



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DIRECCIÓN DE CONTROL DE INVESTIGACIONES DEL EJÉRCITO



Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

Bogotá D.C., 27 de septiembre de 2019

Señores

SEGUNDO COMANDANTE DEL EJÉRCITO - INSPECTOR GENERAL DEL EJÉRCITO - COMANDANTE COMANDO ESTRATÉGICO DE TRANSFORMACIÓN DEL EJÉRCITO DEL FUTURO - JEFES DE ESTADO MAYOR COMANDO EJÉRCITO - JEFES DE DEPARTAMENTO - COMANDANTES COMANDOS FUNCIONALES Y DE APOYO DE COMBATE - DEPENDENCIAS DEL ESTADO MAYOR - COMANDANTES UNIDADES OPERATIVAS MAYORES, MENORES - COMANDOS OPERATIVOS - FUERZAS DE TAREA Y UNIDADES TÁCTICAS.

Asunto: De las “Pruebas” en materia Disciplinaria y Administrativa y la “Regla de Exclusión”.

Considerando la misión desarrollada por la Dirección de Control de Investigaciones del Ejército Nacional, en cumplimiento a la Tabla de Organización y Equipo No. 214016 y la Directiva Permanente No. 000051 de 2019 expedida por el Comando del Ejército Nacional, en la que se señala como “**Capacidad**” la de promover y difundir al interior de la Fuerza directrices en materia Disciplinaria y Administrativa, con el fin de lograr la unificación de criterios jurídicos en estas materias; advirtiendo los regímenes probatorios dispuestos en la Ley 1476 de 2011 “*Por la cual se expide el régimen de responsabilidad administrativa por pérdida o daño de bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas o vinculadas o la Fuerza Pública*” y la Ley 1862 de 2017 “*Por la cual se establecen las Normas de Conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar*”; es imperioso que se amplíe el desarrollo temático de este aspecto en complemento a lo ya señalado en las Directivas Permanentes No. 000049 de 2019 “*Lineamientos y Directrices para el Trámite de las Actuaciones Administrativas en el Ejército Nacional – Ley 1476 de 2011*” y No. 000081 de 2019 “*Lineamientos y Directrices para el Trámite de las Actuaciones Disciplinarias en el Ejército Nacional – Ley 1862 de 2017*”, en las



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

cuales se trató previamente este tema, lo anterior con el fin de emitir una postura institucional que coadyuve al desarrollo normativo y doctrinal en la Fuerza de las temáticas en mención; veamos:

I. DE LA PRUEBA EN GENERAL

Para abordar el tema probatorio de manera general, es preciso inicialmente clarificar sobre los conceptos relativos a ello, es decir: (I) **Prueba**, que constituye el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados o puestos en conocimiento del operador judicial o administrativo; (II) **Medio de Prueba**, que es el instrumento a través del cual se busca lograr la convicción sobre el acaecimiento de un hecho particular; y (III) **Objeto de la Prueba**, que se constituye por los hechos afirmados por las partes, sujetos procesales o intervinientes, siendo claro que cuando se habla de hechos, se hace referencia estricta a afirmaciones sobre hechos, esto en razón a que la realidad del objeto de la prueba no son directamente los hechos acaecidos en el pasado, dado que no se puede probar la verdad o falsedad de los hechos, en tal sentido, queda claro que el objeto de la prueba son sólo afirmaciones, esto es, la «narración» que de los hechos acaecidos en el pasado hacen las partes frente al operador judicial o administrativo.

De allí que se indique la “*Función de la Prueba*” como “*Demostrativa*”, pues aquella conlleva a indicar dentro del proceso la verdad o falsedad de las afirmaciones fácticas propuestas. Con idéntico parecer, considera TARUFFO que: “(...) *la prueba judicial desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la selección que el juez realiza individualizando una versión atendible y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección (...)*”¹. Por tanto, la prueba dentro del proceso es esencial, pues conlleva a la toma de la decisión de fondo por parte del operador de justicia, claro está que, en razón de lo dispuesto por el derecho fundamental al Debido Proceso consagrado en la Constitución Política de Colombia (Artículo 29º), aquella debe cumplir requisitos formales y de fondo para que gestic efectos jurídicos.

