

CAPÍTULO I

El *onus probandi* en la acción de tutela: Una mirada desde el Derecho Procesal Constitucional¹

Onus probandi in the action of tutela: A look from the Constitutional Procedural Law

Fernando Luna Salas

Universidad de Cartagena

Orcid 0000-0003-4574-6335 - flunas@unicartagena.edu.co

Abraham Zamir Bechara Llanos

Corporación Universitaria del Caribe

Orcid 0000-0002-6571-9804 - abraham.becharall@cecar.edu.co

Cómo citar y referenciar: Luna, F. & Bechara, A. (2019). El *onus probandi* en la acción de tutela: una mirada desde el derecho procesal constitucional. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Garantismo del Derecho Constitucional*. (pp.13-40), Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

¹ El presente artículo de reflexión es derivado de la investigación que lleva por título "El onus probandi en la acción de tutela: una mirada desde el derecho procesal constitucional". En el artículo en mención los autores actuaron en calidad de investigadores, y el mismo fue financiado por recursos propios dentro del Semillero de Investigación "Ciencia y Proceso", el cual está vinculado al grupo de investigación "Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y problemas jurídicos contemporáneos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Igualmente se enmarca en un proyecto de cooperación interinstitucional con la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe -CECAR- y el Grupo de Investigación GIS CER: inscrito en el proyecto. Derechos fundamentales y región Caribe: un modelo de regionalización jurídica. financiado por CECAR.

RESUMEN

El presente capítulo responde al objetivo central, de mostrar los elementos fundantes e integrantes del Derecho Procesal Constitucional colombiano, algunos de ellos responden específicamente al Derecho Probatorio, y otros se integran en el concepto amplio de constitucionalismo. Para ello, desarrollaremos específicamente cinco tópicos fundamentales. A saber: (i). Acercamiento al Derecho Procesal Constitucional. (ii). La acción de tutela. (iii). Régimen probatorio. (iv). El derecho a la prueba. (v). La prueba en la acción de tutela. La estructuración metodológica responderá dentro de la metodología jurídica pura o básica, en el alcance de las tesis, postulados, fundamentos e hipótesis a partir del análisis empírico de la jurisprudencia constitucional colombiana, así como jurisprudencia comparada. Como conclusiones parciales evidenciamos, que los jueces en sentido general y los de tutela de forma particular, no estructuran sus decisiones judiciales a partir de un Derecho Procesal Constitucional, y Probatorio Constitucional, sino, dependiendo de la jurisdicción y el régimen a aplicar, seguirán los elementos de prueba exclusivos de los procedimientos ordinarios vigentes en la legislación colombiana.

Palabras clave: derecho procesal constitucional, *onus probandi*, constitucionalismo, derecho constitucional, derecho probatorio, acción de tutela.

ABSTRACT

This chapter responds to the central objective of showing the foundational and integral elements of Colombian constitutional procedural law, some of them respond specifically to probative law, and others are integrated into the broad concept of constitutionalism. To do this, we will specifically answer five fundamental topics. Namely: (i). Approach to constitutional procedural law. (ii). The guardianship action. (iii). Probationary regime. (iv). The right to the test. (v). Proof of guardianship action. Its methodological structuring will respond within the pure or basic legal methodology, within the scope of the thesis, postulates, foundations and hypotheses based on the empirical analysis of Colombian constitutional jurisprudence, as well as comparative jurisprudence. As partial conclusions we show that the judges in general and those of guardianship in particular, do not structure their judicial decisions based on a constitutional procedural right, and constitutional probation, but, depending on the jurisdiction and the regime to apply, will follow elements of evidence exclusive to the ordinary procedures in force in Colombian legislation.

Keywords: constitutional procedural law, *onus probandi*, constitutionalism, constitutional law, probative law, action of protection.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el derecho colombiano entró en la llamada “*constitucionalización del derecho*”, por dos razones fundamentales, la primera de ellas es que la Carta del 91 supedita todas las actuaciones tanto de particulares como de servidores públicos a ella (Art. 4º C.N), con lo cual cambia la concepción de la Constitución como discurso constitucional que más parecía una poesía; por una concepción de “norma jurídica” de aplicación inmediata y directa.

