



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

*Escuela Judicial  
"Rodrigo Lara Bonilla"*

# MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



GILBERTO AUGUSTO BLANCO ZÚÑIGA

**2021**



## **CONTENIDO**

<b>1. SOBRE EL AUTOR.....</b>	<b>3</b>
<b>2. PRESENTACIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>3. JUSTIFICACIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>4. MAPA CONCEPTUAL .....</b>	<b>9</b>
<b>5. OBJETIVO GENERAL.....</b>	<b>10</b>
<b>6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....</b>	<b>11</b>
<b>7. COMPETENCIAS ESPECÍFICAS A FORTALECER .....</b>	<b>12</b>
<b>8. CONTENIDOS PROGRAMÁTICOS .....</b>	<b>15</b>



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

ARTS.	Artículos
CGP	Código General del Proceso
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
C.P.	Constitución Política
C.C.	Código Civil
C.RPM	Código de Régimen Político y Municipal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos



## 1. SOBRE EL AUTOR

Presidente y Cofundador Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas. Doctor en Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Magister en Desarrollo social, especialista en estudios políticos y económicos y especialista en Derecho contractual. Con estudios en Educación en la Universidad Paris XII Vall de Marne, y abogado de la Universidad del Norte de Barranquilla.

Profesor catedrático en las Universidades Externado, Del Rosario, Sergio Arboleda, Libre, del Magdalenay en la Universidad del Norte de Barranquilla, en los postgrados de Derecho procesal, constitucional y administrativo.

Se desempeñó como Procurador Delegado para Asuntos Civiles y Laborales ante la Corte Suprema de Justicia, Procurador Delegado para Asuntos Ambientales en la Procuraduría General de la Nación, Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Director Jurídico del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), Abogado Sustanciador en la Corte Constitucional, Juez Décimo Civil Municipal de Barranquilla y Abogado independiente con entidades públicas y privadas en asuntos relacionados con el Derecho ambiental, civil, constitucional, administrativo y disciplinario.

Autor de diversos artículos en revistas especializadas y de las obras *"Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano"*, *"De la Interpretación Legal a la Interpretación Constitucional"* y *"La Casación Civil. Teoría General, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica"*.

Actualmente es socio fundador de Blanco & Degiovanni Abogados y Consultores.



## 2. PRESENTACIÓN

En un Estado Social de Derecho el proceso judicial resulta de vital importancia para la efectivización de los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico. Así, las personas que acuden al sistema de justicia en procura de una tutela judicial efectiva con el fin de resolver sus controversias tienen el derecho fundamental a un debido proceso y a todas sus garantías correlativas, tal como lo consagra el canon 29 de la Constitución Política.

Al efecto, este derecho tiene una amplia connotación y ha reconocido el carácter fundamental del derecho a presentar y controvertir las pruebas, entendiendo aquellas como el medio que conduce a la búsqueda de la verdad, amén de erigirse en el canal para que la decisión adoptada por el operador jurídico o la entidad administrativa sea legal y justa.

La Corte Constitucional sostuvo en Sentencia C-163/19 que el debido proceso probatorio supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa. De este modo, señaló que las partes tienen derecho (i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decrete y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar la realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

Las pruebas entonces resultan esenciales dentro de un trámite judicial, pues no es posible concebir aquel sin la existencia de estas. Para autores como Ruiz Jaramillo aquella *"es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos"*, lo cual significa pues, que los medios de convicción constituyen herramientas indispensables a la hora de demostrarle al juez la existencia de los hechos sobre los cuales se formularon las pretensiones o excepciones, para que así éste se acerque a la verdad en el decurso de la estimación probativa y profiera una decisión judicial al amparo de los más elevados fines del Derecho.

<sup>1</sup> RUIZ JARAMILLO, Luis (2007, 7 de marzo). *El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental, Estudios de Derechos. Estudios de Derechos*, 1-26. Consultado el 20-11-2021. Disponible en: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2552/2076>



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

En este orden de ideas, la valoración de aquellas se erige en un asunto que reviste gran importancia porque es imposible administrar justicia conforme a los postulados del Estado Social de Derecho sin realizar un adecuado estudio, análisis y valoración de los medios probatorios allegados al debate, llámense documentos, testimonios, dictámenes periciales, inspecciones judiciales, confesiones, indicios, declaraciones de parte, juramentos estimatorios e informes.

El deber del juez es, por ende, analizar de manera concienzuda aquellas pruebas que se someten a su conocimiento para construir un pronunciamiento que resuelva el litigio planteado por las partes, pero, sobre todo, que se ajuste a los dictados del derecho, como también a los postulados que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Habida cuenta de lo expuesto, el juez en un primer momento debe examinar si la prueba es útil, conducente y pertinente; si se obtuvo de forma regular respetando las circunstancias de tiempo, modo y lugar y; si se le otorgó a la contraparte la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y controvertirla; para luego, una vez fueron determinados tales presupuestos, realizar una valoración y/o apreciación de las mismas y decidir con base en aquello que estas revelan.

Por consiguiente, según viene de discurrirse, el Módulo de Formación Autodirigida *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* pretende ser un instrumento a través del cual se le permita a los jueces y magistrados de la República reforzar sus conocimientos generales y específicos acerca de la dimensión de los medios persuasivos, al tiempo que intentará crear escenarios de discusión frente a temas novedosos como por ejemplo, el diálogo probatorio entre tribunales nacionales e internacionales, el uso de herramientas tecnológicas en la producción y aporte de las pruebas teniendo en cuenta el Decreto 806/20 y, la interpretación de las mismas conforme a los nuevos estándares hermenéuticos y a los códigos culturales *in situ* donde los medios de convicción han de valorarse.

En este sentido, con el fin de lograr el objetivo propuesto se desarrollarán cinco unidades. En la primera de ellas se realizará una introducción a la institución probatoria. Una vez establecido el presente marco general, en la segunda unidad se procederá a estudiar los principios y finalidades de las pruebas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

---

Posteriormente, en la tercera unidad se analizarán las generalidades dogmáticas de la prueba desde los contornos de la mutación constitucional de nuestro sistema de fuentes del Derecho, tratando temáticas como el objeto del medio de convicción, la carga de la prueba, su clasificación y la caracterización de los distintos elementos persuasivos.

En la cuarta unidad, se examinarán las diferentes etapas de la actividad probatoria: solicitud, decreto, práctica, valoración e interpretación y se traerán a colación algunas temáticas concretas como la prueba frente a la transición normativa; la importancia del respeto al precedente judicial en materia probatoria y; las dificultades originadas en la redundancia regulatoria de los diversos regímenes procesales.

Por último, en la quinta unidad, se realizará una aproximación a las nuevas visiones y experiencias en materia probatoria, como por ejemplo, la relación de coordinación y sinergia entre los tribunales nacionales e internacionales; el uso de herramientas tecnológicas en la producción y aporte de las pruebas; las particularidades del Decreto 806/20 en materia probatoria y; la interpretación de la prueba en los distintos contextos sociales, económicos y culturales, entre otros.



### 3. JUSTIFICACIÓN

En toda democracia la confianza en el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional, en el bienhechor de los jueces y magistrados, y de quienes presiden a los organismos de control, es presupuesto indispensable para alcanzar el adecuado y necesario clima de pacificación social y convivir armónico entre sus conciudadanos, pues la justicia más perfectamente impartida, es uno de los fines del Derecho y de todo Estado. Es que, cuando una sociedad coloca en duda la objetividad, justeza, acierto y precisión en las decisiones que se adopten por los funcionarios investidos de esa misión constitucional, queda destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden poner en peligro la propia existencia democrática de una Nación.

El ciclo del control social se cierra en la judicatura; ella representa el poder moral de una sociedad. En esa empresa, los Jueces y Magistrados reciben las angustias humanas y deben resolverlas con una lúcida, motivada, pero por sobre todo ecuaníme decisión. Para ello, les resultan exigibles conductas rectas y ejemplificantes, debiendo elevarse de su condición humana para asumir ese laborío que en los orígenes de los tiempos se les encomendó a los Dioses. Resistirse al halago publicitario, a los ofrecimientos económicos, a lealtades partidistas, a aspiraciones políticas o gremiales, son tentaciones que por lo atractivas ponen a prueba el espíritu de quien regenta el apostolado de administrar justicia<sup>2</sup>.

Así las cosas, el papel del juez en la sociedad se torna imprescindible y por lo tanto se hace necesario que sea ético, proactivo, dinámico, imparcial, independiente y consciente de las distintas realidades que atraviesan las personas, los seres vivos y el medio ambiente, pues la sociedad requiere un juez que sea capaz de resolver con acierto los problemas que se suscitan a través de una sentencia judicial vinculante, es decir con la fuerza de una fuente del Derecho.

En el pensamiento de Saavedra, la discusión alrededor de la profesionalización del juez, su actividad probatoria y legitimidad dentro del marco de los poderes del Estado ha experimentado un incremento notable debido a factores coyunturales, potenciándose cuando los países pasan de la dictadura a la democracia, especialmente por el cambio en la naturaleza y alcance que adquiere la ley<sup>3</sup>.

Al considerar los diversos aspectos del proceso con un Juez activista, la premisa fundamental es que aquél se obliga a ampliar la argumentación y superar el material que aportan los sujetos procesales cuando sea evidente

<sup>2</sup> BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A. *La Casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*. Editorial Ibáñez, Bogotá, reimpresión 2021, pag 33 y ss.

<sup>3</sup> Comentaba el mismo autor que el problema de la legitimidad del Poder Judicial es un problema global y multifacético, con perfiles básicamente constitucionales afincados en la independencia del juez, el autogobierno, el jurado o la controversia judicial (SAAVEDRA, Modesto. *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*. Biblioteca de ética, filosofía del Derecho y política. 1ª edición, México, 1994, pp. 101, 102).





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

que tales acciones son necesarias para procurar los resultados correctos, de ahí que el funcionario no puede mantenerse atado y sin participar. Incluso, cuando superficialmente parezca en ocasiones desempeñar el papel de árbitro de una competición sobre el debido curso de la acción, debe buscar el mejor resultado posible, volviéndose el protagonista procesal<sup>4</sup>.

Ya decía DWORKIN que es importante la manera en que los jueces resuelven los casos, haciendo el cotejo de los matices propios de los juicios criminales y aquellos en lo que se discuten cuestiones pecuniarias, pero advertía, que hay aspectos que no pueden medirse en dinero, ni siquiera en libertad<sup>5</sup>.

Más adelante anotaba:

"Es inevitable la dimensión moral de una actuación ante la justicia y por lo tanto, el riesgo de alguna forma distintiva de injusticia pública. Un juez no sólo debe decidir quién recibirá qué, sino quién se ha comportado bien, quién ha cumplido con sus responsabilidades de ciudadano, y quién, en forma intencional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades con respecto a los demás, o exagerado las de los demás con respecto a si mismo. Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros porque en cierto grado o en cierta dimensión lo ha signado como un proscrito"<sup>6</sup>.

En este punto, la valoración de las pruebas por parte de la autoridad judicial supone un reto, pues son el fundamento de toda decisión judicial, lo cual significa que una valoración inadecuada cambia el sentido de la sentencia y puede llegar a afectar los derechos fundamentales y los principios sobre los que se edifica la cláusula del Estado Social de Derecho.

Habida cuenta de que en nuestro sistema de administración de justicia se ha evidenciado la necesidad de actualizar el conocimiento de los jueces y magistrados del país con respecto al decreto, práctica y valoración de las pruebas, específicamente en materia contencioso administrativa, el *Módulo de Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* contribuye a que exista una justicia mejor impartida y más calificada, con operadores jurídicos que apropien los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para determinar el alcance que le deben dar a los medios de convicción aportados por las partes y así resolver las controversias que se presentan conforme a un análisis más virtuoso, más sereno, más válido y por consiguiente más jurídico.

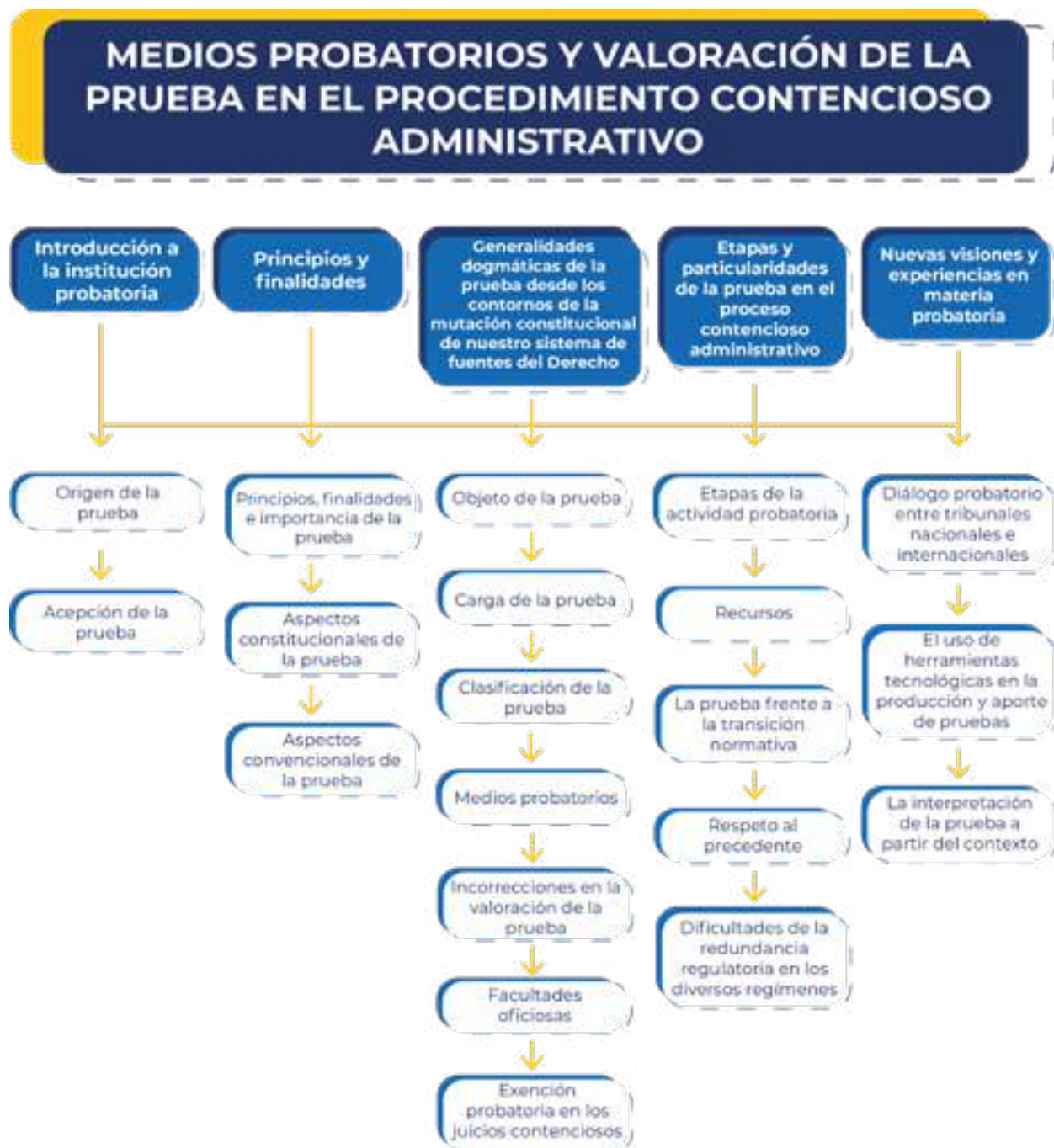
<sup>4</sup> DAMASKA, Mirjan. R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 72.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Editorial Gedida. Barcelona 1988. P. 15.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la justicia. Ob. Cit. p. 15.*



## 4. MAPA CONCEPTUAL





## **5. OBJETIVO GENERAL**

Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.



## **6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Fortalecer la aplicación, respeto y garantía de los principios, finalidades e importancia de la prueba en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Contribuir a la mejor confección de decisiones judiciales desde la argumentación probatoria a partir de las estrategias, subreglas y casuística discutida.
- Ahondar la manera en que se valoran e interpretan los diversos medios de convicción al interior de las etapas del proceso contencioso administrativo.
- Integrar los aspectos foráneos, especialmente desde el SIDH al régimen probatorio nacional, a partir del diálogo constante llamado a existir entre los tribunales domésticos e internacionales.
- Entender la prueba y su dimensión a partir de los distintos contextos sociales, ambientales, culturales y geográficos como determinante en el análisis de aquella.
- Recabar y profundizar en las particularidades de las herramientas tecnológicas aplicables a la producción de las pruebas, y su aporte en el régimen probatorio de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con la normatividad vigente y aplicable.
- Introducir la diversidad, multiculturalidad y el enfoque de género en la actividad probatoria que ha de desplegarse por los jueces naturales de la administración pública.



## 7. COMPETENCIAS ESPECÍFICAS A FORTALECER

Para puntualizar las destrezas que se quieren reforzar, se efectuará el análisis a partir de cada unidad y aplicando las dimensiones del Ser, Saber y Hacer, según corresponda.

### Unidad 1. Introducción al mundo de la prueba.

**COMPETENCIA:** Recuerda y fortalece los conceptos fundamentales del derecho probatorio.

- Ser: Se fortalecerá el conocimiento en las bases del derecho probatorio para coadyuvar su adecuada valoración de conformidad con la normatividad vigente, y garantizando, en cada una de sus actuaciones, el respeto por el derecho al debido proceso.
- Saber: Identificar las principales instituciones de la teoría general de la prueba.
- Hacer: Aplicar en la realidad práctica las nociones básicas del derecho probatorio garantizando el derecho fundamental al debido proceso.