En tal sentido, el acto probatorio como tal debe estar desarrollado sobre tres

¹ TARUFFO Michela. *Funciones de la Prueba: La Función Demostrativa en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, No 3, Milano, Giuffrè-editore, 1997, p. 573.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

elementos a saber: (I) **Subjetivo**, que comprende la relación entre los sujetos procesales y el medio de prueba; (II) **Objetivo**, que hace referencia a los aspectos sobre los que recae el medio de prueba, es decir, el hecho o la afirmación que se pretende probar, que como lo vimos corresponde al objeto de la prueba; y (III) **Actividad**, que se conoce como el conjunto de actuaciones que se realizan para garantizar que el medio de prueba se allegue al proceso en adecuadas condiciones, elemento que requiere de tres fases a saber:

1. **Fase de Producción u Obtención:** Es la fase de mayor importancia y rigurosidad, pues en ella se garantiza que la prueba sea producida y obtenida válidamente para que pueda producir los efectos legales, procesales y sustanciales buscados, por tanto, es aquí donde se deben analizar los "Requisitos Intrínsecos" esenciales de la prueba, "Conducencia", "Pertinencia" y "Utilidad"; así como los "Extrínsecos", tales como "Oportunidad Procesal", "Formalidades Procesales", "Legitimación de los Proponentes" y "Competencia del Funcionario".
2. **Fase de Asunción:** Es aquella fase en que el operador judicial o administrativo conoce el medio de prueba y la percibe a través de sus sentidos hasta su conciencia, para crearse en ella el conocimiento y entendimiento de la misma frente al proceso.
3. **Fase de Valoración:** Es la fase donde se realizan juicios de valor respecto al contenido y alcance de la prueba dentro del proceso, de cara a proferir la decisión de fondo con sustento en el sistema de valoración probatoria de "Sana Crítica", en el cual el juez tiene la libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas; valoración que se hace bajo un análisis razonado de ellas siguiendo las "Reglas de la Lógica", el "Sentido Común", las reglas o máximas de la "Experiencia" y el "Conocimiento" de la Ciencia, del Arte o de la Técnica.

En cuanto a los requisitos de la actividad probatoria, es oportuno indicar que ellos corresponden a los (I) **Intrínsecos** y (II) **Extrínsecos**. Los primeros relacionados con el medio de prueba particular y los efectos jurídicos que produce en la actuación, ellos Conducencia, que se refiere al medio escogido, por lo que se exige que este conlleve a demostrar el hecho objeto de prueba; Pertinencia, hace referencia a la importante del hecho que se pretende probar, es decir, que se



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

relacione directamente con el objeto de la investigación; Utilidad, que es determinada por el efecto jurídico requerido del medio probatorio a decretar; y Ausencia de Prohibición Legal, lo que hace referencia a que el hecho que se pretenda probar este permitido por la ley, es decir, que la práctica de la prueba no conduzca a una prueba ilícita.

En relación con los requisitos **Extrínsecos**, se debe indicar que son aquellos necesarios tanto para el decreto, práctica, aporte y admisibilidad de medios de prueba y se clasifican en: Oportunidad Procesal, de conformidad a que la ley dispone claramente cuáles son las etapas procesales en las que se realizará el recaudo probatorio; Formalidades Procesales, que exige el cumplimiento de las ritualidades legales establecidas por la ley para cada uno de los medios probatorios en particular; Legitimación del Proponente, sugiriendo que la actividad probatoria solo puede ser agotada por los sujetos procesales, para el caso de la actuación Disciplinaria y de responsabilidad Administrativa; Competencia del Funcionario, bien sea Competente o Comisionado, pues solo aquellos se encuentran legitimados legalmente para direccionar la actividad probatoria bajo los presupuestos legales de la Ley 1476 de 2011 y 1862 de 2017; y finalmente, La Capacidad General del Operador Normativo y de los Medios de Prueba, ámbito que está íntimamente relacionado con la capacidad jurídica y procesal de los sujetos procesales, intervinientes y medios de prueba señalados en la ley.

Teniendo claro entonces que la Prueba es parte fundamental del proceso, es necesario entonces adentrarse en el análisis de las pruebas en cada materia en particular.

II. PRUEBAS EN MATERIA DISCIPLINARIA

En materia Disciplinaria Castrense, bajo los preceptos normativos dispuesto en la Ley 1862 de 2017, es de significar que el tema probatorio tiene prevalencia desde los mismos “Principios Rectores”, al consagrar en su artículo 48° la “Presunción de Inocencia” como desarrollo legal de una garantía constitucional del derecho fundamental al Debido Proceso; así como al disponer en el artículo 49° la “Resolución de la Duda”, señalando que la duda que no sea posible eliminar se resolverá a favor del disciplinado, disposiciones que claramente se acogen del



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

aspecto probatorio de la actuación, pues a la luz del “Principio de Imparcialidad”² las autoridades disciplinarias deben propender por investigar la verdad con miras a sancionar a los responsables y en razón del “Principio de Necesidad Probatoria”³, sustentar toda decisión interlocutoria en pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

Aunado a ello, se encuentra en el compendio normativo enunciado el “Principio de Investigación Integral”, dispuesto en el artículo 135°, el que orientado a la naturaleza inquisitiva del proceso Disciplinario, donde el Acusador y el Fallador se encuentran en cabeza de la misma autoridad, le exige a este Operador el desplegar una actividad probatoria nutrida, que conlleve a la demostración de los hechos que favorezcan y desfavorezcan al sujeto disciplinable, pues lo que se busca con la Acción Disciplinaria es precisamente la corrección en el actuar como servidor público del mismo, principio que fue reiterado posteriormente en el artículo 178°⁴.