La otra razón esencial consistió en entregar la soberanía al pueblo y como consecuencia de ello ofrecerles herramientas a los colombianos para defender sus derechos por vías eficaces, como lo son, la Acción de Tutela (Art. 86 C.N) o la Acción Popular (Art. 88 C.N). Este proceso que ya se venía dando a nivel mundial, con las tesis de controles constitucionales a las normas y actuaciones del Estado, que en estricto sentido puede decirse nacen con la histórica decisión del famoso juez John Marshall en el caso “*Marbury vs Madison*” en los Estados Unidos de América (USA), en donde combinado el poder judicial que la Constitución le reconocía a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América en su Art III con la cláusula de supremacía del Art. VI de la misma Constitución, creó lo que se conoce como “*judicial review*” o precedente judicial; y posteriormente con las consideraciones del jurista austriaco Hans Kelsen, en sus recomendaciones a la constitución de ese país, en 1920.

Ahora bien:

La elaboración del *nomen juris* DPC se debe a la agudeza intelectual del notable procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien en 1947 advirtió la ampliación del ámbito de influencia del proceso y de la ciencia procesal hacia espacios nuevos e inusitados, y bajo la premisa de avanzar una tipología de los procesos jurisdiccionales con base en la naturaleza del

litigio, estableció por primera vez la existencia de un DPC. El uso de la denominación apuntada llevaba implícita una decisión de orden metodológico tendiente a ubicar el estudio científico de los mecanismos de tutela constitucional de la órbita del derecho procesal. El pensamiento de Alcalá-Zamora fue rápidamente atendido por el maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien corresponde el mérito de haber establecido la primera aproximación al concepto de Derecho Procesal Constitucional.

Sobre la base de las aportaciones de Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio, hoy en día, buena parte de la doctrina coincide en que el DPC cuenta con referentes temporales, espaciales, normativos y personales bien delimitados. Hay consenso en que la disciplina nace en 1920, en Austria, en su ley fundamental, gracias a su principal impulsor: Hans Kelsen. (Astudillo, 2007)

Por otro lado, para el actual presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Dr. Néstor Pedro Sagues, “el lanzamiento de Cortes y Salas Constitucionales”, constituyen una razón del éxito del procedimiento constitucional, y un origen por así decirlo del mismo; al expresar que:

[...] al comenzar el siglo XXI, compartiendo o no el control de constitucionalidad con los restantes tribunales típicamente judiciales, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, Bolivia y Chile, junto con Nicaragua y poco después Honduras, aceptaban la idea de programar una judicatura especializada en lo constitucional, muchas veces con la facultad de abolir a la ley declarada inconstitucional.

Por supuesto, en estos casos resultó indiscutible la necesidad de diseñar procesos constitucionales específicos para litigar ante tales salas o cortes constitucionales, generándose de tal

modo, de vez en cuando, verdaderos códigos de derecho procesal constitucional, aunque no siempre se los denomine así (Costa Rica, v. gr., llama a su Ley 7135, de jurisdicción constitucional). Esto importó avalar la autonomía legislativa del derecho procesal constitucional. (Sagües, 2004, p.183)

1. ACERCAMIENTO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Entendemos entonces que el Derecho Procesal Constitucional nace en dos sentidos, el primero con la Constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y sobre todo y como consecuencia de lo anterior, como resultado de la interpretación que de la Constitución haga la respectiva Corte, Sala o Tribunal autorizado por la Constitución. De tal suerte, que es forzoso concluir que el derecho procesal constitucional depende directamente del órgano intérprete de la Constitución. “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido de suma importancia para el desarrollo de los postulados de la Constitución Política de 1991” (Bechara, 2017, p.16).

Tal vez, la mejor definición que se ha creado del Derecho Procesal Constitucional es la del Dr. César Astudillo, quien lo define como:

Un sistema unitario de normas de estatus constitucional, dirigido a la determinación de las categorías jurídicas elementales a través de las cuales se tutela la Constitución, cuyo empleo exclusivo por el máximo órgano de garantía constitucional posibilita que la norma fundamental se traduzca en parámetro concreto de enjuiciamiento para la resolución de las controversias surgidas del propio entorno constitucional. (Astudillo, 2007)

Podemos entonces definir al derecho procesal constitucional, como el conjunto de instituciones creadas por el intérprete de la Constitución para ejecutar los derechos consagrados en la Carta Fundamental, así la teoría general del proceso sufre una transformación cualitativa, ya que el objeto no serán las instituciones plasmadas en los tradicionales códigos y leyes, y que tenía como consecuencia la definición clásica del derecho procesal según el cual, es derecho procesal ese mediante el cual se materializa el derecho sustancial. Por el contrario el derecho procesal constitucional, tiene por objeto las acciones constitucionales, o mejor la constitución misma, ya que en realidad las acciones que le permiten a los ciudadanos una mayor participación en su relación con el estado, constituyen derechos en el concepto de estado consagrado en el Art. 1º de la Constitución.