### Unidad 2. Principios y finalidades

**COMPETENCIA:** Realiza un análisis y valoración de las pruebas respetando los principios y cometidos de las mismas.

- Ser: Robustecer la capacidad de respetar las reglas del derecho probatorio en cada una de las actuaciones judiciales, a través del conocimiento de los principios y finalidades de la prueba.
- Saber: Identificar y respetar los principios del derecho probatorio y la finalidad de la prueba, mediante el análisis y valoración de cada medio probatorio.
- Hacer: Aplicar los principios y finalidad en materia probatoria consagrados en las normas y especialmente en la Constitución.



### **Unidad 3. Generalidades de la prueba en materia contencioso-administrativa**

**COMPETENCIA:** Valora en debida forma el material probatorio obrante en el expediente judicial.

- Ser: Observar las reglas de la carga de la prueba en el desarrollo de las actuaciones judiciales, aplicando las regulaciones normativas.
- Saber: Identificar la pertinencia del material probatorio obrante en las actuaciones judiciales, mediante el análisis de las clases de pruebas aportadas y decretadas dentro del trámite judicial.
- Hacer: Aplicar las disposiciones normativas regulatorias, con el fin de comprender el objeto de la prueba dentro de cada uno de los medios probatorios que se presenten en el desarrollo de sus funciones judiciales

### **Unidad 4. Etapas y particularidades de la prueba en el proceso contencioso administrativo**

**COMPETENCIA:** Desarrolla capacidades idóneas para adoptar decisiones judiciales en derecho y producto de la interpretación y análisis probatorio.

- Ser: Conocer y observar las etapas probatorias establecidas en las actuaciones judiciales adelantadas.
- Saber: Realizar una adecuada valoración de las pruebas y garantizar el agotamiento de cada una de las etapas procesales definidas, salvaguardando el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, y propiciando actuaciones judiciales sujetas a derecho y basadas en la interpretación probatoria.
- Hacer: Emplear los conocimientos adquiridos en materia probatoria en el transcurso de los procesos contencioso-administrativos a través del agotamiento de las etapas probatorias.



## **Unidad 5. Nuevas visiones y experiencias en materia probatoria**

**COMPETENCIA:** Adquiere una perspectiva nueva y actualizada del derecho probatorio en materia de los juicios donde el Estado es parte, para aplicarlo a la actividad judicial.

- Ser: Conocer y analizar algunas posturas emitidas por tribunales internacionales, a partir de la valoración de los elementos probatorios y las motivaciones expuestas en los fallos.
- Saber: Generar una nueva perspectiva en el análisis probatorio, teniendo en cuenta las posturas expuestas por tribunales nacionales e internacionales y el uso de las herramientas tecnológicas, para proferir fallos en derecho.
- Hacer: Aplicar los conocimientos adquiridos relacionados con el derecho probatorio, a través del uso y aplicación de jurisprudencia internacional, basándose en las reglas probatorias de común uso en dicho ámbito, y utilizando los medios tecnológicos que faciliten esta labor.



## **8. CONTENIDOS PROGRAMÁTICOS**

### **Unidad 1. Introducción a la institución probatoria**

### **Unidad 2. Principios y finalidades**

#### **2.1. PRINCIPIOS PROBATORIOS, FINALIDAD E IMPORTANCIA EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

##### **2.1.1 NECESIDAD**

##### **2.1.2 LICITUD PROBATORIA**

##### **2.1.3 IGUALDAD Y LIBERTAD PROBATORIA**

##### **2.1.4 CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD**

##### **2.1.5 INMEDIACIÓN Y COMUNIDAD**

#### **2.2 ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A PROBAR**

#### **2.3 ASPECTOS CONVENCIONALES SOBRE LA PRUEBA**

#### **2.4 CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **Unidad 3. Generalidades dogmáticas de la prueba desde los contornos de la mutación constitucional de nuestro sistema de fuentes del Derecho**

#### **3.1. ¿QUÉ SE PRUEBA? DISCIPLINA NORMATIVA. OBJETO DE LA PRUEBA**

#### **3.2. ¿QUIÉN PRUEBA? REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

- Teoría estática
- Teoría dinámica





### 3.3. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA

### 3.4. ¿CÓMO SE PRUEBA? MEDIOS PROBATORIOS PROPIAMENTE DICHOS

### 3.5 INCORRECCIONES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

#### 3.5.1 Defecto fáctico: concepto y dimensiones

*3.5.2 Un símil a propósito del origen dimanante de la casación civil: error de hecho. Suposición, preterición y tergiversación de la prueba. Error de derecho. La indebida aducción y los yerros en la disciplina probatoria.*

### 3.6 A PROPÓSITO DE LAS FACULTADES OFICIOSAS.

#### 3.6.1 La oficiosidad en las causas constitucionales

*3.6.2 La cortapisa oficiosa en el procedimiento ordinario. Reflexiones y ejemplos en los juicios de nulidad, reparaciones directas, controversias contractuales, repetición y pérdida de investidura.*

### 3.7 EXENCIÓN PROBATORIO EN LOS JUICIOS CONTENCIOSOS

#### 3.7.1 Hechos notorios

#### 3.7.2 Reglas de alcance nacional

*3.7.3 Sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho público*

### 3.8 DE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

### 3.9 ANÁLISIS DE CASOS



## **Unidad 4. Etapas y particularidades de la prueba en el proceso contencioso administrativo**

### **4.1. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

- Solicitud de la prueba
- Decreto de la prueba
- Práctica de la prueba
- Valoración de la prueba
- Interpretación de la prueba

### **4.2. LOS RECURSOS Y LA PRUEBA**

### **4.3 CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA A DESPLEGAR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO CONTENCIOSO**

### **4.4 LA PRUEBA FRENTE A LA TRANSICIÓN NORMATIVA. EJEMPLOS**

### **4.5 LA SUJECCIÓN PROBATORIA EN EL ÁMBITO DEL RESPETO AL PRECEDENTE**

### **4.6 DIFICULTADES DE LA REDUNDANCIA REGULATORIA EN LOS DIVERSOS REGÍMENES PROCESALES. EL CASO DE LA MIXTURA EN EL DICTAMEN PERICIAL**

## **Unidad 5. Nuevas visiones y experiencias en materia probatoria**

### **5.1. DIÁLOGO PROBATORIO ENTRE TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES**

#### *5.1.1 ¿Cómo dialogan los jueces?*

#### *5.1.2 Utilidad del diálogo*



*5.1.3 Dificultades fronterizas, idiomáticas, de infraestructura y pedagogía*

**5.2. EL USO DE LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS EN LA PRODUCCIÓN Y APOORTE DE LAS PRUEBAS**

*5.2.1 De la Justicia digital a la justicia probatoria*

*5.2.2 Ejemplos a propósito de las redes sociales*

*5.2.3 Las particularidades del Decreto 806 de 2020*

**5.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA A PARTIR DEL CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL Y GEOGRÁFICO**



<b>UNIDAD 1</b>	<b><i>Introducción a la institución probatoria</i></b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	Fortalecer la aplicación, respeto y garantía de los principios, finalidades e importancia de la prueba en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
<b>COMPETENCIA ESPECÍFICA</b>	Fortalecer el conocimiento en las bases del derecho probatorio para coadyuvar a su adecuada valoración de conformidad con la normatividad vigente y, garantizando, en cada una de sus actuaciones, el respeto por el derecho al debido proceso.



## MAPA CONCEPTUAL





## **Unidad 1. Introducción a la institución probatoria**

El origen del derecho probatorio se encuentra arraigado en la curiosidad del ser humano, la cual, se satisfacía con la obtención de una respuesta que tenía por objeto esclarecer una situación de hecho determinada. Posteriormente, con el pasar del tiempo, se desarrollaron mecanismos para comprobar la contestación obtenida, naciendo así la prueba.

En un principio, el sistema probatorio era primitivo y rudimentario por cuanto la valoración de cualquiera que fuera el medio de convicción, se realizaba conforme a las opiniones personales. Predominaba la Ley del Talió y la demostración de los hechos se hacía según las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común; hasta que con la caída del imperio romano el sistema evolucionó<sup>7</sup>.

En Grecia por ejemplo imperaba la oralidad, principalmente en los procesos penales y civiles. Surgieron como medios probatorios el testimonio, el documento y el juramento, así como el principio dispositivo a partir del cual la carga de la prueba recae en las partes y excepcionalmente en el juez cuando éste las haya decretado de oficio.

La autoridad judicial valoraba la prueba conforme a la crítica lógica y razonada y; se presentaban ciertas restricciones en cuanto a las declaraciones de las mujeres, los niños y los esclavos.

En Roma la evolución de la institución comentada se dividió en dos fases: (i) Antiguo proceso romano o periodo formulario y; (ii) Procedimiento.

En la primera fase el juez tenía el carácter de árbitro y ostentaba libertad para apreciar y valorar las pruebas aportadas por las partes conforme a sus convicciones. El testimonio era considerado como el único medio probatorio existente, apareciendo después el documento, el juramento y el indicio.

En la segunda fase el juez representaba al Estado y su principal función era administrar justicia. En este orden de ideas, interrogaba a las partes para atribuir a quién le correspondía la carga de la prueba y; examinaba el grado de credibilidad de cada medio probatorio.

Durante esta etapa nacieron las presunciones y la tarifa legal; se restringió la prueba testimonial y cobró importancia el medio documental. Además, el juez abandonó su papel de árbitro y se concentró en investigar la verdad material.

<sup>7</sup> Universidad Católica de Colombia. *Derecho Probatorio*. Primera edición, Bogotá, D. C. Junio del 2015. Disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24831/1/Derecho%20probatorio\\_web.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24831/1/Derecho%20probatorio_web.pdf)



En el periodo de justiniano aparecieron los primeros textos legales; se regularon legalmente las pruebas y su apreciación personal por parte del juez; surgió el principio de contradicción y el sistema de apreciación mixto y; se excluyeron los testimonios de las mujeres, el impúber, el perjurio, el demente y el delincuente.

En el antiguo derecho germánico existía una gran influencia religiosa, razón por la cual se buscaba un convencimiento puramente formal, basado en la creencia de la intervención divina o de la justicia de Dios, dejando a un lado la verdad real o material.

Con el derecho canónico se eliminó el sistema de valoración probatoria anterior, y se transitó hacia el sistema de la tarifa legal de la prueba, donde los jueces las apreciaban y abandonaban el tradicional formalismo. Aquellas debían ser apreciadas en conjunto y el juez tenía libertad para ello y, gracias a la existencia de reglas en la estimación de las pruebas la sociedad en general tenía mayor confianza en la aplicación de la justicia.

Por último, existió también una fase sentimental o de convicción moral que tuvo su origen la Revolución Francesa y que incorporó conceptos como la libre apreciación de la prueba y la íntima convicción como única motivación del fallo y; una fase científica, que actualmente se encuentra vigente, donde la autoridad judicial debía contar con conocimientos especializados. En esta etapa última el juez apreciaba libremente la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, olvidándose de la tarifa legal. Además, predomina la oralidad con excepción de ciertas etapas del procedimiento civil, como la presentación de la demanda y su contestación; el juez cuenta con facultades oficiosas para encontrar la verdad y; las pruebas para que sean consideradas como válidas deben cumplir unos requisitos y formalidades consagrados en el ordenamiento jurídico.

A propósito de lo que viene de memorarse, puede señalarse que la primera dificultad que se presentó en torno al tema en estudio radicó en las diversas acepciones del término prueba, pues, de una parte, se utiliza el vocablo para referirse a los medios de prueba; y, de igual manera, se emplea respecto de la acción de probar y a la certeza como fenómeno psicológico; de tal modo que, antes de abordar el contenido esencial del módulo, resulta indispensable plantear algunas reflexiones sobre el punto, a fin de precisar con meridiana claridad qué debe entenderse por el vocablo comentado.

Pues bien, a propósito de la acepción en estudio, Dellepiane ha manifestado lo siguiente:



*"...La primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial, nace de la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el derecho procesal. Usásele, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez (...). En segundo lugar, entiéndese por la acción de probar, de hacer la prueba (...). Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la certeza de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento..."<sup>8</sup>.*

A su turno, la doctrina nacional ha expresado en similares términos que la polisemia de la palabra "prueba" entorpece su estudio, pues, un mismo vocablo se utiliza en tres escenarios que, aunque dependientes, son distintos. Anota al respecto Giacomette que:

*"...En primer lugar, tenemos la noción de prueba como herramienta procesal única para acreditar la ocurrencia de unos hechos que activen la aplicación de una norma de derecho favorable. La prueba en este escenario está constituida por los medios, o sea, los mecanismos legales que otorga el ordenamiento jurídico para insertar elementos de juicio en la relación procesal. (...) En segundo lugar, la prueba se estudia como el deber procesal que generalmente tiene el actor de probar lo que alega (...) En tercer lugar, se habla de prueba para calificar el estado psicológico del juez al concluir la actividad probatoria ... es por esto que por prueba se entiende el grado de convicción que alcance determinada realidad de unos hechos..."<sup>9</sup>.*

A efectos de no confundirla, en estricto, con los medios habidos, ni con la acción de probar, mucho menos con la certeza -entendida como un fenómeno psicológico-, consideramos que la acepción que con mejor tino caracteriza de forma totalizadora la institución, es la suministrada por la Corte Constitucional en sentencia C-202 de 2005, cuando advirtió:

*"...Prueba, como sustantivo de probar, es, pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón..."<sup>10</sup>.*

8 DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba, editorial: Temis, Bogotá, 2019, pags 7-8.

9 GIACOMETTE FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba, editorial: Ibáñez, Bogotá, 2017, pags 58-60

10 Corte Constitucional, sentencia C-202 de 2005, citando a: CARNELUTTI, Francisco. Sistema de





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

En este contexto, encontramos que, en los contornos de lo jurídico, el derecho a presentar y controvertir pruebas es una de las garantías del debido proceso disciplinado en el canon 29 superior, razón que autoriza a afirmar que no es posible concebir un proceso judicial sin ellas, luego, las pruebas judiciales remontan su origen hacia el inicio mismo del derecho, pues, visto como se tiene, no puede existir el uno sin el otro.

Ahora bien, su importancia en el ámbito propio del juicio, radica en la demostración de los hechos por cada una de las partes interesadas, es decir, quien pretenda un derecho debe demostrar tal intención, de ahí la significación y la necesidad que le es ínsita, en consecuencia, probar es demostrar un hecho o dar certeza de éste, llevando al juez al convencimiento de lo factual, y en este entendido, los medios de prueba son las herramientas establecidas por la ley para demostrar un hecho al interior del contencioso.

Al respecto, expresa Parra Quijano:

"...En el mundo del proceso, la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas.

El juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor, sería imposible la aplicación de las normas.

La prueba, entonces tiene una función social, una función humana individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan en cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas)"<sup>11</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta el objeto, tema, principios y etapas probatorias, la decisión proferida por el juez deberá corresponder al examen del material de convicción obrante en el expediente, cuyas conclusiones deben ser razonadas y coherentes merced a las previsiones del artículo 280 del Código General del Proceso que dice:

*Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399*

<sup>11</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, editorial: LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA, Bogotá, 2007, pag. 30



*"...Artículo 280. Contenido de la sentencia. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinales estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella..."*

Corolario de lo expuesto, a propósito de lo discurrido en líneas precursoras, las pruebas nacen, en principio, de un proceso natural del ser humano, y la relevancia de estas en un juicio es inobjetable, pues, a través de ellas el juez adopta decisiones de conformidad con la realidad de la ocurrencia de los hechos que se demuestran dentro del proceso, llevando ello a la toma de decisiones que respondan a la necesidad de justicia que exigen las partes, en este caso de uno enmarcado en la línea del contencioso administrativo.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TÉCNICAS DE  
FORMACIÓN  
JUDICIAL

La metodología del módulo *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* se basa en el Modelo Pedagógico 2020, por ello la participación de los jueces y magistrados se torna necesaria y absolutamente indispensable para adquirir las competencias a través de ejercicios prácticos como estudios de casos de la vida real, análisis jurisprudenciales, talleres y ensayos que le permitan a los dicentes construir un pensamiento crítico y reflexivo que sea útil al momento de resolver qué pruebas decreta, su práctica y cómo las interpreta al amparo de un Estado Constitucional.

Los dicentes deberán coadyuvar el proceso formativo aplicando su conocimiento y experiencias diarias en el decurso del presente módulo, desarrollando capacidades de análisis, argumentación y decisión en temas específicos como la constitucionalización del derecho probatorio, la permeabilización de la jurisprudencia y doctrina extranjera y, la concreción práctica del análisis y manejo de la prueba a partir de las particularidades emanadas de los contextos sociales en que se deben tomar las decisiones judiciales.

Dentro de este contexto será basamento fundamental de la metodología empleada:

- a.- Estudio de casos;
- b.- Retroalimentación casuística a partir de las experiencias prácticas de los formadores;
- c.- Análisis de jurisprudencia desde la perspectiva de varias jurisdicciones (no sólo la contenciosa administrativa) y de cada una de las instancias, con énfasis en fallos paradigmáticos;
- d.- Desarrollo de talleres; y, finalmente,
- e.- Investigación y estudio autónomo.

Todas las referidas técnicas metodológicas apuntan a garantizar que formadores, servidores y dicentes mantengan una deliberación abierta y constante, por ende un diálogo más fluido y eficiente para introyectar los contenidos del curso, así como mejores herramientas para, a partir de la casuística propuesta, analizar, valorar e interpretar los medios de aducción en el trámite del proceso judicial administrativo.