En razón de tales presupuestos legales y de evidenciarse en el texto de la norma que la “Carga de la Prueba” en el proceso Disciplinario corresponde a la Administración, el legislador estableció “Libertad Probatoria” para demostrar los hechos y la responsabilidad disciplinaria, lo que conlleva a concluir que en el Derecho Disciplinario no es viable la aplicabilidad del sistema probatorio de “Tarifa Legal”, pues todos los medios de prueba dispuestos en la Ley 1862 de 2017, podrían ser empleados sin restricción alguna para demostrar los hechos objeto de investigación.

En tal sentido, se debe tener claridad que **los “Medios Probatorios” fijados por la Ley 1862 de 2017 “Por la cual se establecen Normas de Conducta del**

² Artículo 123° Ley 1862/2017. Principio de Imparcialidad. “En virtud de este principio:

1. Las autoridades disciplinarias deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en propender a investigar la verdad de los hechos y sancionar a los responsables, garantizando los derechos de las personas sin discriminación alguna.
2. Toda decisión que se adopte en el proceso disciplinario se motivará en forma detallada y precisa.
3. No podrá investigarse una misma conducta más de una vez.
4. Los destinatarios tendrán la oportunidad de conocer y controvertir por los medios legales las decisiones adoptadas.”

³ Artículo 177° Ley 1862/2017. Necesidad. “Toda decisión Interlocutoria debe fundarse en prueba legal y oportunamente allegada al proceso”.

⁴ Artículo 178° Ley 1862/2017. Investigación Integral. “En la actuación disciplinaria se buscará la verdad material. Para ello se deberán investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria, la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto se podrán decretar pruebas de oficio”.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”, como propios del proceso Disciplinario militar son:

- La Confesión, la que se produce en razón de los parámetros legales fijados por el artículo 191° y 192° del plexo normativo ya enunciado.
- El Testimonio.
- La Peritación.
- La Inspección Disciplinaria.
- Los Documentos.
- Y el Indicio, el que, por no ser un medio de prueba tangible, se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica (*reglas de la ciencia, de la lógica y la experiencia*).

Medios de Prueba que según lo señalado por el artículo 180⁵ deben ser decretados, de conformidad con los siguientes principios:

1. **Eficacia de la Prueba:** Postula que, si la prueba es necesaria para el proceso, en consecuencia, debe tener eficacia jurídica, de manera que lleve al juez al conocimiento real de los hechos en que se funda la pretensión del actor.
2. **Pertinencia de la Prueba:** Adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los que son tema de la prueba de éste, en suma, es la relación fáctica entre el hecho que se intenta demostrar y el tema del proceso. Este principio implica una limitación de la libertad, pero su presencia es necesaria ya que el tiempo y el trabajo de los operadores disciplinarios no debe perderse por la evacuación de prueba que por sí misma o por su contenido, no sirve para la averiguación de los hechos base del proceso. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.
3. **Conducencia de la Prueba:** Idoneidad legal de la prueba para demostrar determinado hecho; refiere que el método empleado es el

⁵ Artículo 180° Ley 1862/2017. Principios y Criterios Probatorios. “La actividad probatoria se rige por los principios de legalidad, publicidad, concentración, inmediación y contradicción y su decreto obedecerá a los criterios de eficacia, pertinencia, conducencia, razonabilidad y utilidad. Serán inadmitidas las pruebas que no se ajusten a estos principios y criterios.

En todo caso, los medios de prueba podrán practicarse a través de medios electrónicos o de comunicaciones, de lo cual se dejarán las constancias respectivas”.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

idóneo para demostrar el hecho pretendido, verbi gratia, la falsedad de una firma con el peritaje grafológico, con desprecio de la testimonial.

4. **Razonabilidad de la Prueba:** El principio de razonabilidad es un principio general del derecho. Esto significa, en primer lugar, que goza de juridicidad: es obligatorio en la aplicación del derecho en general. En otras palabras, el operador jurídico debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control. En segundo lugar, significa que forma parte del ordenamiento jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa.
5. **Utilidad de la Prueba:** Servicio que pueda prestar la prueba dentro del proceso para la convicción del juzgador. La prueba inútil o innecesaria es aquella que al final del inventario probatorio devenga superflua, redundante, o simplemente confirmante de hechos ya satisfactoriamente probados.

