la prueba la Corte Suprema de Justicia determina lineamientos específicos. Esta regla ha sido objeto de continuas controversias legales, pues muchas veces ha impedido que impere la verdad material al interior de un proceso y en otras ha ocasionado la liberación de personas que quizás eran culpables al impedir que la fiscalía use medios y fuentes de prueba obtenidas ilícitamente³⁶.

En materia probatoria la Escuela Realista norteamericana, tiene sus particularidades respecto a los requisitos de recaudación de la prueba, teniendo en cuenta que en ese país es el Estado el que vence en

³⁵. T. Armenta, "La verdad en el filo de la navaja (Nuevas Tendencias en materia de Prueba Ilícita)", pp 245 – 377, en Revista Ius et Praxis, 2007. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200014.

³⁶. Bustamante, *El problema de la "prueba ilícita": un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal.*, Pp 137-158 en Themis, Bogotá, 2001, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109800.pdf>.

juicio para condenar, lo que permite que este sistema sea uno de los más efectivos en la resolución de casos. Entre sus particularidades –la mayoría comunes con el sistema anglosajón–, están las de que: en sus procedimientos los testigos son parte fundamental de la prueba; autores como Frank, defienden la idea de que la subjetividad es inherente a la prueba; al no existir una codificación clara sobre el asunto, se concibe que la valoración de la prueba es relativa a la libre convicción del juez; a través de la actividad valorativa de la prueba realizada por el juez, siempre estará presente la subjetividad de sus expositores y de sus intérpretes. En suma, la determinación de los hechos que forman parte del mérito del proceso, aunque se hayan realizado teniendo en cuenta los diversos procedimientos de valoración de la prueba –sistema de prueba legal, prueba legal morigerada, libre convicción o sana crítica–, siempre estarán influidos por la subjetividad³⁷.

En el caso de **los países de tradición Romana**, como en el caso de Francia, el cual tiene una visión que valora la naturaleza de la irregularidad cometida por infracción a la norma sustancial o formal, que constituye el régimen de nulidades. En dicho análisis quedan aceptados aquellos materiales probatorios que gocen de irregularidades menores; sin embargo, se establece también que para que se pueda declarar dicha nulidad del elemento probatorio que viola el derecho sustancial o formal, debe además necesariamente afectar los intereses del inculpado pues de lo contrario no podrá ser tenida en cuenta. Un caso diferente tiene lugar en Italia, en donde la prueba que es obtenida de forma ilícita no es considerada nula sino inutilizable, no siendo tenidas en cuenta. El régimen italiano se destaca como el más favorable a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas, ya que no exige la existencia de un perjuicio para el inculpado³⁸.

³⁷. Respecto a la tendencia realista norteamericana en materia de prueba, ver: Evelyn Patricia Campos Flores & Bárbara Sepúlveda Hales: *El realismo jurídico norteamericano*. Escuela de derecho, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013

³⁸. Parra Jairo Parra Quijano: *Principios Generales de la Prueba Judicial*. En P. Q. Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, pp. 22-73, Bogotá, Ediciones del Profesional Limitado, 2006.

Por último, en lo relacionado con **los países de tradición Germánica**, como Alemania y Suiza en donde no existe un mandato de forma general en la cual se contemple que deba ser excluida o declarada nula la prueba que viole derechos fundamentales, sino que el ordenamiento le otorga al juez una autoridad de valoración o ponderación según sea el caso concreto y en últimas es quien indicará si dicho material probatorio debe ser desestimado o no; por lo cual cuando existan elementos probatorios ilícitos no será prioridad para algunos de éstos países el respeto pleno de los derechos integrales del inculpado sino más bien la búsqueda de una “verdad real”, y para otras naciones lo que realmente importa es la supremacía de los principios en que se basa su actuar, todo ello respaldado por el campo normativo y la potestad que el Estado le otorgue a sus administradores de justicia.

Ejemplo claro de lo antes mencionado, es Estados Unidos vs Alemania, teoría o corrientes de doctrinantes que defienden en uno la prevalencia de los derechos fundamentales sobre el caso concreto, lo cual se reflejará en la erradicación de la arbitrariedad en hechos futuros y por otro lado se encuentra el pensamiento de que la prueba ilícita debe ser aceptada porque el fin último de la justicia para ellos es poder lograr llegar a la verdad real dejando muy claro el principal interés de éste sistema que sería hallar respuestas verídicas sin importar mayoritariamente lo sustancial.