Particularmente en la presente unidad, se hará uso de la técnica de formación judicial de análisis jurisprudencial, donde se hace referencia a la Sentencia C-202 de 2005 de la Corte Constitucional que define la acepción de la palabra "prueba".



## TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta los lineamientos para la evaluación del aprendizaje desarrollados en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se buscará identificar que se hayan desarrollado las competencias específicas a fortalecer, propuestas para cada unidad en el módulo, a partir de las tres dimensiones Ser, Saber y Hacer, donde los jueces y magistrados podrán reconocer su propio avance en el proceso de aprendizaje (autoevaluación), y en el de los demás (coevaluación).

De igual manera, el formador examinará el progreso en el desarrollo de competencias genéricas y específicas en los discentes, a través del estudio de casos prácticos que incluya la simulación de roles, la lectura de sentencias, y la realización de talleres, en los que se denote un nivel adecuado en la apropiación de los conocimientos para valorar de mejor manera las pruebas en los procesos judiciales, y de esta forma dispensar la mejor justicia posible.

En esta unidad, se plantea como técnica de evaluación la formulación de una pregunta abierta y un caso para realizar una pequeña reflexión.

### Pregunta

¿Por qué cree usted que el artículo 280 del Código General del Proceso se queda corto al señalar que la motivación de la sentencia deberá limitarse, privativamente al examen crítico de las pruebas?

### Caso

En la antigüedad existían muchas limitaciones y restricciones para que las mujeres ejercieran sus derechos: no podían votar, no podían vestirse como quisieran, no podían participar en las fuerzas armadas, no podían administrar sus bienes en el matrimonio, no podían viajar solas, no podían abrir una cuenta bancaria y, en materia probatoria se le restaba valor a su declaración rendida en juicio. La desigualdad con el género masculina era, itérase, notoria y en el aspecto probativo no era la excepción, pues, como se dijo, su testimonio era subvalorado en el juicio.

¿Por qué se restringía el valor probatorio de una declaración rendida por una mujer?

¿Por qué la declaración realizada por un hombre sí debía ser valorada por el juez al momento de fallar y no la de la mujer?

¿Acaso varía el contenido de una declaración en función del género?



## RECURSOS DIDÁCTICOS

El Módulo Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un horizonte teleológico de contenido dinámico, que ofrece un importante componente teórico, pero que también posee un importante mecanismo práctico, en el que se cimentan las respuestas a los posibles retos y vicisitudes que el juez debe asumir a la hora de resolver un conflicto.

Específicamente, en la Unidad 1 se hará uso de unas diapositivas que tienen por objeto realizar una contextualización del presente Módulo de Formación Autodirigida, así como una microcápsula que da cuenta de la finalidad del mismo y un podcast.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A (2021). La Casación Civil: Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica. Editorial Ibáñez, Bogotá, pag 33 y ss.
- COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564/12: por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. consultado el 2-11-2021. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR)
- COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia. [Const.] (1991)
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202/05. (8 de marzo de 2005). M. P. Jaime Araujo Rentería.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163/19 (10 de abril 2019). M.P. Diana Fajardo Rivera.
- DAMASKA, Mirjan. R. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 72.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba, editorial: Temis, Bogotá, 2019, pags 7-8
- DWORKIN, Ronald. El Imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Editorial Gedida. Barcelona 1988. P. 15.
- GIACOMETTE FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba, editorial: Ibáñez, Bogotá, 2017, pags 58-60
- PARRA QUIJANO, Jairo (9 de marzo de 2006). Manual de Derecho de Probatorio: Aspectos generales del Derecho Probatorio. Bogotá.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- RUIZ JARAMILLO, Luis (2007, 7 de marzo). El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental, Estudios de Derechos. Estudios de Derechos, 1-26. Consultado el 20-11-2021. Disponible en: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2552/2076>
- SAAVEDRA, Modesto. Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica. Biblioteca de ética, filosofía del Derecho y política. 1ª edición, México, 1994, pp. 101, 102.
- Universidad Católica de Colombia. Derecho Probatorio. Primera edición, Bogotá, D. C. Junio del 2015. Disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24831/1/Derecho%20probatorio\\_web.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24831/1/Derecho%20probatorio_web.pdf)

## BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Uteha Argentina, 1944, Tomo II, Ps. 398-399.

RESPUESTAS	<p><u>Pregunta</u></p> <p>La fundamentación de la decisión es un factor de importancia superlativa y característica inherente a los sistemas democráticos, asumiendo un rol prioritario en la construcción de confianza por parte de los ciudadanos en su sistema de justicia; es igualmente, una sama manera de eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad; mas para que ello sea posible no puede tratarse de cualquier consideración; pues el soporte de la sentencia debe ser congruente, acorde con la temática debatida, los hechos que se controvierten y las pruebas adosadas.</p> <p>Es que, una fundamentación desprovista de logicidad y de suficientes razones que no consulte la legalidad y constitucionalidad, además divorciada de la realidad fáctica y jurídica que existió en el caso es lo mismo que inmotivación. Pero final y adicionalmente se cumple con una función pedagógica ínsita a la labor judicial, máxime cuando se trata de órganos límite o de cierre dentro de una jurisdicción específica como en este caso lo es el contencioso administrativo.</p>
------------	---



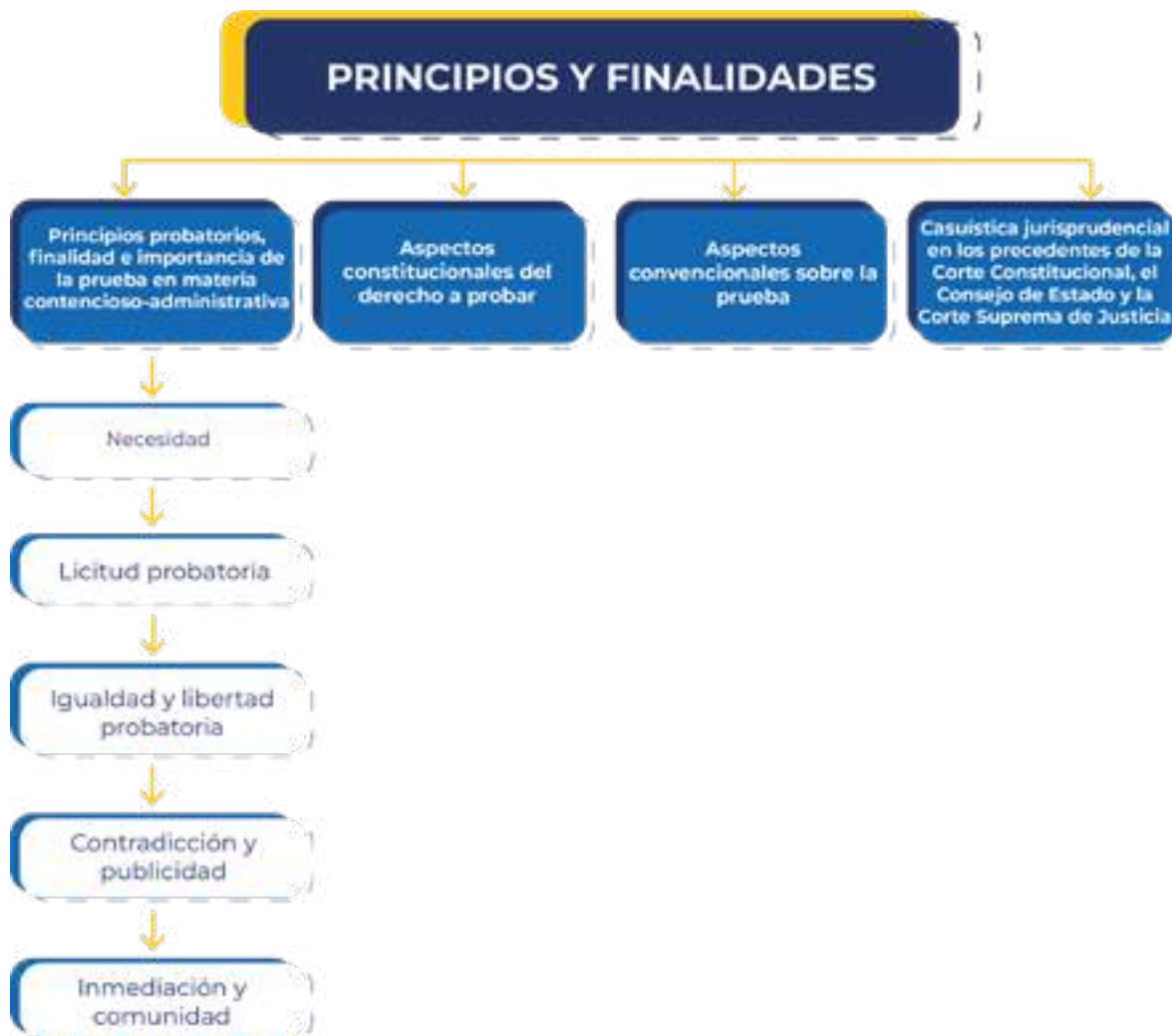


<b>UNIDAD 2</b>	<b><i>Principios y finalidades</i></b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	Fortalecer la aplicación, respeto y garantía de los principios, finalidades e importancia de la prueba en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
<b>COMPETENCIA ESPECÍFICA</b>	Realizar un análisis y valoración de las pruebas respetando los principios y cometidos de las mismas.





## MAPA CONCEPTUAL





## Unidad 2. Principios y finalidades

### 2.1. PRINCIPIOS PROBATORIOS, FINALIDAD E IMPORTANCIA EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Existe el viejo adagio latino que establece *"tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo"*, y es que si bien la importancia de la prueba no puede sintetizarse, sin más, en un brocardo, este sí que ilustra la trascendencia de una institución y por consiguiente, la relevancia que adquiere dentro de una disciplina jurídica autónoma como la probatoria. Giacomette afirma que la importancia de la prueba puede analizarse desde una perspectiva procesal y desde una perspectiva constitucional.

En cuanto a la primera, lo primero que se puede deducir sobre esa síntesis es que resalta la relación existente entre el derecho sustancial y la prueba como tal, teniendo en cuenta que este vínculo es una de las premisas que explican a profundidad la finalidad e importancia de la institución analizada<sup>12</sup>.

En esa misma perspectiva, ya de antiguo comentaba Carnelutti -en relación con la importancia de la prueba desde el punto de vista procesal- que es un instrumento elemental no tanto del proceso como del Derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del juicio en general; pues sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el Derecho no podría alcanzar su finalidad<sup>13</sup>.

Por su parte, desde el prisma constitucional, la primera de las autoras citadas recuerda que su particular significación radica en que a falta de estas [las pruebas] el Estado no podría cumplir con sus fines esenciales. Dicho en sus palabras:

*Esto es, si se entiende que sin las pruebas no se puede dar cumplimiento efectivo al derecho sustancial, al Estado le sería imposible cumplir con algunos de los fines que la Constitución le impone, a saber: la administración de justicia, y en general propiciar una eficiente y justa aplicación de su función jurisdiccional. (...) En conclusión, las pruebas no solo son importantes para el cumplimiento del derecho sustancial como tal, sino como herramientas necesarias para que el Estado pueda cumplir con sus fines establecidos en la Constitución<sup>14</sup>.*

<sup>12</sup> Nota 10 pag 126.

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Editorial: Arayú, 1955, pag 227.

<sup>14</sup> Nota 10 pag 127.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Corte Suprema de Justicia sobre la teleología de la figura bajo análisis ha dicho lo siguiente: *“El fin de la prueba es, entonces, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso, como se infiere de lo preceptuado por los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil”*<sup>15</sup>.

En palabras de Parra, por su parte, el cometido de la prueba *“es producir la convicción o certeza en el juez; es decir, la creencia de que conoce la verdad gracias a ella; pero esta certeza puede ser moral subjetiva y real (...) o legal objetiva (...). De esta manera el fin permanece igual en ambos sistemas de valoración (...), pues apenas varía el procedimiento para adquirir la certeza”*<sup>16</sup>.

En suma, los elementos persuasivos de todo contencioso procuran lograr en el juez la certeza sobre los hechos que son puestos a su consideración, con el objetivo de que aplique las consecuencias jurídicas de las normas que se invocan. En cuanto a si con ellos se pretende que el juez adquiera certeza o conozca la verdad Devis Echandía refirió que es *“cierto que el proceso civil moderno tiende firmemente hacia la verdad (...); más de esto no se deduce que el fin de la prueba judicial sea obtener esa verdad, porque basta que con ella se consiga el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos, para que aquella tendencia del proceso quede satisfecha”*<sup>17</sup>.

Ahora bien, los principios según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua han sido definidos como, el punto que se considera como primero en una extensión o cosa, base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia.

Para García de Enterría:

*“Los principios constituyen los soportes estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son <> por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta <> (...) Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución*

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de julio de 1980. M.P Humberto Murcia Ballén (No publicada oficialmente).

<sup>16</sup> QUIJANO PARRA, Jairo. Técnica Probatoria, Curso de capacitación para jueces de la república, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 1989, pag 33.

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la prueba judicial, Editorial: Temis, 2002, pag 240.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento”<sup>18</sup>*

En este orden de ideas, los principios como normas vinculantes al interior de nuestro ordenamiento jurídico están llamados a orientar la actuación de los jueces, de tal forma que, estos, al momento de interpretar las reglas de naturaleza probatoria, deberán observar ineludiblemente aquellos. En palabras de la Corte Constitucional en el aún vigente pronunciamiento que graficó el tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional indicó:

*“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto (...)”<sup>19</sup>.*

Su fuerza vinculante, como también su esencia filosófica, la precisó magistralmente la bien llamada Corte de Oro que iluminó la jurisprudencia patria en la década de los años 30 luego de enseñar:

*“aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expresos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista*

<sup>18</sup> García De Entrería. Eduardo. Fernández. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. T. I., 11ª ed., Madrid: Editorial Civitas, p. 84.

<sup>19</sup> Corte Constitucional (5 de junio de 1992). Sentencia T-406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón)



*de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción". (Sent. Cas. Civ. de G.J. XLIII, 47-48)."*

Así las cosas, dentro de los principios que orientan el derecho probatorio, se encuentran la (i) necesidad; (ii) licitud; (iii) igualdad; (iv) libertad; (v) contradicción; (vi) publicidad; (vii) intermediación y; (viii) comunidad; entre otros.

### 2.1.1 Necesidad

El artículo 164 del Código General del Proceso señala que *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho."* De donde, el principio plantea la inexorabilidad de aquella, para decidir con tino y rigor, y además, garantizar derechos de estirpe fundamental como el debido proceso y acceso a la justicia.

Específicamente, en materia contencioso-administrativa, el precepto 42 de la Ley 1437 de 2011 dispone que *"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada"*.

Lo anterior significa que el juez debe examinar todos los elementos persuasivos que se aporten al trámite de manera oportuna y regular para adoptar una decisión ajustada a la juridicidad, pues aquellos son el sustento de toda actividad judicial y por lo tanto, no se le admite al juez o magistrado desatar una controversia con soslayo de esos medios de convicción, de los que dimana la legitimidad, la autoridad, el soporte y la motivación de toda providencia.

En este orden de ideas, en la práctica judicial, podemos observar la aplicación de este principio cuando dentro de un proceso judicial una persona que pretende obtener una indemnización por haber sufrido un accidente de tránsito debido al mal estado de una vía y una inadecuada señalización, aporta como prueba al trámite judicial fotografías del estado

de la vía y un video de una cámara de seguridad en donde se demuestra que el accidente de tránsito se produjo por dicha circunstancia. En este caso, el juez debe fallar conforme a los elementos probatorios aportados por la parte interesada, pues es imprescindible tenerlos en cuenta para adoptar una decisión conforme a los dictados del derecho.



### 2.1.2 Licitud probatoria

El principio de licitud probatoria hace referencia a que los medios persuasivos aportados al juicio, deben ser obtenidos conforme al debido proceso sin vulnerar las garantías fundamentales de los demás, como por ejemplo, el derecho de defensa, la intimidad o la dignidad humana. Así las cosas, nos encontramos frente a una prueba ilícita cuando verbigracia, se tortura a una persona con la finalidad de obtener una confesión o cuando se irrumpe en la vivienda ajena sin contar con la orden de una autoridad judicial.

En este punto, es importante diferenciar la licitud probatoria de la legalidad y la regularidad de la prueba, que obedecen a categorías conceptualmente disímiles. Al efecto, la legalidad hace referencia a que la prueba se obtuvo respetando las normas jurídicas de carácter sustancial y; la regularidad alude a que se haya obtenido acatando los preceptos de orden procedimental, entre ellos los dictados que gobiernan la aducción.

El principio de licitud de la prueba por su parte, se encuentra positivizado en el canon 29 constitucional junto a los artículos 164 y 168 del Código General del Proceso, aplicables en los procesos contencioso-administrativos por remisión del artículo 306 del CPACA, el cual tiene una doble connotación, pues, al decir de Giacomette por ejemplo, *"la licitud se puede presentar por la génesis o por la valoración de la prueba. En un primer sentido, la ilicitud se desprende de la forma o los métodos por medios de los cuales se consiguen o allegan las pruebas. En el segundo sentido, se predica cuando se valora un material probatorio que no ha debido ser valorado"*<sup>20</sup>.

La Corte Constitucional sobre el prenotado principio ha concluido que *"la licitud de la prueba comporta, adicionalmente, no solo el reconocimiento de las garantías procesales de las partes sino que representa la seguridad del respeto por sus derechos fundamentales en un sentido amplio"*<sup>21</sup>.