Finalmente, el Código Disciplinario Militar, en desarrollo del postulado constitucional contenido en el artículo 29°, relacionado con la nulidad plena del medio probatorio que se recolecte con violación a las garantías fundamentales, se dispuso en el artículo 188° la "**Cláusula de Exclusión Probatoria**" refiriéndose expresamente a la exclusión de pruebas que atenten contra garantías constitucionales, es decir que sean ilegales; ahora bien la inexistencia de la prueba, señalada en el artículo 187° refiere la afectación que sufrirá la prueba ilegal, es decir la que se recolecte sin el lleno de las formalidades legales.

Sobre el particular de la prueba ilícita e ilegal y la regla de exclusión e inexistencia de la prueba se referirá numeral independiente de este documento dada la importancia de estos conceptos.

III. PRUEBAS EN MATERIA ADMINISTRATIVA

En relación con lo dispuesto en la Ley 1476 de 2011 "*Por la cual se expide el Régimen de Responsabilidad Administrativa por Pérdida o Daño de Bienes de Propiedad o al Servicio del Ministerio de Defensa Nacional sus Entidades*



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

Adscritas o Vinculadas o la Fuerza Pública”, el derecho fundamental al Debido Proceso se incorpora en los presupuestos normativos consignados en el artículo 3^o “Presunción de Inocencia”, artículo 5^o “Debido Proceso” y artículo 11^o “Derecho de Defensa”, preceptos legales que como se enunció precedentemente, desarrollan la garantía constitucional del Derecho a la Defensa desde el mismo derecho de los investigados a solicitar y aportar pruebas, bajo el entendido que la Responsabilidad Administrativa se decreta con fundamento en las pruebas legalmente practicadas, allegadas o aportadas al proceso Administrativo⁹.

En consecuencia, el mismo legislador de manera expresa refirió que la “Carga de la Prueba”¹⁰ en este tipo de proceso de fines resarcitorios, recae de forma exclusiva en las autoridades competentes, quienes serán los responsables de probar los Elementos de la Responsabilidad¹¹ empleando los “Medios de Prueba” dispuestos en el Código de Procedimiento Civil, plexo normativo que como es sabido fue derogado por el Código General del Proceso, lo que conlleva a que se entienda que la normatividad que regula los “Medios Probatorios” que podrán ser decretados, practicados y allegados al Proceso de Responsabilidad Administrativa, corresponderán a los señalados en este

⁶ Artículo 3° Ley 1476/2011. Presunción de Inocencia. “Los destinatarios de esta ley se presumen inocentes mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.”

⁷ Artículo 5° Ley 1476/2011. Debido Proceso. “El destinatario de la actuación administrativa será procesado conforme a las leyes sustantivas y procesales preexistentes al acto que se le atribuya, ante funcionario competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución Política y en esta ley.”

⁸ Artículo 11° Ley 1476/2011. Derecho de Defensa. “Durante la actuación administrativa, el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un defensor si lo considera necesario. Cuando sea declarado persona ausente, deberá estar representado por un defensor de oficio, que podrá ser un estudiante de consultorio jurídico debidamente acreditado.”

⁹ Artículo 74° Ley 1476/2011. Necesidad de la Prueba. “Toda decisión interlocutoria y los fallos, deben fundarse en pruebas legalmente practicadas, allegadas o aportadas al mismo.

Serán admisibles en el procedimiento contemplado en la presente ley, en cuanto resulten compatibles con esta, los contemplados en el Código Contencioso Administrativo, en lo relacionado con los principios de la prueba, su admisibilidad, forma de práctica y criterios de valoración.”

¹⁰ Artículo 75° Ley 1476/2011. Carga de la Prueba. “Es obligación del Estado a través de las autoridades competentes, demostrar los elementos de la responsabilidad administrativa.”

¹¹ Artículo 16° Ley 1476/2011. Elementos de la Responsabilidad Administrativa. “La responsabilidad administrativa se estructura cuando se configuran concomitantemente los siguientes elementos:

1. Una conducta desplegada por el destinatario de la presente ley que crea un riesgo jurídicamente desaprobado o pone en peligro los bienes protegidos en la presente ley.
2. Un daño antijurídico o pérdida producidos a los mismos.
3. La concreción de dicho riesgo o puesta en peligro en un resultado.

Parágrafo. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer la responsabilidad administrativa será el de culpa leve.”



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

último compendio legal, los cuales se pueden sintetizar así:

- Pruebas Extraprocesales
- Declaración de Parte y Confesión
- Juramento
- Declaración de Terceros
- Prueba Pericial
- Inspección Judicial
- Indicios
- Documentos
- y Prueba por Informe

Ahora bien, es preciso tener en cuenta primigeniamente que el Régimen de Responsabilidad Administrativa¹² contiene “Medios de Prueba” propios, es decir, reglamentados por la misma ley, tal como son (I) La Visita Especial y (II) El Peritaje; lo que indica que en el desarrollo procesal, específicamente en la actividad probatoria, serán utilizados estos medios de prueba sobre la Inspección Judicial y la Prueba Pericial descrita en el Código General del Proceso.