Debe aclararse en este punto que aunque la mayoría de las acciones llamadas constitucionales, no son creación de la Carta del 91, ya que estas estaban plasmadas en la legislación o en la misma Constitución, carecían de un carácter práctico que les permitiera a los ciudadanos un verdadero ejercicio de sus derechos, es esta una de las principales características y diferencias del estado social y democrático de derecho y del estado liberal de derecho que venía manejando Colombia antes de la Carta del 91; en este sentido Diego López Medina dirá que:

[...] dentro del concepto tradicional de “Estado de derecho”, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios anunciados por los códigos y las leyes. La constitución se expresaba en la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Los niveles de constitucionalización del conflicto común eran, por tanto, muy bajos. (López Medina, 2002)

En este sentido, la tesis de Peter Häberle, por la cual el derecho procesal constitucional es derecho constitucional “concretizado” cobra gran

sentido, dejando de lado las tendencias latinoamericanas de ubicar el derecho procesal constitucional como una rama del derecho procesal, o más bien de la teoría general del proceso. Según Peter Häberle: “El derecho procesal constitucional significa en dos sentidos la concretización de la Constitución. De un lado, es por sí mismo un derecho procesal concretizado y por otro, le sirve al TFCA a concretizar la Constitución”. (Häberle, 2004, p.25)

Por otro lado la tesis latinoamericana la resume el Dr. Domingo García Belaunde, explicando que:

[...] la jurisdicción Constitucional debe, en rigor, culminar en un derecho procesal constitucional, y que este último es una rama del derecho procesal, y en consecuencia, no es autónomo, por lo menos en sentido pleno, sino dependiente del derecho procesal, y más en concreto, de la teoría del proceso. (García, 2004)

Tesis esta que para nosotros es producto de la mala manía de los juristas de hacer del derecho una ciencia, cuando en realidad un enfoque actual nos llevaría a conclusiones totalmente opuestas, sin necesidad de entrar en una crisis existencial por llegar a la forzosa conclusión de que el derecho no es ciencia, o por lo menos no encuadra en el concepto de ciencia de la modernidad. Sobre esto vale la pena traer a colación la conclusión en su primera tesis, del Dr. Astudillo (2007) en la que explica que:

[...] es notorio que existen dos formas de aproximación claramente definidas en el DPC: la primera como “disciplina científica”, y la segunda como “sistema normativo”. Una implica un posicionamiento que puede denominarse “teórico-abstracto” en virtud de que enlaza el “referente positivo” (normas) con el “referente científico” (doctrinas) a fin de demostrar la existencia

de bases científicas sólidas para conformar una nueva disciplina dentro del ámbito de la ciencia jurídica. La otra supone una aproximación “concreto-positiva” que atiende solamente al “referente positivo” y lo vincula a un “objeto específico” (la tutela constitucional), con la intención de profundizar en su concreto modo de ser y de representarse.

Siguiendo la línea de Häberle, ubicar al derecho procesal constitucional como una rama dependiente de la teoría del proceso, resulta paradójico, pues este es el resultado de la interpretación constitucional, y no son meros procedimientos o reglas a seguir en las acciones constitucionales; de tal manera que:

[E]s mucho más importante la preparación de la judicatura para el derecho procesal constitucional que la “imaginación del legislador” respecto al alcance de la jurisdiccionalidad constitucional según la Constitución, que carece de modelo a seguir, ya que no puede prever todas las posibilidades que se dan en este ámbito (E 2, 79, [84]). Por este motivo, las normas referentes al procedimiento de la Constitución y a las leyes de TFCA deben contener “necesariamente vacíos” y corresponde al TFCA desarrollar normas legales para su procedimiento, a partir de los lineamientos básicos señalados en la Constitución y en las leyes de TFCA. (Häberle, 2004).