Ahora bien, el principio de licitud probatoria en un escenario práctico, se presenta como bien se dijo anteriormente, cuando la prueba se obtiene con observancia plena de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Política y las leyes. Por ejemplo, cuando dentro de un proceso judicial se aporta un chat de whatsapp sin vulnerar el derecho a la intimidad de la persona y conforme a los mecanismos de aducción y disciplina probatoria aplicables.

<sup>20</sup> Nota 10 pag 75.

<sup>21</sup> Corte Constitucional (10 de abril de 2019). Sentencia C-163 de 2019 (M. P. Diana Fajardo Rivera)





### 2.1.3 Igualdad y libertad probatoria

El principio de igualdad probatoria establece que las partes gozan de idénticas oportunidades para presentar y controvertir las pruebas, lo cual materializa el derecho de defensa que le asiste a todas las personas, independientemente de circunstancias como las afincadas en la raza, el origen, el sexo, la estirpe o la condición<sup>22</sup>.

A su turno, el postulado de libertad probatoria indica que las partes tienen la autonomía de probar los hechos a través de los medios de convicción que consideren adecuados. Sin embargo, el referido postulado no es absoluto, porque en aras de garantizar la conducencia de la prueba, algunos hechos solo admiten ciertos medios en específico. Por ejemplo, si es un hecho que está sujeto a una solemnidad se debe presentar el documento que la ley indica.

De igual forma se restringe el principio en comentario en otros eventos, verbigracia, cuando se debe demostrar la existencia del contrato de arrendamiento dentro de un proceso de restitución de bien inmueble arrendado, donde el legislador establece que aquel se debe probar a través de (i) un contrato o cualquier documento suscrito por el arrendatario; (ii) una confesión extraprocesal del arrendatario hecha en interrogatorio de parte extraprocesal o; (iii) una prueba testimonial siquiera sumaria, o cuando el juez contencioso administrativo exige que determinados supuestos fácticos se prueben de una forma preestablecida como sucede por ejemplo con las acciones de responsabilidad extracontractual del Estado en las cuales el demandante debe acreditar la legitimación en la causa por activa a través de documentos como el registro civil de nacimiento o; con los juicios en materia tributaria y/o electoral donde en el primer caso se debe aportar el acto administrativo a través del cual se discute el impuesto y; en el segundo caso, se debe allegar el acto electoral.

### 2.1.4 Contradicción y publicidad

El precepto 29 superior consagra el derecho de toda persona inmersa en el curso de un proceso judicial a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y presentar las que considere necesarias. La controversia, pues, del elemento persuasivo, hace entonces parte del derecho de defensa y, por tanto, es una garantía fundamental que no puede ser desconocida ni por los jueces ni por las partes.

<sup>22</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En palabras de la Corte Constitucional, *"El derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba"*<sup>23</sup>.

En otra oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional manifestó lo que se trasunta a continuación:

*"En cuanto al criterio rector de la contradicción, del artículo 29 de la Carta se deriva el derecho a la prueba y a su controversia como una variante del derecho de defensa, y un desarrollo del principio de igualdad que indiscutiblemente orienta el proceso civil de partes.*

*En virtud de este principio, está prohibido el ingreso al proceso de pruebas obtenidas en forma subrepticia, escondida o a espaldas de la contraparte. El sujeto procesal contra el cual se opone o aporta la prueba debe conocerla, pero además el medio de convicción correspondiente no puede ser valorado si no se ha celebrado con su audiencia"*<sup>24</sup>.

Nótese, pues, que el principio de contradicción establece que toda prueba aportada debidamente por la parte contraria al proceso tiene derecho a ser controvertida. Pero ¿y cómo se controvierte aquella? A través de distintas formas dependiendo del medio probatorio de que trate. Por ejemplo, si se trata de una prueba testimonial, su debate se surtirá a través de un contra interrogatorio; si se trata de un juramento estimatorio se hará objetando la cuantía; si es un documento procederá la tacha de falsedad y; si es un dictamen pericial se podrá presentar otra experticia o se podrá controvertir la misma interrogando al perito.

<sup>23</sup> Corte Constitucional (5 de junio de 2003). Sentencia T-461 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>24</sup> Corte Constitucional (23 de agosto de 2005). Sentencia C-880 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño)





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, el principio de publicidad puede ser visto desde dos perspectivas diferentes a saber, la primera desde un *ámbito interno* en donde los sujetos procesales tienen derecho a conocer de manera oportuna y adecuada los diferentes actos procesales que se presentan en un determinado proceso judicial, para poder ejercer la garantía de réplica correctamente. Lo anterior significa, que tanto el demandante y el demandado como todas aquellas personas que tienen un interés legítimo e intervienen en el proceso, deben tener la posibilidad de conocer la demanda, la contestación, la formulación de excepciones, la presentación de memoriales, las comunicaciones del juez, las pruebas, los recursos interpuestos y la sentencia, pues solamente de esa forma pueden percatarse de lo que está ocurriendo dentro del mismo y utilizar los mecanismos que tienen a su favor para defender sus derechos.

La segunda perspectiva hace referencia a un *ámbito externo*, en el cual el pueblo como órgano del cual emana el poder público tiene derecho a saber cómo se está ejerciendo esa función pública de administrar justicia en cabeza de los jueces. De esta manera, la sociedad misma puede ejercer un control sobre las actuaciones judiciales y saber si dentro de los procesos se están respetando todas las garantías constitucionales y procesales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, el mismo está siendo objeto de arbitrariedad y abuso por parte de las autoridades judiciales.

El cimiento de este derecho se encuentra en los preceptos 74 y 228 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 64 de la Ley 270 de 1996, en donde se establece que la administración de justicia y las actuaciones son públicas y, por lo tanto, toda persona tiene derecho a consultar las providencias judiciales salvo en los casos de reserva legal.

Ahora bien, con respecto al *ámbito interno*, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en reiterar que el principio de publicidad dentro de un proceso judicial se encuentra intrínsecamente vinculado al derecho de defensa, pues si las actuaciones y decisiones dimanantes de la judicatura no son conocidas, los sujetos procesales no pueden ejercer el derecho de impugnación y contradicción<sup>25</sup>.

Debido a la relevancia de este principio, el Estado dispuso un sistema de notificaciones a través del cual se le garantiza a los distintos sujetos intervinientes conocer el contenido de las decisiones judiciales, lo que facilitará la salvaguarda de sus derechos e intereses<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> *Ibidem*  
<sup>26</sup> *Ibidem*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este sentido, los sujetos procesales pueden expresar su conformidad o desacuerdo con una determinada actuación judicial, pueden controvertir los argumentos presentados, pueden referirse a las pruebas allegadas en su contra y presentar aquellas que resulten conducentes, pertinentes y útiles para apoyar sus pretensiones y, pueden interponer recursos cuando una decisión resulte desfavorable o adversa a sus intereses, entre otros.

Bajo este panorama, la notificación supone entonces, una garantía para que los involucrados dentro de un proceso judicial puedan ejercer su derecho de defensa, impugnación y contradicción<sup>27</sup>. Es por ello, que la Corte Constitucional ha llegado a señalar que los actos procesales y las decisiones judiciales que no son notificadas vulneran el principio de publicidad y, en consecuencia, el derecho de defensa y contradicción, conllevando así, en algunos casos a la nulidad de lo actuado<sup>28</sup>.

Es importante mencionar, que el Decreto 806/20 tiene en consideración la relevancia del principio de publicidad en las actuaciones judiciales, pues a pesar de que la manera de realizar las notificaciones cambió y ahora se realizan de forma virtual a través del uso de las TIC, sigue existiendo la obligación de que las decisiones de los jueces sean conocidas por las partes y todas aquellas personas con un interés legítimo que intervengan dentro un proceso.

Así las cosas, la importancia del postulado comentado radica en que gracias a él es posible impugnar las actuaciones procesales o providencias judiciales y, controvertir las pruebas. Piénsese en el hipotético escenario en donde no es notificada una sentencia condenatoria. ¿Cómo podría ejercerse cabalmente el derecho de defensa y en consecuencia el de impugnación?, o ¿qué pasaría si dentro de un proceso no se permite conocer las pruebas que allegó la contraparte? Simplemente y *prima facie*, se resquebrajaría la posibilidad de analizar su contenido principalmente, lo mismo que controvertirlo si afectan los intereses de la parte, habida cuenta que refulge palmario que no puede controvertirse aquello que se desconoce.

La publicidad entonces no puede ser entendida como una simple comunicación formal que emiten los funcionarios judiciales de la jurisdicción contenciosa desde su correspondiente Despacho. Es importante que cuente con un contenido material que realmente informe y ponga en conocimiento de los sujetos que están interviniendo en un determinado proceso judicial, lo que está ocurriendo dentro del mismo, pues ellos deben tener certeza de cuáles son los actos jurídicos procesales que se están surtiendo.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia (2018, 23 de julio). Sentencia T-286/18 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).  
<sup>28</sup> Corte Constitucional de Colombia (2002, 13 de agosto). Sentencia C-641/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



Con respecto al *ámbito externo*, es importante mencionar que los medios de comunicación desempeñan un papel preponderante en la difusión de las decisiones judiciales. Además, ejercen una constante influencia sobre los jueces en su tarea de administrar justicia al realizar frecuentes condenas anticipadas y, escrutinios periódicos a los testigos y las partes de forma concomitante a la actuación judicial<sup>29</sup>.

En el año 2003, Eduardo Bertoni, en su discurso sobre la libertad de expresión para la OEA, señaló que la prensa y el sistema judicial se necesitan mutuamente y que la libertad de prensa debe ser garantizada por los jueces en cada caso concreto en el que se plantea su violación. En este orden de ideas, afirmó que la credibilidad del aparato de justicia depende en gran medida de la prensa, quienes al informar sus decisiones y, cuando corresponde, hacerlas respetables, conducen al cumplimiento de ellas por parte de la población.

Bajo este escenario, se reclama de los medios de comunicación información precisa, exacta y verificada con respecto a las decisiones tomadas por los jueces y magistrados de la República y; del Sistema Judicial prontitud en la resolución de las controversias y coherencia argumentativa en su comunicación, evitando el uso de un lenguaje cargado consignado en las resoluciones jurisdiccionales, que redunde en confusión y desconcierto para los destinatarios, en general, para los profanos del universo normativo.

Además de los medios de comunicación, también se deben traer a colación otros mecanismos importantes que le permiten a la sociedad enterarse de cómo los jueces están administrando justicia.

Para ejemplificar lo anterior, podemos hacer mención del desarrollo de las audiencias públicas en donde las personas pueden participar no solamente asistiendo y escuchando lo que se debata en los estrados judiciales, sino que también, pueden elevar su voz y realizar intervenciones en el caso de acciones públicas como por ejemplo<sup>30</sup>, las acciones populares y de cumplimiento, las cuales al tratar asuntos relacionados con la defensa y protección de derechos e intereses colectivos y la efectividad de las normas con fuerza material de ley y actos administrativos, involucran a toda la colectividad, al ser temas de dominio público, de motivación masiva, que suele atraer incluso a un auditorio impersonal y universal.

<sup>29</sup> BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. (2019). *El Juez y los medios de comunicación. El Nuevo Siglo*.  
<sup>30</sup> *Ibidem*.



De igual modo, se plantea la posibilidad de que los expedientes de los procesos judiciales sean consultados por personas distintas a las que intervienen dentro del mismo, pues el artículo 123 del Código General del Proceso permite que después de haberse notificado a la parte demandada cualquier abogado con tarjeta profesional inscrita pueda examinar el expediente, siempre que este no esté sometido a reserva legal.

Así entonces, y en palabras de la Corte Constitucional, la publicidad — máxime en los contenciosos donde la administración pública es sujeto procesal— es un principio rector del debido proceso que le exige al juez poner en conocimiento de las partes y de la comunidad colombiana en general aquellas actuaciones que creen, modifiquen o extingan un derecho, pues no se trata de una simple formalidad sin sentido alguno, sino de un mecanismo efectivo para lograr materializar la democracia participativa, pilar fundante del Estado Social de Derecho<sup>31</sup>.

### 2.1.5 Inmediación y comunidad

El principio de inmediación de la prueba comprende la percepción directa y personal de aquella por parte del juez, salvo cuando exista la prueba anticipada, la sobreviniente y el despacho comisorio, tal como lo establece el artículo 6° del Código General del Proceso.

Así las cosas, la inmediación, garantía intrínsecamente relacionada con la oralidad, permite que el juez administrativo tenga elementos de juicio para que evalúe los medios de convicción y adquiera cierto grado de certidumbre, emitiendo una decisión judicial más ajustada a la realidad procesal, a lo factual del litigio contencioso y, por ende, más provista de juridicidad y legitimidad.

Este principio se ve materializado en algunos preceptos del Código General del Proceso, de entre ellos el 36 según el cual *“Las audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la Sala, so pena de nulidad”*; el artículo 107 que dispone que *“Toda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación”* y; el parágrafo del artículo 7 del Decreto Ley 806 de 2020 que reitera que *“Las audiencias y diligencias que se deban*

<sup>31</sup> Corte Constitucional de Colombia (2002, 13 de agosto). Sentencia C-641/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



*adelantar por la sala de una corporación serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir la mayoría de los magistrados que integran la sala, so pena de nulidad”, situación frente a cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “no es lo mismo ver a los juzgadores actuar frente a las partes, con todo lo que implica el lenguaje no verbal y el mensaje que supone el acompañamiento de los funcionarios mientras el ponente explica la sentencia, a que este se limite a leer lo que “mandan a decir” los otros. Aunque en el primer caso aparentemente se pierde tiempo, se gana en legitimidad, confianza y transparencia, valores esenciales anejos al ejercicio del poder en una sociedad democrática”<sup>32</sup>.*

En estos casos, la posición del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria se orienta a declarar como inválida tal actuación, pues de conformidad con los principios de concentración, inmediación y publicidad que irradian el proceso oral, es necesario que haya presencia plena de la autoridad judicial en aras de garantizar el derecho fundamental al debido proceso. No obstante lo anterior, se advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Código General del Proceso, si los asistentes a la audiencia constituyen mayoría y la no comparecencia de los demás se debe a razones de fuerza mayor, caso fortuito o permiso remunerado por justa causa, el acto podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se afecte el número mínimo para deliberar y adoptar las decisiones.

Así pues, se deben diferenciar dos situaciones a saber: (i) la nulidad saneable que se genera cuando no se hallan todos los integrantes de la sala y no existe alguna de las causales de justificación anteriormente mencionadas y; (ii) la nulidad insaneable que se genera cuando un órgano colegiado delibera y decide sin la asistencia ni el voto mayoritario favorable de los integrantes de la respectiva sala, caso en el cual, se carece de competencia funcional.

Aunado a lo anterior, en materia contencioso-administrativa, la Ley 1437 de 2011 señala en su artículo 183 lo que se trasunta a continuación:

**“Artículo 183. Actas y registro de las audiencias y diligencias.** Las audiencias y diligencias serán presididas por el Juez o Magistrado Ponente. En el caso de jueces colegiados podrán concurrir los magistrados que integran la sala, sección o subsección si a bien lo tienen. Tratándose de la audiencia de alegaciones y juzgamiento esta se celebrará de acuerdo con el quórum requerido para adoptar la decisión.”



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este orden de ideas, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no establece como inexorable la presencia de todos los magistrados de un cuerpo colegiado en las audiencias y diligencias que se realizan, pues teniendo en cuenta la redacción de la norma es posible concluir que es una potestad y no un deber legal. No obstante lo anterior, sí se señala la obligación de celebrar la audiencia de alegaciones y juzgamiento con el quórum requerido para adoptar la decisión, razón por la cual se puede colegir que si el pronunciamiento se adopta en presencia de la minoría de la sala, sección o subsección, tal situación podría generar una nulidad.

Por último, para finalizar el estudio de este principio en el presente Módulo de Formación Autodirigida *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* es importante mencionar aquellos eventos en los cuales se ve sacrificado, como sucede por ejemplo con las (i) pruebas comisionadas; (ii) las pruebas anticipadas y; (iii) pruebas trasladadas.

En el primero de los eventos, el juez que conoce el proceso y valora la prueba no es el mismo que la práctica, pues obedece a circunstancias donde por razón del territorio o de otras causas se debe comisionar la diligencia para que otra autoridad judicial la realice. La prueba comisionada garantiza entonces la colaboración entre los territorios y la práctica de la prueba cuando el juez directamente no lo pueda hacer ni siquiera haciendo uso de herramientas tecnológicas como por ejemplo, las videoconferencias<sup>33</sup>.

El segundo evento hace referencia a la posibilidad de anticipar y asegurar la prueba antes de iniciar cualquier proceso con miras a garantizar su producción y conservación, de tal forma que el juez que la practica no es el mismo funcionario del proceso judicial que posteriormente la valorará y tomará una decisión conforme a ella y todos los demás medios de convicción.

Y el tercer y último evento que consagra las pruebas trasladadas se concibe como la facultad de trasladar una prueba válidamente practicada en un proceso a otro siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, tal como lo indica el artículo 174 del Código General del Proceso.

<sup>33</sup> ARTÍCULO 171. JUEZ QUE DEBE PRACTICAR LAS PRUEBAS. El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción. Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo. Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. (...)





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Todas estas situaciones suponen un sacrificio del principio a la inmediación porque el juez que valora las pruebas no es el mismo que las practica, representando así una excepción al deber del juez de conocimiento de practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan.