Vale la pena aclarar, que en razón a la remisión normativa en aspectos probatorios que incorporó la Ley 1476 de 2011, tales como los “Principios de la Prueba”, su Admisibilidad, Forma y Práctica, y Criterios de Valoración, deben ser vistos desde lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, compendio legal que en su artículo 40° “Pruebas”, refiere de manera expresa la remisión al Código de Procedimiento Civil, particularmente sobre los medios de prueba, lo que lleva a concluir que, tal y como se enunció, serán aplicable las disposiciones legales que contenga el Código General del Proceso sobre el particular.

Según este presupuesto, es entonces viable indicar que la Sección Tercera “Régimen Probatorio”, título único “Pruebas”, capítulo I “Disposiciones Generales”, del Código General del Proceso, refiere en su artículo 164° “Necesidad de la Prueba”, señalando que toda decisión debe proferirse en razón de pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pues las que sean obtenidas con violación al Debido Proceso son nulas de pleno derecho, texto normativo

¹² Ley 1476 de 2011.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
 Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
 No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
 Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

que expresa el mismo sentido del artículo 29° de la Constitución Política de Colombia y que comporta la **Regla de Exclusión Probatoria** sobre la que se pretende ahondar en el presente escrito.

Partiendo de este postulado legal, apoyado en el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional y la doctrina colombiana, es posible indicar que **los requisitos intrínsecos de toda actividad probatoria visto desde el derecho procesal general, serán la (I) Conducencia, (II) Pertinencia, (III) Utilidad de la Prueba y (IV) Ausencia de Prohibición Legal**, ya desarrollados en el acápite de las pruebas en general de este documento, los cuales constituyen una limitación a la libertad de la presentación de la prueba, pues de no ser así, al proceso concurrirían toda suerte de pruebas que al final no sería mucho lo que aporten para el esclarecimiento de los hechos, atentando con ello, contra el *“Principio de la Economía Procesal”*.

Sobre la forma y practica de las pruebas, es importante resaltar lo preceptuado en el artículo 172°¹³ respecto de práctica de pruebas en horas y días no hábiles, atendiendo a que esta formalidades de la producción del medio probatorio, por remisión normativa señalada precedentemente, pueden ser traídas del Código General del Proceso al Proceso de Responsabilidad Administrativa, **siendo entonces viable la recolección o práctica del medio probatorio en fechas no hábiles, siempre que los sujetos procesales, para el caso que nos ocupa, conozcan de esta actividad probatoria y siempre que sea en casos urgentes o se acuerde de manera consensuada.**

Finalmente, en lo que tiene que ver con la valoración probatoria, siguiendo la línea legislativa contemporánea colombiana, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 176°¹⁴ que la valoración se debe efectuar en conjunto bajo las reglas de la *“Sana Crítica”*, el que ya quedó decantado en el acápite de la generalidad de las pruebas.

¹³ Artículo 172° Ley 1564/2012. *Pruebas en Días y Horas Inhábiles.* “El juez o el comisionado, si lo cree conveniente y con conocimiento de las partes, podrá practicar pruebas en días y horas inhábiles, y deberá hacerlo así en casos urgentes o cuando aquellas lo soliciten de común acuerdo”.

¹⁴ Artículo 176° Ley 1564/2012. *Apreciación de las Pruebas.* “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

IV. REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

La Carta Política de Colombia estatuyó una garantía constitucional contenida en el artículo 29° frente a la **“Prueba Debida”**, en la cual dispuso que: *“(…) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (…)”*, ello impide al funcionario judicial o administrativo tener en cuenta para valoración las pruebas que se ajusten a esta descripción, entendiéndose que la definición: *“Nula de Pleno Derecho”*, lo que pretende es que el medio probatorio se tenga como ineficaz en la actuación dentro de la cual se recolectó. Por ello, es importante resaltar que la Corte Constitucional en su doctrina desarrollo el concepto de **“Regla de Exclusión Probatoria”**, el cual ya se encuentra en disposiciones legales como la Ley 1862 de 2017.

Por su parte, la Corte Constitucional en **Sentencia SU-159 de 2002**, con ponencia del Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, frente a este tema expuso: *“(…) como manifestación de la dimensión positiva en materia probatoria, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, señala que “[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, mandato que por su generalidad, permite colegir sin lugar a dudas, que su aplicabilidad no plantea ningún tipo de restricción o limitación, razón por la cual “la regla de exclusión en materia probatoria”, como ha sido denominada por esta Corporación, es un “remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso.(…)”*.