Vemos entonces cómo el problema se resuelve entendiendo que el derecho procesal constitucional, es necesariamente resultado de una interpretación del órgano autorizado por la misma Constitución; es así como en el caso colombiano ha sido la Corte Constitucional quien a través de sus providencias crea el derecho procesal constitucional. Ahora bien, en este punto debemos distinguir dos aspectos fundamentales; el primero en cuanto a la distinción entre trámites constitucionales, tales como la escogencia de las tutelas a revisión, y los procesos constitucio-

nales, como es la revisión como tal de la tutela; y el segundo aspecto aunado a este, es que si bien, el derecho procesal constitucional se vale de figuras de la teoría del proceso, tales como la acumulación, reglas de competencia y reparto, legitimación en la causa, agencia oficiosa y muchas más, no implica esto, que el derecho procesal constitucional sea una rama del derecho procesal, toda vez que todas estas figuras al ser interpretadas a la luz de la Constitución, sufren un cambio cualitativo, ya que como hemos dicho, varía el objeto de dichas figuras, por lo tanto hacen parte del derecho constitucional “*concretizado*” para usar la terminología de Häberle.

2. LA ACCIÓN DE TUTELA

Es el instrumento jurídico por el cual todos los colombianos pueden proteger sus derechos fundamentales, el Art. 86 de la C.N, establece que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. (Constitución Política, Art. 86, 1991)

Este es el fundamento constitucional de la acción de tutela, y es consecuencia de la aplicación de la Constitución como norma jurídica, por tanto, la acción de tutela es la acción de protección y aplicación de derechos fundamentales por excelencia.

Las definiciones de la acción de tutela, han sido muy variadas, pues todos los constitucionalistas nacionales y extranjeros desarrollan una propia, sin embargo todos tienen como idea central que la acción de tutela es un trámite más o menos informal para la protección y aplicación de la acción de tutela, esta idea es la que maneja el Art. 86 de la C.N., cuando hace referencia a “un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”; con todo la mejor definición para los fines de este trabajo, es la que construyó la Corte Constitucional desde su primera sentencia de tutela, en ella se dijo que:

La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga

justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. (Corte Constitucional, T-001, 1992)

A partir de esta definición podemos concluir las características principales de la acción de tutela. Tenemos entonces que:

- » En cuanto al objeto, la acción de tutela recae sobre los derechos fundamentales; o mejor sobre el catálogo de derechos que conforme a las características dadas por la Corte Constitucional, son de aplicación inmediata. Así, ha dicho la Corte Constitucional que:

Mientras el tema de los derechos fundamentales no sea interpretado bajo una perspectiva constitucional, la acción de tutela se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección y dejará de cumplir por lo menos uno de sus propósitos esenciales: el de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico colombiano y, de esta manera, hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las personas. Es necesario que los jueces y tribunales tomen conciencia de que cuando se plantea la violación de un derecho fundamental por medio de una acción de tutela, el parámetro esencial e inmediato de interpretación es el texto constitucional y no la legislación ordinaria vigente. (Corte Constitucional, T-525, 1992)

De otra parte, la acción de tutela se convierte por su objeto en el estado social de derecho en una garantía a los asociados y en un límite al poder del Estado en lo legislativo y actuaciones administrativas; por tanto la acción de tutela se traduce en la acción constitucional por excelencia.

- » La acción de tutela es de carácter residual, característica que está contenida en el Art. 86 de C.N., cuando dice que: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, y sobre esto solo debemos precisar que el tema del perjuicio irremediable ha sido objeto de gran desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sobre este se profundizará al desarrollar la procedencia de la acción de tutela. Sin embargo, es importante señalar, que el carácter residual de acción de tutela, constituye una garantía a la seguridad jurídica del Estado, ya que no puede esta reemplazar sino en los casos expresamente señalados, a la jurisdicción que ordinariamente debería conocer del asunto, aspecto este que parece no haber sido comprendido por un gran número de personas que hacen uso indiscriminado de esta, desconociendo al juez natural para conocer del asunto problemático, desnaturalizando así a la acción de tutela.
- » La tercera gran característica, es la inmediatez de la acción de tutela, por cuanto es un procedimiento “*preferente y sumario*”. Preferente porque cuando se presenta ante un despacho judicial, el juez debe darle prioridad a la acción constitucional, por encima de cualquier otro trámite, audiencia o asunto, al interior de cualquier proceso; y es sumario, ya que por mandato expreso de la Corte Constitucional, “*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución*”, así las cosas, el A-053 de 2002, expresó:

La Constitución Política creó la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales para dotar a las personas de un mecanismo expedito que posee las siguientes características: Subsidiario, porque solo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Inmediato,

debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar. Sencillo, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio. Específico, porque se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales y por último, es Eficaz, porque siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo bien para conceder o bien para negar lo solicitado. Estas condiciones se concretan en la definición de un trámite preferente y sumario. (Corte Constitucional, A-053, 2002)

3. RÉGIMEN PROBATORIO

La prueba es la vértebra del proceso, ya lo expresaba Jeremías Bentham: *“el arte del proceso consiste esencialmente en el arte de suministrar la prueba”*.