Ahora bien, el principio de comunidad o adquisición de la prueba, por su parte, presupone la imposibilidad de apreciar la prueba en lo favorable a la parte que la solicitó o aportó, pues las pruebas una vez se allegan al proceso, pertenecen al mismo. En otras palabras, *"implica que las pruebas una vez que han sido incorporadas al proceso no pueden ser sustraídas y deberán valorarse objetiva e independientemente de quien sea la parte que lo aportó"*<sup>34</sup>.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Código General del Proceso no se podrá desistir de las pruebas practicadas, salvo en el caso contemplado en el inciso final del artículo 270 ibidem, pero sí de las pruebas no practicadas que se hubiesen solicitado.

En materia contencioso-administrativa, específicamente en lo atinente a la prueba pericial, el artículo 220 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra que se entenderá que se desiste de aquella cuando la parte que solicitó el dictamen no consigna los viáticos y gastos de la pericia dentro del término establecido por el juez. Frente a los demás aspectos no regulados, se realiza una remisión al Código General del Proceso de conformidad con el artículo 211 del CPACA<sup>35</sup>.

Para ejemplificar la anterior situación, pensemos en un demandante que haya solicitado un testimonio porque dicha prueba lo va a beneficiar al darle la razón con respecto a lo que pretende en su demanda de reparación directa. Si el testigo está declarando y perjudica al actor, éste no puede desistir de esa prueba, pues aquella ya pertenece al proceso.

Ahora bien, la excepción consagrada en el artículo 270 del Código General del Proceso hace referencia a la tacha de falsedad de un documento. Por ejemplo, si un demandante presenta un documento dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho y, el mismo se presume auténtico de conformidad con el artículo 244 del Estatuto Procesal y; la contraparte, en este caso demandado, lo tacha de falso en el término de contestación

<sup>34</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021. Pag. 45.*

<sup>35</sup> ARTÍCULO 211. Régimen probatorio. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.



de la demanda y se surte el trámite de tacha de falsedad de documento, el demandante puede desistir del mismo. Frente a este punto, es menester aclarar que la parte que aportó el documento solo podrá desistir del mismo cuando la contraparte lo tache de falso, pues si aquella no dice nada al respecto, no se podría desistir.

## 2.2 ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A PROBAR

El derecho al debido proceso consagrado en el plurimencionado artículo 29 fundamental, cobija a su vez un gran número de garantías de estirpe constitucional que le son inherentes. En este orden de ideas, la Corte Constitucional al respecto ha señalado:

*"En un sentido más general, la Sala Plena ha indicado que el debido proceso probatorio supone un conjunto de garantías en cabeza de las partes en el marco de toda actuación judicial o administrativa. De este modo, ha afirmado que estas tienen derecho (i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decreta y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.*

*La posibilidad de presentar, solicitar y controvertir pruebas, como se indicó, es una consecuencia directa del derecho de defensa. A las partes les asiste la potestad de presentar argumentos jurídicos y razones en procura de sus intereses, de censurar el mérito de los elementos de convicción presentes en el expediente, pero también de respaldar su punto de vista con apoyo en evidencias propias. De otra parte, un presupuesto particular de la crítica probatoria es, de forma evidente, la publicidad de los materiales prueba, pues solo si se conoce aquello que estos tienen la posibilidad de demostrar, se garantiza la posibilidad de expresar razones sobre su mérito demostrativo. La licitud de la prueba comporta, adicionalmente, no solo el reconocimiento de las garantías procesales de las partes sino que también representa la seguridad del respeto por sus derechos fundamentales en un sentido amplio<sup>36</sup>.*

36 Corte Constitucional (10 de abril de 2019). Sentencia C-163 de 2019 (M. P. Diana Fajardo Rivera)





El derecho a probar materializa varios valores constitucionales, como por ejemplo, los contemplados en el preámbulo de la Constitución Política, el cual reza *“en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, **la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad** y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”*.

En este orden de ideas, la prueba se entiende como conocimiento porque es el instrumento idóneo para comprender algo, en este caso, los hechos con base en los cuales el convocante y convocado fundamentan sus pretensiones o excepciones de fondo o de mérito.

Del mismo modo, la prueba contribuye a que los operadores jurídicos impartan justicia, esto es, el fin último del proceso, porque es con base en el material probatorio obrante en el expediente con el cual la autoridad judicial toma la decisión de fondo que resuelve la controversia planteada por las partes y por ello, tal como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia T-006/92 el juez *“tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material”*<sup>37</sup>.

Ahora bien, con respecto a los valores de la igualdad y la libertad, debe indicarse que la libertad implica la *“existencia de una esfera de intangibilidad de la persona que se encuentra excluida de la intervención del Estado o de los particulares mediante la investigación con la actividad probatoria”*<sup>38</sup>; y la igualdad hace referencia a la prohibición de discriminación de las partes que actúan dentro del proceso, otorgándole a las partes, como se mencionó en acápites anteriores, las mismas oportunidades y condiciones formales y materiales para hacer valer sus derechos<sup>39</sup>. *“La afectación de cualquiera de estos valores hace que la prueba se obtenga ilegítimamente por el irrespeto a uno de los valores vinculantes que sustentan el ordenamiento jurídico”*<sup>40</sup>.

37 Corte Constitucional (12 de mayo de 1992). Sentencia T-006/92 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

38 Ruiz Jaramillo, Luis (2017). EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO. Universitat Rovira I Virgili.

39 Ibídem

40 Ibídem



## 2.3 ASPECTOS CONVENCIONALES SOBRE LA PRUEBA

En el marco internacional, existen múltiples tratados y convenciones que incorporan disposiciones relacionadas con la prueba, el derecho a probar y el debido proceso. Así por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala que *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."*

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, también conocida como el Pacto de San José, estipula en su artículo 8 que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

Igualmente, establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y, durante el proceso, tendrá las siguientes garantías: (i) asistencia gratuita por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; (ii) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; (iii) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (iv) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; (v) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (vi) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; (vii) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y (viii) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 14 contempla que *"Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación*



*de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".*

De lo anterior es posible colegir que, estas normas de carácter internacional implican mantener un diálogo constante entre las instancias judiciales regionales y las de carácter interno y, en este sentido, conocer y ajustarse a lo dispuesto por distintos órganos internacionales como aquellos pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte) para cumplir las decisiones adoptadas e incorporar las nuevas tendencias de protección a los derechos humanos, especialmente del derecho al debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2.4 CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL EN LOS PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, EL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### *Corte Constitucional*

La Corte Constitucional en la sentencia T-916/08 revisó una acción de tutela promovida en contra del Juzgado Once de Familia de Medellín y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. En este caso, el accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, pues afirmó, se configuró una vía de hecho en una diligencia de interrogatorio de parte dentro de un proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio, porque el juez, contrariando lo previsto en el antiguo artículo 208 del entonces Código de Procedimiento Civil, y sin que obraran en el expediente los documentos correspondientes, presentó como prueba documental, algunos mensajes de datos de su correo electrónico y le comenzó a hacer preguntas con base en dichos correos<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Corte Constitucional (18 de septiembre de 2008). Sentencia T-916/08 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández)



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bajo estos hechos, el accionante manifestó que su apoderado objetó las preguntas realizadas por la autoridad judicial, petición que no fue aceptada, razón por la cual tuvo que interponer un recurso de reposición y subsidiariamente apelación.

La juez no repuso la decisión y, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró la inadmisión, pero le insinuó al juez el decreto de los documentos aportados por el apoderado de la parte como prueba documental dentro del proceso.

Frente a esta situación, el accionante indicó que los documentos de su correo electrónico, allegados por el apoderado de la parte demandante en la diligencia de interrogatorio de parte, son pruebas ilícitas porque fueron obtenidas vulnerando el derecho fundamental a la intimidad *"y no pueden ser aducidas al proceso de divorcio y con esos documentos no se le pueden formular preguntas a mi mandante"*.<sup>42</sup> Además, según lo establecido en el inciso 5º, artículo 208 del extinto Código de Procedimiento Civil, el ordenamiento jurídico solo permite que la parte que declara presente documentos relacionados con los hechos sobre los cuales depone.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional señaló que *"los correos electrónicos obtenidos de la cuenta personal del accionante, sin su consentimiento, que fueron allegados por el apoderado de la parte demandante, al proceso verbal de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico iniciado por (...), constituye una conducta procesal reprochable, desde el punto de vista constitucional, por cuando se trata de una comunicación privada que es inviolable, por regla general"*.<sup>43</sup>

Por lo anterior, el Alto Tribunal Constitucional consideró que *"la decisión adoptada por la Jueza Once de Familia de Medellín, en la diligencia de interrogatorio de parte, llevada a cabo el 30 de julio de 2007, en la que dispuso no aceptar la objeción formulada por el apoderado de la parte accionada dentro del proceso declarativo, que buscaba específicamente la exclusión de los correos electrónicos allegados por el demandante, con los que pretendía demostrar la configuración de la causal primera del artículo 154 del Código Civil, constituye un acto que configura una vía de hecho por defecto fáctico en su dimensión positiva, por tratarse de una prueba que vulnera los derechos fundamentales a la intimidad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia de Cesar Augusto Henao Vásquez, lo cual exige para el juez de tutela, la adopción de medidas encaminadas a su restablecimiento."*<sup>44</sup>

42 *Ibídem*

43 *Ibídem*

44 *Ibídem*



En este orden de ideas, ordenó a la Jueza Once de Familia de Medellín, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, excluir del proceso de cesación de los efectos civiles de matrimonio católico, los correos electrónicos allegados por el apoderado de la parte demandante, en la diligencia de interrogatorio de parte iniciada el 30 de julio de 2007, con el fin de que no fueran apreciados al momento de adoptar la decisión correspondiente, debiendo guardar las reservas debidas, para garantizar el derecho a la privacidad de la información en ellos contenida<sup>45</sup>. Es decir, la Corte Constitucional dio aplicación del principio de licitud de la prueba y excluyó dentro del proceso judicial un medio de convicción que vulneraba el derecho a la intimidad y privacidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual establece que *"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar."*

### Consejo de Estado

La Sala Plena del Consejo de Estado confirmó una decisión proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C. –Sala de Decisión el 8 de marzo de 2001, mediante la cual se declaró administrativamente responsable al Ministerio de Defensa Nacional de los daños causados por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón.<sup>46</sup>

En este caso los familiares del señor Cubides presentaron una acción de reparación directa porque *"resultó muerto por acción de integrantes del Ejército Nacional, quienes presentaron al occiso como un guerrillero dado de baja durante un combate librado con una cuadrilla de la guerrilla de las FARC, supuestamente ocurrido en la vereda "El Cadillo" del municipio de Tello, Huila. Posteriormente logró establecerse que el mencionado señor no era guerrillero y que, antes bien, se trataba de un campesino conocido por personas de la región"*<sup>47</sup>.

Frente a los medios de prueba, el Consejo de Estado señaló que la mayoría de las pruebas con base en las cuales se tomó la decisión, fueron allegadas al proceso contencioso provenientes de una investigación adelantada por la jurisdicción penal militar, y de la indagación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación, es decir, fueron pruebas trasladadas que el Consejo de Estado en segunda instancia no practicó directamente, constituyéndose así en una excepción al principio de la inmediación.

<sup>45</sup> *Ibidem*

<sup>46</sup> Consejo de Estado (11 de septiembre de 2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Radicación 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601)

<sup>47</sup> *Ibidem*



Se destaca al respecto, lo tocante a la contradicción de la prueba, pues ese Alto Tribunal afirmó que *"el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil"*<sup>48</sup>.

### **Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2017 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca dentro de un proceso judicial ordinario, en el que el actor denunció que la sentencia de segundo grado fue dictada en un juicio viciado por la nulidad contemplada en los artículos 36 y 107 del Código General del Proceso, toda vez que el órgano emisor no estuvo debidamente integrado<sup>49</sup>.

En este sentido, señaló que en la audiencia en que se oyeron las alegaciones de las partes comparecieron dos magistrados sin que señalaran las razones de la inasistencia del magistrado faltante, aunque en un acta quedó constancia de que el integrante de la Sala que faltaba se encontraba de permiso.

La referida audiencia se suspendió, reanudándose el 20 de octubre del mismo año, donde participaron los mismos funcionarios de la vez pasada, indicando el sustanciador que la magistrada ausente se encontraba de permiso. Además, la parte recurrente en casación señaló que antes de dictarse la sentencia oral, el magistrado sustanciador autorizó el retiro de la magistrada que se encontraba en el despacho.

En este orden de ideas, expresó que el ordenamiento jurídico colombiano exige la concurrencia del juez o de todos los miembros de la respectiva sala, excepto cuando ocurran eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito donde se permite que acuda la mayoría. Además, estimó como reprochable el hecho de que la magistrada que asistió a la diligencia, se hubiera ausentada sin justificación alguna y, el magistrado sustanciador continuara la audiencia, incluso dictando sentencia.

<sup>48</sup> *Ibídem*

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de julio de 2021, Rad 2759-2021. MP. Octavio Tejeiro Duque.





Frente a esta situación, la Corte memoró su propia línea jurisprudencial según la cual, *“La ausencia injustificada de los funcionarios que tienen el deber de concurrir a las audiencias emite un mensaje de precariedad de sus decisiones, de dejadez en su adopción y de desaire a los justiciables”*<sup>50</sup>; además que, *“para la generación de confianza entre los usuarios, no es lo mismo ver a los juzgadores actuar frente a las partes, con todo lo que implica el lenguaje no verbal y el mensaje que supone el acompañamiento de los funcionarios mientras el ponente explica la sentencia, a que este se limite a leer lo que “mandan a decir” los otros. Aunque en el primer caso aparentemente se pierde tiempo, se gana en legitimidad, confianza y transparencia, valores esenciales anejos al ejercicio del poder en una sociedad democrática”*<sup>51</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, la posición del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria se orienta a declarar como inválida tal actuación, pues de conformidad con los principios de concentración, inmediación y publicidad que irradian el proceso oral, es necesario que haya presencia plena de la autoridad judicial en aras de garantizar el derecho fundamental al debido proceso. No obstante lo anterior, advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Código General del Proceso, si los asistentes a la audiencia constituyen mayoría y la no comparecencia de los demás se debe a razones de fuerza mayor, caso fortuito o permiso remunerado por justa causa, el acto podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se afecte el número mínimo para deliberar y adoptar las decisiones.

Así pues, se deben diferenciar dos situaciones a saber: (i) la nulidad saneable que se genera cuando no se hallan todos los integrantes de la sala y no existe alguna de las causales de justificación anteriormente mencionadas y; (ii) la nulidad insaneable que se genera cuando un órgano colegiado delibera y decide sin la asistencia ni el voto mayoritario favorable de los integrantes de la respectiva sala, caso en el cual, se carece de competencia funcional.

En conclusión, la falta de uno o más de los integrantes de una sala de decisión a la audiencia, sin que se afecte el quorum, cuando esa ausencia no está sustentada en un permiso, fuerza mayor o caso fortuito genera una nulidad saneable; mientras que, si dicha inasistencia afecta el quorum requerido para deliberar y resolver, se constituirá una nulidad insaneable.

En este punto resta indicar que, esta causal de nulidad reviste gran importancia dado que se encuentra intrínsecamente relacionada con el principio de inmediación que debe regir todas las actuaciones procesales,

<sup>50</sup> *Ibídem*

<sup>51</sup> *Ibídem*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

pues garantiza la presencia y concurrencia de la autoridad judicial en todas las actividades que se desarrollan dentro de la audiencia, brindándole al juez una mejor percepción de los hechos que se someten a su escrutinio, para que este emita un fallo sintonizado con el aspecto fáctico del debate<sup>52</sup>.

TÉCNICAS DE  
FORMACIÓN  
JUDICIAL

La metodología del módulo *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* se basa en el Modelo Pedagógico 2020, por ello la participación de los jueces y magistrados se torna necesaria y absolutamente indispensable para adquirir las competencias a través de ejercicios prácticos como estudios de casos de la vida real, análisis jurisprudenciales, talleres y ensayos que le permitan a los docentes construir un pensamiento crítico y reflexivo que sea útil al momento de resolver qué pruebas decreta, su práctica y cómo las interpreta al amparo de un Estado Constitucional.

Los docentes deberán coadyuvar el proceso formativo aplicando su conocimiento y experiencias diarias en el decurso del presente módulo, desarrollando capacidades de análisis, argumentación y decisión en temas específicos como la constitucionalización del derecho probatorio, la permeabilización de la jurisprudencia y doctrina extranjera y, la concreción práctica del análisis y manejo de la prueba a partir de las particularidades emanadas de los contextos sociales en que se deben tomar las decisiones judiciales.

Particularmente en este módulo, se propone un análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia donde se puede evidenciar la importancia de la aplicación de los principios en materia probatoria.

<sup>52</sup> Peláez Hernández, Ramón (2016). *LA PRUEBA ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO CIVIL*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.





## TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta los lineamientos para la evaluación del aprendizaje desarrollados en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se buscará identificar que se hayan desarrollado las competencias específicas a fortalecer, propuestas para cada unidad en el módulo, a partir de las tres dimensiones Ser, Saber y Hacer, donde los jueces y magistrados podrán reconocer su propio avance en el proceso de aprendizaje (autoevaluación), y en el de los demás (coevaluación).

De igual manera, el formador examinará el progreso en el desarrollo de competencias genéricas y específicas en los discentes, a través del estudio de casos prácticos que incluya la simulación de roles, la lectura de sentencias, y la realización de talleres, en los que se denote un nivel adecuado en la apropiación de los conocimientos para valorar de mejor manera las pruebas en los procesos judiciales, y de esta forma dispensar la mejor justicia posible.