Conviene subrayar que esta garantía fundamental tal como lo ha significado la Corte Constitucional, no indica que por sí sola cualquier irregularidad en el decreto, práctica y valoración de la prueba comporte per se una afectación al Debido Proceso, pues allí deberá actuar el funcionario judicial o administrativo verificando si la irregularidad es insipiente o superflua, o por el contrario es sustancial en la afectación a los derechos fundamentales, bajo el entendido que las primeras no son objeto de la protección señalada en el inciso final del derecho fundamental al Debido Proceso ya vislumbrado.¹⁵

Por consiguiente, debe en este documento explicitarse el concepto de **“Prueba**

¹⁵ En la misma providencia, el Tribunal Constitucional señaló que *“las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas.”*



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

Illegal y ***Prueba Ilícita***, bajo los parámetros señalados por la doctrina jurisprudencial y los efectos que cada una de ellas produce dentro de la actuación.

Por su parte, la ***Prueba Illegal***, es entendida como aquella que afecta el Debido Proceso desde el punto de vista “Procesal” formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), es decir, la que no cumple a cabalidad con los requisitos formales de su decreto, práctica, aducción o aporte; mientras que la ***Prueba Inconstitucional o Ilícita***, es aquella que transgrede igualmente el Debido Proceso, pero desde una perspectiva “Sustancial”, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales, no siendo de exclusividad la afectación al Debido Proceso, sino cualquier otro derecho fundamental dispuesto por la Carta Política de 1991.

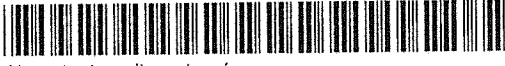
Al respecto, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al indicar que por la indeterminación que plantea la Regla de Exclusión en materia probatoria, no debe entenderse que su ámbito de aplicación se refiere exclusivamente a las pruebas violatorias de las normas procesales, sino que comprende en la misma medida las garantías constitucionales fundamentales; no obstante, para el caso del proceso Disciplinario, como bien se citó en el acápite correspondiente de las pruebas en esta materia, la Ley 1862 de 2017 dispuso en su artículos 187° la ***Inexistencia de la Prueba*** para el caso de ***Pruebas Ilegales*** y 188° la ***Causal de Exclusión*** que se aplica para las ***Pruebas Ilícitas***, contrario a lo contenido en el Código General del Proceso aplicado al proceso de Responsabilidad Administrativa, donde la Regla de Exclusión se trasladó al artículo 164°, tal cual como se encuentra contenida en el artículo 29° superior.

Otro aspecto de marcada importancia que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es el relativo a los ***Efectos*** que tiene dentro de cualquier proceso la ***Prueba Obtenida con Violación al Debido Proceso***, los cuales ha entendido la Corte, son en principio limitados, razón por la cual, **la sola existencia de un medio probatorio obtenido ilícitamente, no implica la nulidad del proceso judicial que la contiene, sino de la prueba en sí misma. Sin embargo, y en el evento de que el proceso esté viciado de nulidad por haberse allegado una prueba ilegal o inconstitucional que tiene una incidencia definitiva en la decisión del juez, sin la cual la decisión hubiera sido otra completamente diferente, el proceso deberá anularse “Por**



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

Violación Grave del Debido Proceso del Afectado¹⁶.

Por consiguiente, según la disposición constitucional, la prueba obtenida de manera indebida es nula de pleno derecho, lo que traerá como consecuencia el “Rechazo” de la prueba, cuando ella sea aportada a la actuación por parte de los sujetos procesales, o la “Exclusión” del acervo probatorio, cuando la misma haya sido decretada, practicada y allegada por parte del Funcionario Competente o Funcionario de Instrucción, decisiones que se adoptaran a través de auto interlocutorio debidamente motivado proferido por el Funcionario Competente; ambas situaciones conllevaran a que al momento de realizar la valoración probatoria para la adopción de decisión interlocutoria o de fondo dentro de la Actuación Disciplinaria o de Responsabilidad Administrativa, estos Medios Probatorios no puedan ser tenidos en cuenta para fundamentar la misma, so pena de viciar aquella actuación procesal por comportar una Irregularidad Sustancial que afecta el Debido Proceso.

En suma, la doctrina constitucional en relación con la **“Regla de Exclusión en Materia Probatoria”** ha concluido lo siguiente:

1. No toda irregularidad en el decreto, práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del Debido Proceso.
2. La existencia de una prueba con violación al Debido Proceso, no conlleva la nulidad de todo el proceso judicial, sino que la consecuencia procesal es limitada, en tanto la prueba deberá ser excluida.
3. En caso de que la prueba ilícita que reposa en el proceso sea determinante para la decisión del juez, no queda más remedio que declarar la nulidad de todo el proceso.