Bien conocemos aquel tradicional apotegma que dice: *“vale tanto no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo”*.

Debemos admitir que la prueba es determinante para que puedan ejercerse y reconocerse los derechos sustanciales a través de un proceso, sin ella el Estado no puede ejercer su función jurisdiccional de administrar justicia.

El material con el que se trabaja y experimenta en el proceso son los hechos, y estos para que puedan estar debidamente reconocidos, deben estar plenamente probados dentro del plenario.

Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos, por consiguiente, la decisión judicial debe estar siempre amparada en las pruebas debida y oportunamente allegadas al proceso, nunca en el conocimiento privado del juez.

El derecho probatorio es común a todas las áreas del derecho, es transversal, y podemos decir que es la ciencia que estudia las normas

jurídicas que regulan las pruebas. Pero es sabido que para el derecho, en el tiempo, fue primero la prueba que el derecho probatorio.

La prueba surge a partir de un conjunto de prácticas primitivas en el mundo antiguo, prácticas que estaban encaminadas a comprobar o “poner a prueba” a los sujetos protagonistas del conflicto. A *contrario sensu*, el derecho probatorio como disciplina nace paralelamente con el derecho procesal que tiene su primer germen en el año 1215 con la Carta Magna y el debido proceso (Taruffo, 2010), que se consolida para el mundo occidental en el siglo XIX con la adopción de la dogmática procesal. “El debido proceso en un primer plano axiológico frente a su protección constitucional, permite desarrollar la teoría que considera la garantía del debido proceso como verdadero derecho fundamental”. (Bechara, 2015, p.90).

Ferrer (2005: 31) manifiesta que la prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por consiguiente, este mismo doctrinante comenta que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido (Ferrer Beltrán, 2006, p.19).

Taruffo (2005, p.24) plantea que la prueba no es un mero instrumento retórico, sino epistémico. Por tal razón con la prueba se debe buscar reconstruir los hechos del proceso y poder llegar a la verdad sobre los mismos. De acuerdo a Gascón (2006, pp.41-42) la prueba identifica los trámites o actividades que se tiendan a acreditar o a determinar (en definitiva, a probar) la existencia o inexistencia de hechos relevantes para adoptar la decisión.

Así que prueba es todo lo que sirva para darnos certeza, para conocer un hecho, para convencernos de la realidad, es el medio a través del

cual se adquiere en el proceso la información requerida o necesaria para determinar la verdad de las proposiciones planteadas por cada una de las partes, son las razones o motivos que sirven para llevarle al juez convicción en relación con los hechos objeto de probanza, es la herramienta primordial que le aporta al juez los elementos de conocimiento y le permite la confirmación de los hechos.

4. EL DERECHO A LA PRUEBA

El profesor Rivera Morales (2012) manifiesta que:

El derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho (p. 219).

De igual forma, nuestra Corte Constitucional en diversas sentencias ha consagrado que:

[...] el juez tiene cinco insumos para garantizarle al proceso el derecho a la prueba. En otros términos, el juez tiene cinco alternativas a las cuales acudir para encontrar el sustento de los hechos que se le presentan y sobre los cuales debe definir la pretensión de las partes o de los intervinientes en el proceso. Estos insumos son: a) La carga de la prueba, b) La inversión de la carga de la prueba, c) La prueba de oficio, d) La carga dinámica de la prueba y e) La medida cautelar probatoria.

[...] El derecho fundamental a la prueba, esta jurisprudencia la ha identificado como: a) La certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez, b) El derecho a interrogar, c) El derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, d) La

controversia probatoria, e) El juzgar imparcialmente el valor de su convicción, f) El derecho de defensa, g) Uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, h) El más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, i) La búsqueda de la verdad y la justicia, y j) La exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita.

[...] A partir de este contexto, se destacan dos consecuencias angulares del derecho: primera, la justicia constitucional teniendo como fuente la Constitución, señaló que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) La proposición o requerimiento de la prueba; (ii) El pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) A la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) A la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica. (Corte Constitucional, T-555; T-589, 1996).