En esta unidad se empleará como técnica de evaluación la lectura de las siguientes sentencias:

- Corte Constitucional. Sentencia T-916/08
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2013. Radicación 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601). M. P. Danilo Rojas Betancourth.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de julio de 2021, Rad 2759-2021. M. P. Octavio Tejeiro Duque.

De igual forma, se recurrirá a la formulación de las siguientes preguntas:

1. Si una prueba afecta el derecho fundamental al debido proceso la misma será:
  - a. Ilegal
  - b. Extemporánea
  - c. Irregular
  - d. Ilícita
2. No es un principio del derecho probatorio el principio de:
  - a. Necesidad
  - b. Contradicción
  - c. Precaución
  - d. Publicidad
3. Es una excepción al principio de inmediación la prueba:
  - a. Comisionada
  - b. Irregular
  - c. Plena
  - d. Sumaria



## RECURSOS DIDÁCTICOS

El Módulo Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un horizonte teleológico de contenido dinámico, que ofrece un importante componente teórico, pero que también posee un importante mecanismo práctico, en el que se cimentan las respuestas a los posibles retos y vicisitudes que el juez debe asumir a la hora de resolver un conflicto. Por lo anterior, se hará uso de los siguientes recursos académicos:

- Módulo de Aprendizaje Autodirigido dividido secuencialmente en unidades articuladas por ejes temáticos que explique de manera detallada el contenido a abordar
- Podcast que brinden información concreta sobre los temas a desarrollar
- Ejercicios casuísticos
- Lectura de un eje temático sobre el contenido del módulo
- Video cápsulas
- Diapositivas

Así las cosas, en esta unidad se emplea como material didáctico, la lectura de un eje temático sobre el contenido de la misma.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. (2019). El Juez y los medios de comunicación. El Nuevo Siglo.
- CARNELUTTI, Franceso. La prueba civil. Editorial: Arayú, 1955, pag 227.
- COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia. [Const.] (1991).
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996 (7 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745. consultado el 7-03-2022. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. Consultado el 10-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2012, 12 de julio). Ley 1564/12: por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. consultado el 2-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR)
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006/92 (12 de mayo de 1992). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992 (5 de junio de 1992). M. P. Ciro Angarita Barón.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-641/02 (13 de agosto de 2002). M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916/08 (18 de septiembre de 2008). M. P. Clara Inés Vargas Hernández.



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992 (5 de junio de 1992). M. P. Ciro Angarita Barón.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-880 de 2005 (23 de agosto de 2005). M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-286 de 2018 (23 de julio de 2018) M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163/19 (10 de abril 2019). M.P. Diana Fajardo Rivera.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. sentencia del 29 de julio de 1980. M.P Humberto Murcia Ballén (No publicada oficialmente).
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL CSJ. Sentencia de 7 de julio de 2021, Rad 2759-2021. MP. Octavio Tejeiro Duque.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Expediente No. 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601). (11 de septiembre de 2013). M. P. Danilo Rojas Betancourth.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la prueba judicial, Editorial: Temis, 2002, pag 240.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. Fernández. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. T. I., 11ª ed., Madrid: Editorial Civitas, p. 84.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana de los Derechos Humanos



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- QUIJANO PARRA, Jairo. Técnica Probatoria, Curso de capacitación para jueces de la república, Escuela Rodrigo Lara Bonilla, 1989, pag 33.
- RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember (2021). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Ediciones Jurídicas Sánchez. Bogotá, 2021.
- RUIZ JARAMILLO, Luis (2017). El Derecho Constitucional a la Prueba y su Configuración en el Código General del Proceso Colombiano. Universitat Rovira I Virgili.

RESPUESTAS

Pregunta 1

Respuesta "d". La prueba ilícita es aquella que vulnera garantías fundamentales, como por ejemplo, el derecho al debido proceso, la defensa, la intimidad o la dignidad humana.

Pregunta 2

Respuesta "c". El principio de precaución es un principio del derecho ambiental, no del derecho probatorio.

Pregunta 3

Respuesta "a". La prueba comisionada es una excepción al principio de inmediación de la prueba, toda vez que el juez que practica la prueba es diferente al que conoce el proceso y toma la decisión.



<b>UNIDAD 3</b>	<b><i>Generalidades dogmáticas de la prueba desde los contornos de la mutación constitucional de nuestro sistema de fuentes del Derecho</i></b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<p>Ahondar la manera en que se valoran e interpretan los diversos medios de convicción al interior de las etapas del proceso contencioso administrativo</p> <p>Contribuir a la mejor confección de decisiones judiciales desde la argumentación probatoria a partir de las estrategias, subreglas y casuística discutida.</p>
<b>COMPETENCIA ESPECÍFICA</b>	Valorar en debida forma el material probatorio obrante en el expediente judicial.





## MAPA CONCEPTUAL







## Unidad 3. Generalidades dogmáticas de la prueba desde los contornos de la mutación constitucional de nuestro sistema de fuentes del Derecho

### 3.1. ¿QUÉ SE PRUEBA? DISCIPLINA NORMATIVA. OBJETO DE LA PRUEBA

Así como para el litigante reviste de la mayor importancia conocer qué debe probar en un proceso, pues, de lo contrario no sabría qué medios persuasivos aportar ni cuales solicitar, para los jueces y magistrados el asunto tampoco es menor, goza de superlativa significación conocer con absoluta claridad qué debe probarse en cada uno de los procesos que son sometidos a su escrutinio. Lo anterior, como quiera que son los jueces –a la luz de lo reglado en el artículo 168 y demás normas concordantes del Código General del Proceso— los llamados a decretar las pruebas solicitadas por las partes, teniendo en cuenta que el togado rechazará las ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

Nótese que, para que el juez pueda estudiar la conducencia, pertinencia y utilidad, deberá conocer de antemano qué se pretende acreditar en el respectivo proceso, pues, los mentados elementos no pueden estudiarse *in abstracto*, sino, atendiendo a las particularidades del caso objeto de litigio.

En ese orden de ideas, en el marco de un proceso judicial se prueban los enunciados fácticos de los hechos, entendidos como las expresiones lingüísticas que producen una descripción sobre lo factual, que puede ser verdadero o falso, distinto de los hechos, entendidos como los fenómenos que producen un estado de cosas en el mundo que ya ha acaecido<sup>53</sup>.

A su turno, PARRA QUIJANO ha manifestado que el tema de la prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario demostrar por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que esa exigencia procesal resulta concreta, dado que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada juicio<sup>54</sup>.

Luego, en el marco del proceso deben probarse los enunciados fácticos de los hechos que guarden relación con los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación persigue. Analizada de esta forma la pregunta ¿qué debe probarse? El juez deberá, atendiendo a cada caso en concreto,

<sup>53</sup> Nota 10, *pages 56-57*.

<sup>54</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Editorial: Ediciones Librería del Profesional, 1992, *pag 15*.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

examinar cuáles son los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación persiguen las partes (pretensiones y excepciones) a fin de analizar en un primer estadio la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas; y en un segundo estadio, luego de decantar qué debe probarse y quién debe o debía hacerlo, concluir si la parte cumplió, o no, con la carga en comento, para dar aplicación a las consabidas consecuencias jurídicas.

A manera de ejemplo, supóngase que un ciudadano en ejercicio del medio de control de reparación directa demanda a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación, habida consideración de la siguiente situación hipotética: Para el mes de enero del año 2012 el accionante empezó a recibir llamadas extorsivas por parte de grupos al margen de la ley, situación que puso en conocimiento del Grupo Gaula del Ejército con jurisdicción en su lugar de residencia. Al acercarse a la institución le brindaron una charla sobre protección personal y le fue instruido que, en caso de seguir recibiendo llamadas extorsivas se acercara nuevamente para coordinar una entrega controlada.

Ante la continuidad de las llamadas, el demandante se dirigió nuevamente a las instalaciones del Gaula y durante una conversación supervisada se fijó lugar, fecha y hora de encuentro para la entrega del dinero, entrega que sería fiscalizada de cerca por parte de funcionarios de la entidad para dar con la captura de los delincuentes. Llegado el día y hora acordados, un sujeto fue aprehendido en flagrancia luego de recibir por parte del denunciante el dinero solicitado a título de extorsión. Una vez capturado el individuo, fue puesto a disposición de la Fiscalía para lo de su competencia. Al día siguiente de la entrega el actor se acercó a la Policía Nacional, al Gaula del Ejército y a la Fiscalía General de la Nación en búsqueda de protección, luego de recibir varias llamadas por parte del grupo al margen de la ley, en las cuales se le amenaza de muerte por haber colaborado con la justicia.

Las entidades guardaron silencio y no suministraron ninguna clase de protección al actor, así que transcurridos cinco días desde el día de la entrega controlada y posterior captura del delincuente, fue víctima de un atentado con artefacto explosivo mientras se encontraba en su vivienda, del cual -afortunadamente- salió ileso.

Visto lo precedente, nos preguntamos ¿qué debe probarse? Lo primero, es que nos encontramos ante un medio de control de reparación directa, luego, para la prosperidad de las pretensiones debe acreditarse: i) el daño antijurídico; y ii) que este sea imputable<sup>55</sup> a una entidad o agente del Estado (nexo causal y fundamento). Lo segundo, es aterrizar los elementos de la responsabilidad a los enunciados fácticos presentados por las partes.

<sup>55</sup> Entendida desde el punto de vista del nexo causal, es decir, que el daño antijurídico provenga de una acción u omisión de un agente del Estado o de una entidad estatal; y que medie culpa, dolo o riesgo en la acción o abstención.



Por consiguiente, si el daño antijurídico se circunscribe al hecho de haber sido víctima de un atentado, el actor deberá acreditar -como primera medida- la ocurrencia del mismo a través de cualesquiera de los medios de prueba consagrados en el Código. Probado el daño antijurídico, debe analizarse si, en efecto, existió una falla en la prestación del servicio de seguridad por parte de las entidades estatales, para lo cual deberá acreditarse si estas conocieron o han debido conocer que la vida del actor corría peligro, para luego analizar si, medió acción u omisión imputable a un agente o entidad estatal.

En términos más sencillos, para tener por acreditada la falla en la prestación del servicio, deberá examinarse si en el expediente reposan pruebas que den cuenta que el actor solicitó protección o que, sin haberla pedido, con base en los hechos que rodean el caso se podía inferir válidamente que su vida corría peligro, lo cual activó inmediatamente en la entidad estatal el deber de proteger al individuo.

Posteriormente, una vez acreditado que, la entidad conoció o debió conocer del riesgo que se cernía sobre la vida del accionante, deberá examinarse si la (s) entidad (es) desplegaron acciones idóneas para evitar la comisión del ilícito o, si por el contrario, estas se mantuvieron inoperantes ante el peligro. En el aludido ejemplo, el actor manifestó que las entidades no le brindaron ninguna ayuda, luego, encontrándonos ante una negación indefinida, se le exonera al actor de la prueba, correspondiéndole a las entidades accionadas probar si dentro del marco de sus competencias proveyeron al convocante de la protección por él requerida para salvaguardar su integridad y la de su familia.

De lo anterior se colige que deben acreditarse los hechos, bien sean pasados, presentes o futuros, como por ejemplo, en el caso del lucro cesante. No deben acreditarse, por el contrario, las normas jurídicas porque se presume que el juez conoce el Derecho, salvo cuando se trate de (i) las normas escritas que no rigen en todo el país porque tienen una aplicación espacial a nivel regional, como sucede por ejemplo, con las disposiciones de los entes territoriales; (ii) las disposiciones escritas extranjeras y; (iii) las normas no escritas como la costumbre.

En estos eventos, el artículo 177 del Código General del Proceso, señala que el texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, deberá aducirse en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. Del mismo modo, contempla la posibilidad de adjuntar un dictamen pericial rendido por una persona o institución experta en razón



de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

En el caso de la ley extranjera no escrita, la normativa colombiana indica que podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos señalados anteriormente.

Ahora bien, en cuanto a la costumbre mercantil, el Código General del Proceso en su artículo 179 dispone que se probará (i) con el testimonio de dos comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio; (ii) con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo y; (iii) con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

Con respecto a la prueba de la costumbre mercantil extranjera, el Estatuto Procesal señala que será necesaria la certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga o; mediante un dictamen pericial rendido por una persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Por último, en lo que atañe a la prueba de la costumbre mercantil internacional y su vigencia, el Código General del Proceso establece que será imprescindible aportar copia de la sentencia o laudo en donde una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado, presentar una certificación de una entidad internacional idónea o; acompañar un dictamen pericial rendido por una persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia.

### 3.2. ¿QUIÉN PRUEBA? REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Existe el adagio "*quien alega prueba*", sobre el cual se cimienta la teoría de la autoresponsabilidad en materia probatoria, que no es cuestión distinta al deber que tiene cada parte en el proceso de probar los supuestos de hecho de las normas cuya consecuencia jurídica persigue, so pena, de que no salgan avante sus pretensiones o excepciones.

De lo anterior, surge el interrogante que se abordará en el presente acápite consistente en responder la pregunta ¿Quién prueba?. Antes de examinar el punto en cuestión, en el estudio de la teoría estática y dinámica de la prueba,



conviene que de forma preliminar se memore el concepto de carga probatoria, que según algunos autores es una especie del género carga procesal. Al respecto señala que es la vertiente más rica del mismo por la necesidad práctica de probar los hechos que se alegan en un proceso. La carga de la prueba es una opción de conducta a seguir por las partes que intervienen en un proceso, su responsabilidad. De manera tal que, cuando una parte opta por no probar los hechos que alega, los deja en entredicho, y a menos que se trate de hechos eximentes de prueba, se tendrán por no justificados<sup>56</sup>.

El artículo 167 del Código General del Proceso, preceptúa lo que se trasunta a continuación:

**"Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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

En este orden de ideas, se pueden identificar claramente las dos teorías que se explicarán a continuación:

- Teoría estática de la prueba

Según Nissimblat la teoría estática de la carga de la prueba se afina en la consideración que seguidamente se reproduce:

Esto quiere decir, llanamente o en términos estáticos, que en cualquier caso los hechos constitutivos invocados por el actor deben ser probados, mientras que los hechos impositivos, modificativos o extintivos deben ser acreditados por el demandado. A lo anterior se le denomina carga estática de la prueba (...)<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Nota 10 pag 220-221

<sup>57</sup> Nissimblat N (2018). *Derecho Probatorio. Técnicas de Juicio Oral. Actualizado con el Código General del Proceso. Editorial Doctrina y Ley. 4ta edición.*



- Teoría dinámica de la prueba

Según la Corte Constitucional en Sentencia C-086/16, la teoría de la carga dinámica de la prueba se encuentra intrínsecamente relacionada con los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal, en donde se pasa del tradicional postulado de *"quien alega debe probar"* a un nuevo postulado donde *"quien puede debe probar"*.

Así pues, la referida Corporación señaló:

"La noción de carga dinámica de la prueba, "que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla" supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo"<sup>58</sup>.

Para ejemplificar esta situación, se puede hacer referencia de los procesos de responsabilidad médica -falla médica- donde la parte demandada es una institución estatal. En estos eventos, el Consejo de Estado a partir del año 1992 ha adoptado la teoría de la carga dinámica de la prueba en la cual atribuye o traslada la carga de la misma a la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, correspondiéndole, en este caso acreditar al galeno, que actuó diligentemente conforme a la *lex artis*. A continuación haremos referencia a la carga de la prueba en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, particularmente con respecto a los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, como la falla del servicio probada y presunta, el daño especial y el riesgo excepcional.

a. Falla del servicio probada

En este evento, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño deberá comprobarlo a través de los distintos medios probatorios consagrados por el legislador, demostrando con suficiencia porqué la entidad no prestó el servicio o lo hizo de forma deficiente o tardía. En igual sentido, la entidad demandada deberá demostrar que obró de manera diligente y con probidad en la prestación del servicio<sup>59</sup>.

De esta manera, el demandante deberá acreditar durante el proceso (i) la ocurrencia del hecho; (ii) la falla del servicio porque la entidad pública no lo prestó o lo hizo de forma irregular o tardía; (iii) la legitimación

<sup>58</sup> Corte Constitucional (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086/16 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio)

<sup>59</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



en la causa por pasiva, es decir, que efectivamente la convocada tenga dentro de sus funciones la prestación del servicio; (iv) el daño cierto, anormal, particular y que se refiera a una situación protegida por la ley y; (v) el nexo de causalidad<sup>60</sup>.

Por su parte, la parte citada al juicio contencioso, con el fin de exonerarse de responsabilidad deberá aportar al proceso aquellas pruebas que den certeza de que siempre actuó de manera diligente en la prestación del servicio o acreditar la existencia de una fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero<sup>61</sup>.

#### b. Falla del servicio presunta

La falla del servicio presunta supone que el demandante no tiene el deber o carga de probar la falla del servicio porque esta como su nombre lo indica, se presume. En este evento, la administración se exonera de responsabilidad demostrando que actuó diligentemente en la prestación del servicio<sup>62</sup>.

En este sentido, el accionante debe probar los mismos elementos de la falla probada con la excepción de demostrar que la conducta de la entidad demandada constituyó una falla en el servicio porque o no se suministró o se prestó de manera tardía o irregular, mientras que la entidad demandada debe demostrar que obró de manera prudente y diligente o se constituyó alguna causal excluyente de responsabilidad<sup>63</sup>.

Anteriormente, este régimen se empleaba para determinar la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, sin embargo, ahora se utiliza la presunción de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como, por ejemplo, la conducción de vehículos<sup>64</sup>.