Ahora bien, la Corte en **Sentencia SU-159 de 2002** abordó el análisis y desarrollo del inciso último del artículo 29º de la Constitución Política, y estableció que la sanción contenida en él permite aplicar la Regla General Constitucional de Exclusión de las Pruebas, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:

“(…) En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-233 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

2. Puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la Intimidad (*Artículo 15º C. Política*), al haberse obtenido con ocasión de unos Allanamientos y Registros de Domicilio o de Trabajo Ilícitos (*Artículo 28º C. Política, Artículos 189º, 190º y 191º C. Penal*), por Violación Ilícita de Comunicaciones (*Artículo 15º C. Política, Artículo 192º C. Penal*), por Retención y Apertura de Correspondencia Ilegal (*Artículo 15º C. Política, Artículo 192º C. Penal*), por Acceso Abusivo a un Sistema Informático (*Artículo 195º C. Penal*) o por Violación Ilícita de Comunicaciones o Correspondencia de Carácter Oficial (*Artículo 196º C. Penal*).
3. Puede ser el efecto de un Falso Testimonio (*Artículo 442º C. Penal*), de un Soborno (*Artículo 444º C. Penal*) o de un Soborno en la Actuación Penal (*Artículo 444º C. Penal*), o de una Falsedad en Documento Público o Privado (*Artículos 286º, 287º y 289º del C. Penal*).

Para esta Corporación la “Prueba Ilegal”, es la que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al Juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el Debido Proceso, toda vez que **la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba**¹⁸.

Ahora bien, **tradicionalmente se consideró que tanto la Prueba Ilícita como la Ilegal, producen efectos de exclusión, mas no de nulidad del proceso,** en el entendido de que son los Medios de Prueba, por sí mismos considerados, los que se predicen “Nulos de Pleno Derecho” (*Artículo 29º Constitución Política*), produciendo una “Inexistencia Jurídica” que, incluso, se transmite a los demás elementos que dependan o sean consecuencia de aquellas, o a las que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas¹⁹⁻²⁰.

Una relación de “Pruebas” que eventualmente podrían ser “Excluidas” del proceso por violación a los derechos fundamentales del investigado, al no existir

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 2 de marzo de 2005 radicado 18.103.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 10 de marzo de 2010 radicado 33.621.

²⁰ <https://www.revistamisionjuridica.com/la-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano/>.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

orden de autoridad competente (*Juez de Control de Garantías o Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, exclusivamente*), podrían ser:

- Realizar interceptaciones de comunicaciones de correspondencia, celulares, correos electrónicos, fax, computadores, etc.
- Allegar historias clínicas, cuentas bancarias y estados financieros, videos y grabaciones magnetofónicas en actos de flagrancia realizada por terceros.
- Realizar prueba de polígrafo.
- Obtener confesión a través de tortura, amenazas, utilización de sustancias, etc.
- Recaudar testimonios falsos.
- Allegar pruebas amañadas.
- Practicar inspecciones corporales sin el consentimiento expreso del investigado (*registro personal*).
- Practicar exámenes médicos sin el consentimiento expreso del investigado.
- Practicar allanamiento o registros a instalaciones privadas del investigado.
- Prueba del fruto del árbol envenenado.

Finalmente, debe aclararse que bajo el análisis constitucional efectuado a la **“Regla de Exclusión Probatoria”**, la Corte ha advertido situaciones jurídicas de orden probatorio que generan inaplicabilidad de esta regla frente a los medios de pruebas que se derivan de la **“Prueba Ilegal” o Ilícita**, bajo la teoría anglosajona de **“Frutos del Árbol Envenenado”**, que tuvo origen en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* en el año de 1920, las que corresponden a:

- a. **El Vínculo Atenuado.**- Según esta categoría, se atenúa a tal punto el eslabón entre la ilegalidad primaria y el fruto, que se pierde el efecto disuasivo en que se funda el principio de inexistencia de la prueba. Tal es el caso de una cadena indefinida entre las dos pruebas o la utilización inusual de la prueba primaria, casos en los cuales quien tiene la prueba, no piensa de ordinario, en el potencial probatorio de la misma a fin de desconocer la vigencia de la garantía constitucional protegida.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
 Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
 No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
 Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

- b. **La Fuente Independiente.**- Según la cual, aunque haya vínculo entre las dos pruebas, por razones de política pública, se entiende que la segunda prueba pudo haber sido obtenida sin necesidad de la primera o que en su proceso de formación adquiere una independencia tal que le da entidad probatoria autónoma, y
- c. **El Descubrimiento Inevitable.**- Consistente en que, si bien la prueba no fue obtenida independientemente de aquella originada ilegalmente, de todas formas, se hubiera obtenido.