En otro sentido, con respecto a la exclusión de la prueba existen diferentes teorías de las cuales cabe destacar:

- a) La teoría de los frutos del árbol envenenado o Regla de Exclusión Probatoria detalla la problemática conforme a la cual, restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta aquellas otras pruebas que, si bien son en sí misma legales, no obstante, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales

pueden ser admitidas³⁹. Si la fuente de producción de la prueba está “corrompida” o contaminada, como consecuencia lógica todo lo que devenga de ella también lo estará⁴⁰.

- b) La teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán describe que cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él⁴¹.
- c) La teoría del principio de proporcionalidad, que en la práctica es utilizado para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita cuyo objetivo según lo afirma⁴² es sopesar en el caso concreto los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de prueba que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas. Se realiza una ponderación de derechos en conflicto, si de la recolección u obtención de la prueba se procura amparar un derecho de mayor jerarquía, se propugna por analizar la posibilidad de adecuar la prueba en términos de licitud, situación que frente a otro derecho de menor jerarquía no sucedería, lo que las haría lícitas⁴³.

³⁹. Parra, Jairo, *Principios Generales de la Prueba Judicial*. En P. Q. Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, pp. 22-73, Bogotá, Ediciones del Profesional Limitado, 2006.

⁴⁰. E. Álvarez, Repositorio Universidad Católica de Colombia. 2015, Recuperado el 04-09-2018, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2539/1/LaClausula.de.Exclusion.Probatoria.pdf>

⁴¹. C. Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, República Federativa do Brasil, Constitución Política. 1988.

⁴² Jairo Parra Quijano: “Principios Generales de la Prueba Judicial”, en P. Q. Jairo, *Manual de Derecho Probatorio* pp. 22-73, Bogotá: Ediciones del Profesional Limitado, 2006

⁴³.Cfr. Eliecer Álvarez, Repositorio Universidad Católica de Colombia. Recuperado el 04-09-2018, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2539/1/LaClausula.de.Exclusion.Probatoria.pdf>

A manera de conclusión

Como se puede inferir del recorrido realizado por sistemas y ordenamientos jurídicos con enfoques y orientaciones diferentes, indistintamente del ordenamiento jurídico en el cual se sitúe la prueba ilícita o ilegal, dentro del deber ser del Estado, los administradores de justicia y los ciudadanos, deben acogerse y respetar los principios superiores en los cuales se encuentran sustentados las actuaciones de todo ordenamiento, por ello no puede buscarse la justicia, la equidad y el bien común sin importar los mecanismos o medios, tal como lo expresó en más de una oportunidad el jurista Cesare Beccaria, cuando sostenía que: “No hay libertad, donde las leyes consientan alguna vez que en determinados casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa⁴⁴”.

La obra de Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, aunque no es una obra de derecho penal en sí, sino que históricamente se la ha considerado como un referente doctrinal, por su carácter de crítica y denuncia de la situación de atraso y barbarie en que se hallaban en los países de Europa aun en avanzado momento de la segunda mitad del siglo XVIII, y sobre todo, de las atrocidades del proceso penal de la época, frente a lo cual, ya desde entonces –inspirado en autores como Montesquieu, Locke, Helvecio y Rousseau- propugna con audacia por la abolición de la tortura y la pena de muerte, concebidas como actos de guerra de la nación contra el ciudadano, lo cual no tiene ninguna justificación. Y su obra ha sido un ejemplo siempre presente para ir depurando históricamente los procesos en los cuales entra en juego la condición de la persona humana y su dignidad.

⁴⁴. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (1763), Madrid: Tecnos, 2008)

Se destaca el sentido y valor de la idea de dignidad humana que señalamos como condición de posibilidad del Estado Social de Derecho, para el cual el ser humano se sitúa como fin superior; que históricamente ha sido objeto de innumerables debates filosóficos y hoy ocupa un lugar notable en el derecho internacional. Y aunque, no obstante, se trata de un concepto controvertido. En nuestro criterio se trata del referente y criterio ético fundamental, que ofrece la base de toda vinculación jurídica, y afecta el ámbito de político pues como sostiene Jonas “La primera tarea de la política es hacer de este mundo un hogar digno para el hombre”⁴⁵, es también, concepto fundante de toda actuación en el campo de la biomedicina y la ecología humana. Todo lo anterior, no obstante, el escepticismo y hasta rechazo de algunos sectores respecto del valor y alcance ético y jurídico del criterio de la dignidad humana, pero dejada clara nuestra posición al respecto, no es objeto de interés por el momento, ahondar en el debate. De todas maneras, valga la pena recordar que el debate no es reciente y que además de los planteamientos de Beccaria, también Kant a finales del siglo XVIII explicó de manera preclara el concepto y muy recientemente también lo ha hecho Jürgen Habermas⁴⁶