#### c. Daño especial

En palabras del Consejo de Estado, el régimen de daño especial será aplicable cuando concurren los siguientes elementos a saber: *"a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración. b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona. c) El deterioro del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. d) El rompimiento de esa igualdad debe*

60 *Ibídem*

61 *Ibídem. Pag 97*

62 *Ibídem*

63 *Ibídem*

64 *Ibídem*





*causar daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados. e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración”<sup>65</sup>.*

Así las cosas, este título de imputación jurídica puede aplicarse cuando se realiza una obra pública, ocurre un atentado terrorista o se manipulan granadas o armas de fuego, entre otras<sup>66</sup>.

En este caso, el accionante deberá acreditar la existencia del daño cualificado y/o especial que rompe el equilibrio de las cargas públicas que todos como ciudadanos debemos soportar, sin necesidad de demostrar que la actuación obró de forma negligente o irregular, pues bajo este título de imputación jurídica se parte de la base de que la administración desarrolla una actividad legítima<sup>67</sup>. Por su parte, la entidad estatal para eximirse de responsabilidad alguna, deberá acreditar la culpa de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima<sup>68</sup>.

#### d. Riesgo excepcional

El Consejo de Estado ha señalado que el riesgo excepcional tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, puesto que *“comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular – quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal-, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. Se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la Administración, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la inexistencia de nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña.”<sup>69</sup>*

En este evento, el accionante deberá demostrar que (i) la administración desarrolló una actividad peligrosa; (ii) ocurrió un hecho dañino, sin necesidad de realizar un análisis de la conducta desplegada por la autoridad; (iii) se produjo un daño cierto, anormal y particular, que recae sobre una situación

<sup>65</sup> CONSEJO DE ESTADO (26 de marzo de 2008). SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. M. P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530)

<sup>66</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición.* Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.

<sup>67</sup> *Ibídem*

<sup>68</sup> *Ibídem*

<sup>69</sup> CONSEJO DE ESTADO (24 de marzo de 2011). SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA SUBSECCION A. M. P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067)



jurídicamente protegida por el Estado y; (iv) la existencia de un nexo causal entre el daño ocasionado y la conducta de riesgo imputada al Estado. Una vez probados los elementos, la entidad estatal podrá exonerarse siempre que acredite la operancia de una fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima<sup>70</sup>.

### 3.3. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA

La prueba se puede clasificar de distintas formas, sin embargo se hará referencia a las más importantes para el estudio que nos ocupa:

#### a. Prueba plena o sumaria:

Esta clasificación está relacionada con el hecho de que el elemento de convicción se haya controvertido o no.

Así las cosas, la prueba plena es aquella que se ha practicado con citación o audiencia de la parte contra quien va dirigida, para que ésta intervenga y ejerza su derecho de defensa y contradicción.

Por su parte, la prueba sumaria es excepcional y es aquella que se practica sin la comparecencia de la parte a quien va dirigida, es decir, la parte no tiene conocimiento de que se va a practicar una prueba en su contra, pues no ha sido citada para intervenir. Por ejemplo, cuando se pretende justificar la inasistencia a la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA o la audiencia de pacto de cumplimiento en una acción popular, es decir, el legislador las permite siempre que con las mismas no se acrediten hechos para tomar una decisión de fondo que resuelva el litigio que se somete al conocimiento de la autoridad judicial<sup>71</sup>.

#### b. Prueba anticipada o dentro del proceso

Las partes dentro de un proceso judicial pueden anticipar cualquier medio probatorio. Así pues, en palabras de la Corte Constitucional *"las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma"*<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*

<sup>71</sup> *Ibidem*

<sup>72</sup> Corte Constitucional (8 de octubre de 2002). Sentencia C-830/02. M. P. Jaime Araújo Rentería.



Lo anterior significa que, las partes dentro del juicio contencioso administrativo podrán aportar pruebas anticipadas siempre que acrediten los requisitos estipulados en la ley.

### c. Prueba ilícita, ilegal e irregular

La prueba es ilícita, como bien se mencionó en líneas anteriores, cuando se obtiene vulnerando derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho de defensa, la intimidad y la dignidad humana y, la consecuencia de tal ilicitud es la nulidad del medio de convicción junto a su consecuente exclusión dentro del acervo probatorio. Así lo señala el artículo 29 superior, lo mismo que el canon 214 del CPACA al dar cuenta de las probanzas obtenidas con violación del derecho al debido proceso.

En este sentido, el juez de lo contencioso administrativo no debe esperar hasta proferir sentencia para pronunciarse acerca de la ilicitud de la prueba, pues lo puede hacer durante cada etapa del trámite judicial al realizar el control de legalidad establecido en el artículo 207 del CPACA<sup>73</sup>.

Ahora bien, la prueba ilegal es aquella que vulnera normas de carácter sustancial y está direccionada a que se viole la conducencia; es como si el juez declarara válida la promesa de venta de un inmueble porque testigos lo convencieron de que eso había sucedido, omitiendo que debe existir un documento escrito para ello.

Igual situación se predica cuando un juez contencioso administrativo dentro de un proceso de reparación directa que tiene por finalidad el reconocimiento de una indemnización a favor de la esposa de un hombre que falleció durante un procedimiento médico mal practicado, considera como válido el testimonio de un tercero para acreditar la relación marital y no exige el registro civil de matrimonio.

Por último, la prueba irregular es aquella que se obtiene violando preceptos de carácter procedimental, es decir que no se practican atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como por ejemplo sucede cuando un testigo declara antes de la fecha y hora fijada para la recepción de su testimonio.

<sup>73</sup> ARTÍCULO 207. Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.



### 3.4. ¿CÓMO SE PRUEBA? MEDIOS PROBATORIOS PROPIAMENTE DICHOS

El canon 165 del Código General del Proceso señala que son medios de prueba la (i) declaración de parte; (ii) la confesión; (iii) el juramento estimatorio; (iv) el testimonio de terceros; (v) el dictamen pericial; (vi) la inspección judicial; (vii) los documentos; (viii) los indicios; (ix) los informes y; cualesquiera otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

Así pues, se procederá a realizar una breve reflexión con miras a singularizar cada una de las categorías probatorias reseñadas, determinando los aspectos más relevantes de cada una de ellas, así:

#### a. Declaración de parte

Antes de explicar las particularidades de la declaración de parte, merece especial atención establecer la línea divisoria entre este medio probatorio y la confesión, habida cuenta que, no obstante ambas partir de similar basamento, son manifestaciones que provienen de uno de los extremos de la relación procesal. Pues bien, la confesión es la aceptación no expresa de hechos perjudiciales que consecuentemente benefician a otros; mientras que la declaración de parte alude a las expresiones que provienen de la parte a fin de esclarecer hechos que se están investigando, pero que no involucran per se la aceptación de hechos perjudiciales.

#### b. Confesión

La confesión entonces, a su turno, implica la aceptación no expresa de un hecho que afecta las pretensiones del demandante o las excepciones de mérito del demandado. Sin embargo, conviene memorarlo, eventualmente pueden provenir de personas distintas a los extremos procesales considerados como tal. Piénsese en el caso de un proceso de reparación directa, donde la entidad demandada alega como mecanismo de defensa la excepción del hecho de un tercero y el tercero comparece a la audiencia de pruebas para rendir su declaración admitiendo ser el responsable de la causación del daño al convocante. En esa eventualidad, se habrá producido una confesión por parte del tercero que le abrirá la puerta al demandante para iniciar un proceso en su contra<sup>74</sup>.

La confesión puede ser judicial y extrajudicial. En este orden de ideas, la confesión será judicial cuando se realice ante el juez, magistrado, árbitro o funcionario administrativo, sin necesidad de que el funcionario ante el cual se realice la confesión sea el mismo que resuelva de fondo el proceso.

<sup>74</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



Del mismo modo, esta confesión a su vez podrá ser provocada o espontánea dependiendo si se produjo durante un interrogatorio formulado por la contraparte o por el juez.

Ahora bien, la segunda se presenta cuando no se realiza ante las personas previamente mencionadas, como por ejemplo, aquella realizada ante un medio de comunicación masivo, caso en el cual, igualmente debe estar debidamente probada e incorporada al proceso a través de los medios persuasivos establecidos por el legislador.

Esta clase de confesión no necesariamente debe constar en un documento, pues como se acaba de mencionar puede ser que se haya originado en una declaración ante los medios de comunicación, en donde será de suma importancia que se aporte dentro del proceso una versión de los testigos que conocieron tales declaraciones.

El artículo 191 del Código General del Proceso consagra los requisitos para que opere la confesión, estableciendo entre ellos que (i) el confesante debe tener la capacidad para confesar y el poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; (ii) la confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; (iii) la confesión debe recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba en específico; (iv) la confesión debe ser expresa, consciente y libre; (v) la confesión debe versar sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento y; (vi) la confesión se debe encontrar debidamente probada, si es extrajudicial o judicial trasladada.

A su vez, el canon 196 del mismo Estatuto hace referencia a la indivisibilidad de esta, señalando que aquella deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho manifestado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe. Es decir, el juez debe valorarla en su totalidad, teniendo en cuenta los hechos que resultaren tanto buenos como malos para el confesante.

En este punto, se debe analizar la tipología del medio de convicción analizado en los siguientes eventos: (i) cuando provenga de un litisconsorte; (ii) cuando proceda del representante legal; (iii) cuando dimanar del apoderado judicial y; (iv) cuando sea ficta o presunta.



#### i. Confesión proveniente de un litisconsorcio

El estudio de la confesión cuando proviene de un litisconsorte plantea la necesidad de diferenciar frente a qué clase de litisconsorcio nos encontramos. Así las cosas, el artículo 192 del Código General del Proceso establece que *"La confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero. Igual valor tendrá la que haga un litisconsorte facultativo, respecto de los demás"*. Es decir que, la confesión de un litisconsorcio necesario debe provenir de todos y cada uno de los miembros del extremo procesal, pues de lo contrario tendrá el valor probatorio del testimonio de un tercero.

Con respecto a los integrantes del litisconsorcio facultativo al ser considerado cada uno como litigantes separados frente a la contraparte según lo dispuesto en el artículo 60 de la codificación referenciada, pueden realizar una confesión sin tener que afectar los derechos de los demás.

#### ii. Confesión proveniente de un representante legal

El canon 194 del Código General del Proceso dispone que el representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones; incluso sin son hechos o actos anteriores a su representación. Así las cosas, el juez al encontrarse en presencia de una confesión procedente de un representante legal deberá verificar (i) la existencia del contrato de mandato, representación, o del documento en que se haya conferido tal atribución, (ii) que el mandatario se encuentre en ejercicio de sus funciones y, (iii) que el hecho confesado se refiera a actos y/o contratos comprendidos dentro de las funciones y facultades del representante legal<sup>75</sup>.

En este punto se debe tener en cuenta que de conformidad con el precepto 195 ibidem y 217 del CPACA, la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas no valdrá, pues la admisión del hecho perjudicial no recaería propiamente sobre un acto personal, sino sobre la entidad pública representada<sup>76</sup>.

No obstante lo anterior, se puede solicitar al representante administrativo de la entidad que rinda un informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernen, determinados en la solicitud.

<sup>75</sup> *Ibidem*  
<sup>76</sup> *Ibidem*



En este caso, el juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes.

### iii. Confesión proveniente de un apoderado judicial

Los apoderados judiciales pueden confesar hechos perjudiciales para la parte a la que representan, aun cuando el poderdante no le haya otorgado la facultad de confesar, pues de lo desprendido en el artículo 193 procesal civil, se puede colegir que los apoderados judiciales pueden confesar en la demanda, contestación, excepciones y, la audiencia inicial establecida en el artículo 180 del CPACA.

Esta confesión puede ser expresa o presunta. El primer caso se produce cuando el abogado diga explícitamente con palabras que el hecho es cierto y; será presunta cuando el apoderado, verbigracia, contesta defectuosamente la demanda.

### iv. Confesión ficta o presunta

La confesión ficta hace referencia a aquella que se origina por el comportamiento de la parte, sin que con palabras haya admitido el hecho perjudicial y solo se presenta cuando una norma expresa lo indica porque es una sanción jurídica, una consecuencia, más jurídica que pecuniaria de que la parte está aceptando un hecho.

En este sentido, el Código General del Proceso consagra como eventos que dan lugar a la confesión ficta o presunta (i) no contestar la demanda; (ii) contestar la demanda señalando que un hecho no es cierto o no le consta sin brindar una explicación válida del porqué; (iii) no asistir a la audiencia inicial; (iv) no prestar colaboración al perito para que lleve a cabo su trabajo y; (v) no colaborar con la práctica de la inspección judicial.

Ahora bien, por lo general la confesión se obtiene como resultado de un interrogatorio de parte, pues este es solicitado por las partes del proceso para provocarla. El juez de lo contencioso administrativo proferirá un auto ordenando la práctica de la prueba luego de haberse surtido la audiencia inicial señalada en el artículo 180 del CPACA. La notificación se realizará en estrados y en caso de que una de las partes no asista a la audiencia, le corresponderá al abogado indicarle a las mismas la fecha y hora en que se realizará la diligencia.





Una vez llegada la fecha y hora para practicar el interrogatorio de parte que deberá surtir en la audiencia de pruebas de conformidad con lo establecido en el artículo 181, el convocado puede asumir distintas conductas: (i) asistir a la diligencia pero no responder las preguntas o responderlas de forma evasiva; (ii) no concurrir a la diligencia, es decir, ser contumaz; o (iii) asistir y responder las preguntas.

En el primer evento la autoridad judicial insta al convocado para que responda las preguntas y le advierte la consecuencia de rehusarse a hacerlo, indicándole que si no contesta se presumirán ciertos los hechos, pero solo de las preguntas que le hicieron.

En el segundo evento, se plantea la posibilidad de que el extremo pasivo presente una excusa dentro del término de los 3 días hábiles siguientes a la fecha en que debió realizarse la diligencia. El precepto 204 instrumental civil señala que el juez sólo admitirá aquellas excusas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual, fijará nueva fecha y hora para la audiencia, sin que sea admisible una nueva excusa.

Conviene advertir, que otro punto fundamental en el estudio del interrogatorio de parte es el relacionado con el pliego de preguntas, elemento que no es obligatorio sino facultativo de la parte que solicita la prueba. Además, en caso de haber aportado un pliego de preguntas, se podrá prescindir del mismo en la audiencia siempre y cuando se le manifieste al juez el deseo de formular los interrogantes sin tener en cuenta el pliego.

El pliego puede ser aportado desde el momento en que se solicita la prueba y hasta el día anterior a la celebración de la diligencia y puede ser de dos tipos: abierto o cerrado. Será abierto cuando las preguntas se encuentran disponibles para aquellos que tienen acceso al expediente y será cerrado cuando se encuentran en un sobre y ninguna persona diferente al que formuló las preguntas tiene conocimiento sobre las mismas.

Por ejemplo, si la parte interesada presentó un pliego y el convocado no asistió a la diligencia y además no presentó ninguna excusa, los hechos susceptibles de confesión se presumirán como ciertos, siempre y cuando se trate de preguntas asertivas. Si no existe pliego de preguntas, se presumirán como ciertos los hechos de la demanda o de las excepciones de mérito, dependiendo del caso concreto.



Ahora bien, con respecto al número de interpelaciones que se pueden realizar en el interrogatorio, la legislación nacional establece que la parte que solicitó la prueba puede realizar hasta 20 preguntas, sin la posibilidad de realizar más sin la autorización del juez, pues aquellas no serían tenidas en cuenta.

Nótese, en adición, que el juez como director del proceso puede adicionar las preguntas que considere necesarias merced a lo estipulado en el artículo 202 *ejusdem*, pudiendo excluir también aquellas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior, las inconducentes y las manifiestamente superfluas, siempre que se trate de una declaración de parte, pues en el caso de una declaración de terceros el juez deberá reformular el interrogante para que el testigo pueda responder<sup>77</sup>.

Ahora bien, cuando se trate de preguntas que conlleven responsabilidad penal, deberán ser rechazadas por el juez, puesto que las partes no tienen la facultad de realizarlas.

#### c. Juramento estimatorio

El juramento estimatorio consagrado en el artículo 206 de la codificación procesal civil, empleado para probar la cuantía de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, a través de una estimación razonada no constituye un requisito formal de la demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo como sí sucede en la jurisdicción ordinaria. No obstante lo anterior, el artículo 162 del CPACA sí contempla dentro de los requisitos de la demanda, la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Ahora bien, nada dice el legislador acerca de que no sea posible recurrir al juramento estimatorio como medio de prueba dentro de un juicio contencioso administrativo, pues los artículos 211 y 306 del CPACA hacen remisión expresa al Código General del Proceso en los asuntos no regulados suficientemente en la Ley 1437/11.

Así pues, el juramento estimatorio debe dirigirse a acreditar únicamente la cuantía de los daños patrimoniales, pues no es procedente para cuantificar daños extrapatrimoniales o para cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

<sup>77</sup> *Ibidem*



El legislador señala que el juramento estimatorio hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.

La contraparte puede objetar el juramento estimatorio siempre y cuando indique la inexactitud de la estimación realizada. Luego de haberse formulado la objeción, el juez le concederá a la parte que realizó la estimación el término de cinco días para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Ahora bien, en aquellos eventos en que no se presente objeción alguna por parte de la contraparte y el juez advierta que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

De igual forma, el legislador señala que si la cantidad estimada excede en el 50% a la que resulta probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Además, el juez no podrá reconocer suma superior a la expresada, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete.