V. CONCLUSIONES

- A. La actividad probatoria en los procesos Disciplinarios y de Responsabilidad Administrativa se encuentran desarrollados sobre el derecho fundamental al **“Debido Proceso”**.
- B. La **“Prueba Ilegal”** corresponde a aquella que no cumple las formalidades legales señaladas para cada medio de prueba; y la **“Prueba Ilícita”**, es la recaudada con violación a derechos fundamentales.
- C. La acción de probar hechos y responsabilidades debe efectuarse con apego a una **“Actividad Probatoria Legal y Lícita”**, bajo los presupuestos constitucionales y legales dispuestos para garantizar que la administración de justicia Disciplinaria y Administrativa adopte decisiones fundadas en pruebas legalmente aportadas al proceso.
- D. Desde el derecho fundamental al Debido Proceso dispuesto por el artículo 29° de la Constitución Política de Colombia, se ordenó que en el ejercicio judicial y administrativo de administrar justicia, la **“Nulidad Plena de Prueba”** recogida con violación a los derechos fundamentales se ha interpretado por la Corte Constitucional como la **“Regla de Exclusión Probatoria”**.
- E. La **“Regla de Exclusión Probatoria”** aplica para toda Prueba Ilegal o Ilícita que se haya decretado, practicado y aportado a la actuación.



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co





Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

- F. La materialización de la **“Regla de Exclusión Probatoria”** se efectúa por parte del Funcionario Competente al analizar el acervo probatorio y los requisitos mínimos para la aplicación de aquella, disponiéndose la exclusión del medio de prueba del acervo probatorio arrimado al proceso mediante decisión interlocutoria motivada.
- G. En razón del análisis jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional, la **“Regla de Exclusión Probatoria”** respecto de medios de prueba derivados de la Prueba Ilegal o Ilícita, puede ser inaplicada en virtud del Vínculo Atenuado, Fuente Independiente o Descubrimiento Inevitable.

VI. ALCANCE Y FINALIDAD DE LOS CONCEPTOS

En Circular No. 003 del 04 de Julio de 2017 expedida por el Comando del Ejército Nacional, se dispuso los lineamientos a seguir para la solicitud de conceptos jurídicos. Así las cosas, es importante mencionar como aspecto a tener en cuenta lo consagrado en la Circular de la cual se extrae lo siguiente: **“(…) los conceptos expedidos versaran sobre situaciones de carácter general y abstracto, los cuales pueden ser empleados en los diferentes contextos que exhiban características similares y no constituyen carácter vinculante de conformidad a lo establecido en el artículo 230²¹ de la Constitución Política de Colombia, artículo 5° de la Ley 153 de 1887²² y artículo 28²³ de la Ley 1755 de 2015. (…)**”.

(Subrayado y resaltado fuera de texto).

Por lo anterior, debe tenerse en cuenta que los conceptos y/o lineamientos de la Dirección Control de Investigaciones no tienen efectos vinculantes respecto de las decisiones que emitan los funcionarios competentes en las diversas acciones

²¹ Artículo 230° CN/91. “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

²² Artículo 5° Ley 153/1887. “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes”.

²³ Artículo 28° Ley 1755/2015. Alcance de los Conceptos. “Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. (…)



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejereito.mil.co



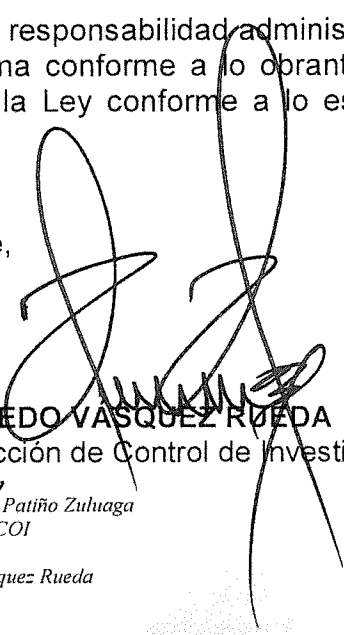


Al contestar, cite este número

Radicado No. 20191074079903/MDN-COGFM-COEJC-DICOI-15.1

disciplinarias o de responsabilidad administrativa, pues estas deben ser adoptadas de forma autónoma conforme a lo obrante en el proceso y bajo los criterios de interpretación de la Ley conforme a lo estipulado en el artículo 63²⁴ de la Ley 1862 de 2017.

Respetuosamente,


Mayor **LUIS ALFREDO VÁSQUEZ RUEDA**
Director de la Dirección de Control de Investigaciones del Ejército

*Elaboró: CT. Angélica María Patiño Zuluaga
Oficial Doctrina DICOI*

*Revisó: MY. Luis Alfredo Vásquez Rueda
Director DICOI*

*Aprobó: MY. Luis Alfredo Vásquez Rueda
Director DICOI*

²⁴ Artículo 63° Ley 1862/2017. Interpretación de la Ley Disciplinaria. "En la interpretación y aplicación de este código el funcionario competente tendrá en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Carrera No 54 No 26 – 25 CAN Piso 2 – Bogotá D.C - Cundinamarca.
No. del Teléfono – 4261496 Ext. 38013
Correo electrónico: dicoi@buzonejercito.mil.co