Nótese que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial (Corte Constitucional, 2006). Y cuando la administración de justicia no garantiza la búsqueda para la verificación, confirmación, ratificación y sinónimos sobre la ocurrencia de los hechos que se alegan y resisten, se vulnera el derecho a la prueba, así como cuando el juez emplea cualquiera de los insumos referidos y ausculta en la búsqueda del medio de prueba, garantiza el derecho a la prueba (Meza y Castellanos, 2016, p.574).

Con base en lo planteado por Luna (2018, p.121) lo relevante es que las partes dentro de un proceso, tienen derecho a demostrar la verdad de sus proposiciones afirmativas o negativas en los que fundan sus pretensiones. En palabras de Ferrer (2007), el ciudadano tiene derecho

a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica.

5. LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela posee un procedimiento *sui generis*, sobre todo por los términos que se manejan, que son perentorios y breves, situación esta que otorga características particulares a la etapa probatoria. El Decreto 2591 de 1991 trae consigo varios apartes donde hace alusión al tema de prueba dentro de esta acción constitucional, encontramos:

Art. 18. “El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”.

Art. 19. Informes. “El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez, acarreará responsabilidad”.

El plazo para informar será de uno a tres días y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se consideran rendidos bajo juramento”.

Art. 20. Presunción de Veracidad. “Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrá por cierto los hechos y, se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria, otra averiguación previa”.

Art. 21. Información Adicional. “Si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de los tres días, con las pruebas que sean indispensables.

Si fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente.

En todo caso el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela”.

Art. 22. Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto a la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

Art. 23. Pruebas en Segunda Instancia. “... El juez de oficio o a petición de parte podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes a la recepción del expediente [...]. (Presidencia de la Republica, Decreto 2591, 1991).

Según Luna (2019) el juez debe resolver:

Secundum allegata, donde la secuencia reconstructiva que se elabora acerca de los hechos se fundamenta en el material probatorio aportado en gran medida por las partes y la relación fáctica que estas hacen sobre ello –que entre otras cosas sus aportes están contaminados de un interés netamente personal, pudiendo o no desviar el método para alcanzar la verdad– las audiencias, la prácticas de aquellas pruebas y las alegaciones donde mucho tiene que ver la técnica de defensa. A lo anterior se suma que este proceso –método jurídico para alcanzar la verdad– debe cumplir con parámetros establecidos por la ley, como lo son los requisitos de admisibilidad de la prueba. Por

consiguiente el juez toma una decisión conforme a pruebas debidamente aportadas o solicitadas por las partes y posteriormente sometidas a contradicción en el proceso. (p.44)

En relación con el principio de la carga de la prueba subjetiva en materia de acciones constitucionales implica, que aquel que presenta este mecanismo de defensa judicial por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales o cualquier otro derecho de segunda o tercera generación, tiene el deber de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica de probar lo alegado. “La apreciación del derecho de defensa y contradicción de las partes, los principios procesales, el de inmediación y concentración le permiten al juez equilibrar las cargas a la hora de establecer la verdad procesal” (Carrillo y Bechara, 2019, p.231).

En relación con ello, la Corte Constitucional ha manifestado:

El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él

establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes. (Corte Constitucional, T-298, 1993)

De igual forma, esa misma corporación en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto:

Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación. (Corte Constitucional, T-835, 2000)

Lo anterior se interpreta en el sentido de que no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del derecho amenazado o violado, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez tener una gran probabilidad de certeza de las circunstancias fácticas presentadas.

De igual forma, se desprende que en situaciones muy particulares de especial indefensión del accionante, se debe invertir la carga de la prueba a favor del peticionario, o en palabras más acordes a los tiempos doctrinales y jurisprudenciales de hoy día, existirá el deber de aportación de la prueba a nombre de la parte contraria, es decir, que basta con que el peticionario realice una afirmación, teniendo el accionado el deber de desvirtuarla probatoriamente. Un ejemplo de ello se da en los casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, donde se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante.

En Sentencia T-327 de 2001 se estimó lo siguiente:

Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado. (Corte Constitucional, T-327, 2001)

Otro ejemplo lo podemos encontrar en materia de salud, en relación a la capacidad de pago de quien demanda el suministro de un medicamento excluido del POS. La Corte en Sentencia T-1066 de 2006 consideró lo siguiente:

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan solo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquel. (Corte Constitucional, T-1066, 2006)

El carácter informal que ostenta la acción de tutela es una de sus características, sin embargo, se hace necesario que los jueces constitucionales corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho transgredido. Por tal razón, sería contrario a derecho y a las

reglas probatorias, que los jueces concedan una acción constitucional, en específico por ejemplo, una acción de tutela, si en el proceso no existe prueba de la violación o amenaza del derecho fundamental.