Así pues, el concepto de dignidad humana como expresión eminentemente ética, se constituye en el criterio entrelazante o de interfaz entre esta disciplina y el derecho; lo que ha dado pie para que diversas constituciones del mundo, entre ellas las latinoamericanas –como la brasileña, la chilena y la colombiana, lo asuman de tal manera que en ellas aparece explícitamente relacionado con el respeto absoluto que se le debe a la persona humana. El Artículo 1º de la carta fundamental de los colombianos es diáfano al establecer que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria...fundado en el respeto de la dignidad humana...”. Y concomitante con este artículo, los artículos 5 y 15, establecen la obligatoriedad de todos los funcionarios públicos del Estado de tratar a todas las

⁴⁵. Expresión del filósofo Hans Jonas –profesor emérito de filosofía en The New School for Social Research, de Nueva York-, en “diálogo con Hannah Arendt,” incluido en: Hannah Arendt, *De la historia a la acción*. Buenos Aires: Paidós, 2008.

⁴⁶. Véase al respecto el artículo de Dorando Michelini, Dignidad humana en Kant y Habermas, pp 41-49, en: Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas www.estudiosdefilosofia.com.ar Vol. 12 n° 1 / ISSN 1515-7180 / Mendoza / Julio 2010 / Artículos

personas en igualdad de condiciones, sin distingo alguno, solo teniendo en cuenta su valor intrínseco. En este sentido, la dignidad humana como finalidad del Estado, y por tanto, en basamento fundante del ordenamiento jurídico nacional; con base en este fundamento, la Corte constitucional de Colombia enfatizó que “El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguno, de conformidad con su valor intrínseco”⁴⁷.

Y un ejemplo en otro contexto es que se encuentra en La Constitución de la República Federal de Alemania, la cual vincula la dignidad humana con los derechos fundamentales y establece su protección como un deber del Estado; en ella puede leerse que: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (...) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Y en un contexto más global, el Artículo 1 del “Preámbulo” de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) afirma que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Genéricamente, el concepto de dignidad humana remite al valor único, inalienable, insustituible e intransferible de toda persona humana por el hecho de ser persona, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y la consideración y respeto que ella merece.

Asumiendo el mismo sentido dado por la Corte Constitucional Colombiana en la mencionada sentencia (C-449/92), y reconociendo que el hombre es un fin en sí mismo, su dignidad no dependerá de factores externos a él, y su reconocimiento y realización serán posibles mediante la autodeterminación; y las autoridades del Estado en todas sus ramas del poder están instituidas para su protección y propiciar su

⁴⁷. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-449/92, magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero.

realización como vida plena, lo cual implica su integridad física, psíquica y espiritual y en consecuencia, la garantía de todos sus derechos, entre ellos a la legítima defensa, lo cual incluye la posibilidad de demostrar su inocencia en los casos que se hiciera necesario.

Finalmente, no se puede concebir la finalidad del proceso judicial como la aplicación de una pena al inculpado de manera indiscriminada, sino más bien como la búsqueda de la verdad de una forma moral inatacable en esencia, para garantía de los derechos de alguien cuya dignidad lo hace merecedor de ese derecho. En consecuencia, no se puede tapar un delito cometiendo otro, y menos si es por parte de quien debe dar el ejemplo de rectitud (el Estado y quienes lo representan), para la no repetición de los quebrantos jurídicos. Por tanto, en razón de la inherente dignidad de toda persona sometida a juicio las autoridades administrativas y jurisdiccionales, están obligadas a garantizar en todos sus actos la transparencia de su proceder, con el fin de preservar y garantizar la salvaguarda de los derechos y deberes de las personas; sobre todo, cuando un descuido en su actuación, puede generar como consecuencia la vulneración, modificación o extinción de un derecho; lo cual deja en evidencia, la necesidad de que al revisar las pruebas presentadas por las partes en uso del legítimo derecho a la defensa y el debido proceso, el decisor judicial, aun preservando su autonomía y discrecionalidad, y sin necesidad de sobrepasarse, no pierda de vista que su decisión permita preservar los principios y garantías constitucionales, especialmente en lo atinente al respeto de la integridad y dignidad de las personas involucradas, lo cual constituye su límite referencial.