Se reitera, aquella característica de la informalidad que encontramos en el amparo constitucional, no es sinónimo de que el juez pueda omitir su deber de cerciorarse o verificar la veracidad de las proposiciones fácticas que fueron presentados por las partes. En relación con ello, la Corte Constitucional en 2015 manifestó:

No puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela (Corte Constitucional, T-571, 2015).

De igual forma la Sentencia T-131 de 2007 estableció que en:

Sede de tutela generalmente la carga de la prueba incumbe al accionante. La persona que pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos que sustentan sus pretensiones y llevar al juez a tomar una decisión con certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado.

Ahora bien, no podemos olvidar ni dejar de lado en lo que respecta a las acciones constitucionales, sobre todo a la acción de tutela y Habeas Corpus, que estamos frente a unas acciones de raigambre constitucional, donde lo que está en juego son derechos fundamentales, y si bien es cierto que lo que se ha planteado hasta ahora es, que el *onus probandi* le corresponde al accionante en una primera medida y de manera excepcional al accionado, también hay que plantear y hacer mención, en las facultades oficiosas de los jueces para decretar pruebas, con el fin de tener una mejor convicción y certeza en su decisión. La Sentencia T-864

de la Corte Constitucional afirmó que “la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida en que sus decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado”. (Corte Constitucional, T-864, 1999). De igual forma, en la Sentencia T-498 de 2000, la Corte señaló que:

En casos de tutela, el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la Norma Superior. (Corte Constitucional, T-498, 2000)

Entendamos que los administradores de justicia, en pro de salvaguardar los derechos fundamentales y de obtener suficientes elementos de juicio para resolver las pretensiones de una manera justa y acertada, tienen el deber de decretar y practicar pruebas oficiosamente. Sería impensable por ejemplo, que un juez de tutela se niegue y por ende, no proteja los derechos fundamentales incoados, bajo el entendido de que el accionante encontrándose en un estado de indefensión, o de imposibilidad material de recaudar medios de prueba, no los haya aportado al proceso. Es precisamente esta una crítica que se puede realizar a la figura tradicional de la carga de la prueba, en el sentido de que no podemos partir del hecho de que quien no puede probar, no tiene razón o está mintiendo.

Y es precisamente en este momento en donde podríamos hablar de lo atinente a las pruebas de oficio, nótese que el juez constitucional desde el auto admisorio de la acción de amparo puede decretarlas. De igual forma, es inocuo pensar en que por tratarse de un término tan corto y perentorio para decidir, solo debe decretar las pruebas en ese momento procesal a fin de que pueda llegar al convencimiento necesario que le permita fallar objetivamente (SU-995/95; T-308/00; T-1088/01; T-1054/03).

Debemos tener claro que en cualquier momento se puede dictar pruebas si es necesario y el término lo permite.

Este deber del juez de decretar pruebas de oficio que estime pertinentes y necesarias, es de vital importancia en relación con aquellas situaciones en que pueden verse vulnerados derechos fundamentales por conexidad o derechos innominados como el mínimo vital.

Algunos casos en los cuales el juez debe utilizar su facultad inquisitiva son:

- » Vulneración de derechos innominados como el del mínimo vital (estructura familiar, ingresos y gastos, etc.).
- » Derecho a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital (Ej.: Adulto mayor desamparado).
- » Acreditar la legitimación, especialmente cuando se trata de agente oficioso.
- » Tener en cuenta que en los casos en los cuales la vulneración o amenaza recae sobre personas marginadas o indefensas se invierte la carga de la prueba (T-427/92).²

Se debe recordar que cualquier medio de prueba es válido, incluso los informales, como recabar la información vía telefónica si no es posible por otro medio (T-124/99; T-667/01; T-1054/02; T-476/02; T-187/03; T-341/03; T-1112/04; T-745/04).

CONCLUSIONES

Se ha podido entender que la informalidad de la acción de tutela, su procedimiento breve y sobre todo su naturaleza constitucional, exigen cierta flexibilidad en temas probatorios, pero eso no es sinónimo de

2 Dice la Corte "(...) es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión."

que se exima al juez de su deber de fallar con fundamento en medios de prueba suficientes.

Con base en lo que reza el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, el tutelante debe presentar al administrador de justicia los hechos y demás circunstancias relevantes en que se fundamenta su solicitud, sin embargo, esto no lo podemos traducir como que el juez no debe actuar activamente en el proceso, desplegando la actividad probatoria necesaria cuando no cuente con los medios de prueba que le permitan llegar al convencimiento sobre la Litis en cuestión. Por consiguiente, el juez está facultado para requerir informes a los accionados, declarar ciertos los hechos cuando la autoridad no se presente en el plazo fijado y solicitar información adicional a las partes, solicitando las pruebas pertinentes o citándolas para escuchar sus declaraciones, así como lo plantean los artículos 19, 20 y 21 del decreto reglamentario.

Este mandato a los administradores de justicia de decretar pruebas de oficio en la medida en que lo estimen necesario, es de suma importancia en relación con los casos en que puedan verse afectados derechos fundamentales por conexidad o derechos innominados. Es decir, si estamos frente a la protección del derecho a la salud, se requiere posiblemente la práctica de exámenes o peritazgos que determinen el grado de afectación del derecho fundamental o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, y así, coadyuven la decisión final del juez. Lo mismo ocurre en el caso de la vulneración del mínimo vital por ejemplo, en donde el juez no puede limitarse a afirmar que la información suministrada por el accionante es insuficiente, sino que debe actuar de manera activa y desplegar toda su facultad probatoria para llegar al convencimiento necesario que le permita resolver objetivamente.

Por último, es prioritario que los jueces constitucionales se sientan con la libertad de decretar todas las pruebas necesarias para establecer

la verdad de las proposiciones fácticas, aun cuando no sean solicitadas por las partes. De igual forma, se debe tener presente que la acción de tutela es preferente y sumaria, es decir, se debe tener en cuenta la urgencia y la celeridad; y en ese orden, el juez debe fallar con base en cualquier medio de prueba, así sea recaudado por medios informales como una llamada telefónica, lo importante es que se cumpla con un debido proceso, y que la prueba por informal que fuese, sirva para determinar la veracidad de los hechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Astudillo, C. (2007). Doce Tesis en torno al Derecho procesal Constitucional. *Revista Ibero Americana de Derecho Procesal Constitucional* (7). México: Editorial Porrúa, SA de CV.
- Bechara, A. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. En *Justicia*, 28, 88-104. <http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1040>
- Bechara, A. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana. En *Justicia*, 32, 15-37. <https://doi.org/10.17081/just.23.31.2903>
- Carrillo, Y. y Bechara, A. (2019). Juez discrecional y garantismo: Facultades de disposición del litigio en el código general del proceso. *JURÍDICAS CUC*, 15(1). 229-262. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.15.1.2019.09>
- Ferrer Beltrán, J. (2005). Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons.
- García Belaunde, D. (2004). El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. (Aproximación al tema). *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México, México D.F.
- Gascón, M. (2006). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *Revista controversia procesal*.

- Häberle, P. (2004). El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional Alemán. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. (1), pp. (15-44).
- Luna, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *JURÍDICAS CUC*, 14(1), pp.119-144. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6>
- Luna, F. (2019). Hechos, Verdad y Prueba. En, F. Luna y E. de Río (Dir.), *Compendio de Derecho Probatorio Contemporáneo* (39-59). Bogotá-Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- López Medina, D. (2002). Interpretación Constitucional. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Universidad Nacional de Colombia.
- Rivera-Morales, R. (2012). Derecho constitucional de la prueba. *VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Sagües, P. (2004) El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. (2), pp. 179-186.
- Taruffo, M. (2010). Simplemente la verdad. Barcelona: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombiana. (1992). Sentencia T-001. Magistrado: José Gregorio Hernández Galindo. Ponentes: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-001-92.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (1992) Sentencia T-525. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-525-92.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (2002) Auto 053. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A053-02.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (1996). T-555. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-555-96.htm>

- Corte Constitucional Colombiana. (1993). T-298. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-298-93.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (2000). T-835. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-835-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). T-327. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-327-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). T-1066. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1066-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015) T-571. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-571-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). T-131. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-131-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). T-864. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-864-99.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). T-498. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-498-00.htm>

Normas

- Presidencia de la República de Colombia. (1991) Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/19479127/DECRETO+2591+DE+1991+PDF.pdf/8f3d9967-a77a-496d-adb9-60ec54d7a72f>