#### d. Testimonio de terceros

La declaración de terceros o testimonio es un medio probatorio en virtud del cual una persona completamente ajena al proceso es citada para que rinda declaraciones encaminadas a contribuir con el esclarecimiento de los hechos que se investigan.

En este orden de ideas, las preguntas que se le formulen al testigo tienen como finalidad reconstruir los hechos para suministrarle certeza a la autoridad judicial. Así las cosas, los testigos pueden clasificarse (i) según la manera en que percibieron los hechos, (ii) según la posibilidad de expresar conceptos y; (iii) según la vinculación con uno de los extremos procesales o sus apoderados<sup>78</sup>.

#### I. Según la manera en que percibieron los hechos

Teniendo en consideración la manera en que se observaron los hechos, el testigo puede ser directo o indirecto. En este sentido, será directo cuando a través de la percepción de los sentidos experimenta un contacto inmediato

<sup>78</sup> *Ibidem*



y directo con los hechos narrados en el proceso. Por el contrario, será indirecto o de "oídas" cuando no percibe de manera directa la ocurrencia de la circunstancia fáctica, como sucede por ejemplo cuando una persona narra lo que otra le contó, recayendo en el juez el deber de valorar tal testimonio teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso.

## II. Según la posibilidad de expresar conceptos

Bajo esta clasificación es posible hablar del testigo técnico, el cual en muchas ocasiones desafortunadamente suele ser confundido con el perito. Así pues, el testigo técnico es aquella persona a la que le constan los hechos porque él los percibió y gracias a que posee unos conocimientos técnicos, científicos o artísticos, puede valerse de esos conocimientos que tiene para explicarle al juez los hechos que percibió y, de esta manera, suministrarle mejores herramientas para se aprecien los supuestos fácticos señalados y tome una decisión conforme a derecho.

## III. Según la vinculación con uno de los extremos procesales o sus apoderados.

Dependiendo de la relación existente con las partes, los testigos pueden ser sospechosos o neutrales. Si bien la terminación "testigo sospechoso" ya no es acogida por el Código General del Proceso, sí se hace referencia a la tacha de la imparcialidad del testigo cuando se considere que existen circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por razones como el parentesco, dependencia, sentimientos o intereses en la relación con la parte o su abogado.

En estos eventos se surte un procedimiento para tachar la imparcialidad de la versión que iniciará a solicitud de parte desde el mismo momento en que se decreta la prueba hasta en el curso de la audiencia donde se va a practicar o de oficio por parte del juez y finalizará con la valoración que se le dispense en la sentencia.

Con respecto a los testigos neutrales, vale aclarar que son aquellos que gozan de plena credibilidad e imparcialidad en su declaración y por lo tanto, su deponencia se encuentra libre de vicios<sup>79</sup>.

Expuesto lo anterior, es importante hacer mención, de las causales que generan inhabilidad al momento de rendir un testimonio consagradas en el artículo 210 del Código General del Proceso. Al respecto, esta norma

<sup>79</sup> *Ibidem*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

señala que son inhábiles para rendir testimonio quienes padezcan una discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender. Del mismo modo, son inhábiles las personas que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves,

o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La disposición expresa que la tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella y, el juez resolverá en la respectiva diligencia.

Otro aspecto fundamental en el estudio del medio de convicción en comento, es el concerniente a la importancia de indicar cuál es el objeto de aquél (testimonio), es decir, qué hecho se pretende probar específicamente. Esta situación ha sido analizada por el Consejo de Estado, el cual en reiteradas oportunidades ha indicado que si no se define brevemente, con mediana claridad su propósito para las resultas del juicio, el juez deberá negarla<sup>80</sup>.

Cuánto hace al procedimiento para su práctica, el artículo 221 del Código General del Proceso advierte que el juez interrogará al testigo acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya realizado, demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo que afecte su imparcialidad. Una vez agotado lo anterior, el juez procederá a recibir el juramento del testigo y le informará cuál es el objeto de su declaración, ordenando subsecuentemente que haga un relato de lo que le consta sobre los hechos.

Luego, lo interrogará con el fin de que su declaración dé cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar frente a cómo ocurrieron los hechos y cómo se enteró de los mismos. Después, la persona que solicitó la prueba podrá interrogar y la parte contraria interrogar.

Posteriormente, en el mismo orden, las partes tendrán derecho por una sola vez, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación. El juez podrá interrogar en cualquier momento.

<sup>80</sup> El Consejo de Estado en Sentencia del 23 de abril de 2018 con ponencia del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio señaló que de conformidad con el artículo 211 de la Ley 1437 exige la necesidad de enunciar concretamente los hechos objeto de la prueba testimonial.

En este orden de ideas, indicó que resulta vital determinar el objeto de la prueba porque es lo que permite estudiar la viabilidad de su decreto o por el contrario, aquella se debe negar por resultar, en los términos del artículo 168 del Código General del Proceso por ser notoriamente impertinentes, inconducentes, superfluas o inútiles



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

Las preguntas deberán ser claras, precisas, concisas y libres de los siguientes vicios: (i) no podrán ser preguntas inductivas, es decir que insinúen la respuesta, puesto que afectaría la espontaneidad del testimonio; (ii) no podrán ser preguntas superfluas, es decir que tiendan a referirse a un hecho que ya se encuentra probado; (iii) no podrán realizarse consultas perjudiciales para el testigo a menos de que éste las quiera responder; (iv) no podrán realizarse interpelaciones que tiendan a provocar conceptos en el declarante, a menos que se trate de un testigo técnico; (v) no podrán realizarse preguntas que involucren distintos hechos y; (vi) no podrán realizarse interrogaciones impertinentes que no guarden conexidad con los hechos objeto del litigio<sup>81</sup>.

La presentación de cualquiera de los anteriores eventos dará lugar a la reformulación del interrogatorio por parte del juez, el rechazo de la pregunta sin la posibilidad de ser reformulada por parte del funcionario o, el rechazo de la pregunta y la posibilidad de reformulación a cargo del fallador.

La norma también establece que el testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio.

En este punto conviene hacer referencia a dos situaciones que se pueden presentar: (i) la inasistencia injustificada del testigo a audiencia y, (ii) la negativa del testigo a responder o a hacerlo con evasivas. En el primero de los casos, si el sujeto no asiste a la diligencia se le impondrá una multa entre 2 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que esto signifique que se le releve de su deber de declarar, pues la autoridad judicial podrá ordenar a la policía que lo conduzca a la audiencia de manera oficiosa o a solicitud de parte.

En el segundo caso, si el testigo se rehúsa a rendir su declaración pese a ser requerido por el juez para responder, se le podrá imponer multa entre 2 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes o incluso, arresto inmutable de 1 a 10 días y; si la persona responde con evasivas, únicamente le será impuesta la sanción de carácter pecuniario.

Cuando el declarante manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de esta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el juez, si lo considera conveniente, citará de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio.

<sup>81</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



El juez tiene la facultad de limitar la prueba testimonial de conformidad con lo establecido en el artículo 212 del Código General del Proceso si considera suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso.

Con respecto a la contradicción de la prueba, es importante indicar que los testimonios solicitados por las partes y los decretados de oficio se pueden controvertir a través de la figura de la tacha de testigos y el término procesal para hacerlo, se contabiliza desde que se decreta la prueba hasta cuando se inicia la audiencia en que se rendirá dicho testimonio. Además, existe la figura del “careo” que se emplea cuando existen varios testigos que rinden versiones contradictorias entre sí.

Por último, se hará referencia a otra figura importante en los contornos de este curso, y es el relativo a la ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso porque fueron rendidos en otros trámites (prueba trasladada) o de forma adelantada (prueba anticipada) sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite, tal como lo establece el canon 222 procesal civil. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior. La no comparecencia del testigo a la diligencia de ratificación hará que su deponencia carezca de validez y, por lo tanto, no sea tenido en cuenta dentro del contencioso.

#### e. Dictamen pericial

En algunas ocasiones para la comprensión de los hechos que se investigan o parte de ellos, se requiere tener unos conocimientos técnicos, científicos o artísticos que el juez no posee y por lo tanto, es necesario acudir a la persona que debido a su profesión sí cuenta con esa experticia técnica, científica o artística para que le preste su colaboración al operador judicial en el esclarecimiento de los hechos. De esta manera, nace el dictamen pericial como un medio probatorio que le permite al juez contar con las herramientas necesarias para tomar una decisión mejor informada, más ilustrada y que se sintonice con los dictados del derecho y con la realidad factual del litigio.

El dictamen pericial se deberá solicitar y/o aportar en la oportunidad procesal establecida por el legislador, es decir, en el caso del actor con la demanda o su reforma y; en el caso del demandado con la contestación y las excepciones. No obstante lo anterior, el precepto 227 ibidem señala





que si dentro de la oportunidad que la parte tenía para aportar la prueba, el término resulta insuficiente, podrá en ese término en lugar de aportar el dictamen pericial solicitarle al juez que le conceda un término diferente para adjuntarlo. En este evento, el juez mediante auto concederá un término que no podrá ser inferior a 10 días.

En la providencia que decreta la práctica de la prueba judicial, se deberá incorporar el cuestionario que el perito habrá de resolver en audiencia y, si es del caso, fijará los viáticos y los costos para su diligenciamiento.

Si el dictamen no es controvertido por la parte contraria, es decir, la otra parte no solicitó otro dictamen pericial, el juez no lo citará a audiencia para interrogarlo, pues únicamente valorará el escrito. Por el contrario, si el dictamen escrito fue sometido a la contradicción porque la parte le pidió al juez citar al experto a audiencia o porque de oficio se consideró que era importante que aquél asistiera para interrogarlo y el perito no va y no justifica su inasistencia, el dictamen no será tenido en cuenta. Si por el contrario, el perito asiste, será posesionado indicándole que deberá rendir sus conceptos bajo juramento.

El experto debe manifestar que posee los conocimientos técnicos, científicos o artísticos y que no se encuentra inmerso en ninguna causal de impedimento que afecte su imparcialidad, pues si el perito no es objetivo y se inclina hacia uno de los extremos de la relación procesal, la contraparte podrá tacharlo.

La tacha del perito variaba dependiendo si el dictamen pericial era aportado por las partes o designado de oficio por el juez, pues de conformidad con lo regulado en el artículo 219 del CPACA, en el primero de los casos debía formularse antes de la celebración de la audiencia siguiente a la etapa en que era aportado cumpliendo el procedimiento establecido para la tacha de testigos; mientras que en el segundo evento, debía surtir el trámite conforme a las reglas consagradas en el Código General del Proceso<sup>82</sup>.

La Ley 2080 de 2021 por medio de la cual se reformó el CPACA no dijo nada con respecto a la formulación de la tacha del perito, razón por la cual es necesario acudir por remisión a lo establecido en el canon 228 de enjuiciamiento civil.

El dictamen pericial según el canon 219 del CPACA debía contemplar los siguientes requisitos: (i) manifestación bajo juramento entendida con la presentación de la firma que supone que la persona no se encuentra

<sup>82</sup> *Ibídem*



impedida para rendir el dictamen pericial; (ii) aceptación del régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia; (iii) manifestación de que cuenta con los conocimientos técnicos, científicos y artísticos y, con la experiencia e idoneidad para rendir el dictamen; (iv) demostración que han actuado de forma fiel y leal en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad; (v) señalamiento de los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y; (vi) consideración de que el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito. No obstante lo anterior, el artículo 55 de la Ley 2080 modificó esta norma, razón por la cual es importante remitirnos a lo establecido en el artículo 226 del Código General del Proceso, que trasunta lo que sigue:

“(…) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.

La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.

La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.

La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.



**MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”.

Del dictamen se surtirá el traslado para que la contraparte pueda ejercer su derecho de contradicción. Por ejemplo, si el actor aporta el peritazgo con su demanda, se le correrá el traslado con el dictamen al demandado en los términos del artículo 172 del CPACA para que éste se pronuncie. En concordancia de lo anterior, si el convocado es quien aporta el dictamen con la contestación del libelo introductorio, el mismo quedará a disposición del demandante por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene tal como lo advierte el artículo 175 del CPACA.

Cuando el juez de oficio ordene el decreto de un dictamen pericial, rendido e incorporado éste al proceso permanecerá en la secretaría a disposición de las partes, sin necesidad de auto que lo disponga hasta la fecha de la respectiva audiencia, la cual solo podrá realizarse luego de transcurridos por lo menos 15 días.

En este punto, merece especial atención, recordar el precepto 228 del Código General del Proceso que establece la forma como debe controvertirse el dictamen pericial. En este sentido, la mentada norma indica que la parte contra la cual se aduzca aquél, podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas conductas procesales deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento.

Si la parte solicita la comparecencia del perito a la diligencia o el juez lo considera necesario, citará al perito a audiencia; y tanto él como las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. Las partes tendrán



derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. En este evento, si el experto citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

El párrafo del artículo 55 de la Ley 2080 de 2021 señala que *"en los casos en que el dictamen pericial fuere rendido por una autoridad pública, sea aportado o solicitado por las partes o decretado de oficio, el juez o magistrado ponente podrá prescindir de su contradicción en audiencia y aplicar lo dispuesto en el párrafo del artículo 228 del Código General del Proceso"*.

El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso, tal como lo indica el artículo 232 del Código General del Proceso.

#### f. Inspección judicial

Por sabido se tiene, la inspección judicial representa un medio probatorio residual, toda vez que se hace uso de ella cuando no es posible demostrar los hechos a través de los otros elementos de convicción. Tal prueba, desarrolla por excelencia los principios de inmediación y concentración, porque es directa y con ella el juez percibe a través de sus sentidos los hechos que debe esclarecer para tomar una decisión de fondo.

Puede ser decretado de oficio o a solicitud de parte. En este orden de ideas, cuando una de las partes solicita la práctica de una inspección judicial debe indicar qué es lo que se debe examinar, es decir, si es un documento, una persona, un bien o un lugar. Del mismo modo, deberá señalar a qué sitio se debe acudir y cuáles son los hechos que se pretenden demostrar con la práctica de la inspección judicial.

Por ejemplo, si en el curso de una acción popular se pretende practicar una inspección judicial en un barrio aledaño a un relleno sanitario que genera olores ofensivos e impactos al ambiente y a la salubridad, para demostrarle al juez que no se cuenta con un buen manejo de las basuras, habrá de indicarse que el objeto de la inspección es un lugar y que lo que se pretende es que el juez tenga conocimiento de cómo son desarrolladas las actividades en dicho relleno sanitario.

Es también un medio probatorio subsidiario, pues la autoridad judicial podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de las demás pruebas ordinarias que existen en el proceso o que para



la verificación de los hechos es suficiente practicar un dictamen pericial, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo, merced a lo establecido en el precepto 236 instrumental civil.

Si el juez decreta la inspección judicial proferirá una providencia que lo ordene, caso en el cual de conformidad con lo previsto en el artículo 112 ejusdem, el decreto de la prueba tendrá por implícita la orden de allanar. En este punto, es importante indicar que nuestro ordenamiento jurídico permite que el operador pueda aplazar la decisión de decretar la inspección judicial si se encuentra evacuando otras probanzas.

La inspección judicial iniciará en la oficina del juez o en el lugar en donde ha de practicarse a la fecha y hora fijada en la providencia que ordenó su decreto. Si la parte que solicitó la práctica de la prueba no asiste a la diligencia, el juez igualmente podrá realizar la inspección siempre que lo considere posible y conveniente.

Durante su práctica, el servidor judicial analizará él mismo a través de sus sentidos las circunstancias de los hechos que se pretenden probar; asimismo, podrá escuchar a los testigos que se encuentren presentes y recibir documentos, siempre y cuando los mismos se refieran a los hechos objeto de la inspección, pues de lo contrario los rechazará.

Las partes deberán prestar toda su colaboración al juez para que se pueda practicar la prueba de forma eficiente, pues de lo contrario serán acarreadoras de una sanción pecuniaria que oscila entre 5 a 10 salarios mínimos y, una sanción de carácter procesal que supone la admisión de los hechos que se pretendían acreditar con la inspección o un indicio en su contra si la prueba fue decretada de manera oficiosa.

De lo acontecido durante la práctica de la inspección judicial se deberá dejar registro y/o constancia a través de un acta.

#### g. Documentos

Los documentos son toda cosa corporal, producto de la actividad humana, que sirve para declarar o representar hechos. El artículo 243 del Código General del Proceso relaciona algunos ejemplos de ellos, como los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

Se pueden clasificar de múltiples maneras, siendo las más importantes para el estudio que nos ocupa la distinción según su naturaleza pública o privada y, la clasificación según la certeza de quien los elaboró.

En este orden de ideas, aquellos serán público cuando fue elaborado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas y, será privado cuando quien proceda a su elaboración no esté asociado al servicio estatal, por razón de su función, oficio o actividad.

En cuanto a la certeza de quien los elaboró, el documento puede ser auténtico o no auténtico. El primero, cuando se tiene certeza de quién lo elaboró; y, el segundo, cuando no se tiene esa seguridad, es decir, se desconoce el autor del mismo. No obstante lo anterior, es importante recordar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una presunción de autenticidad, habida cuenta que se presume como tal todo documento público y privado emanado de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

Del mismo modo, la ley presume como auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los documentos que reúnan los requisitos para constituir un título ejecutivo, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Con base en lo anterior, si bien nuestro sistema normativo le dispensa igual valor probatorio al documento original y a las copias, si la parte posee en su poder el documento original deberá aportar éste, pues en el caso de acompañar la copia deberá indicar en qué lugar y qué persona tiene el documento original, siempre que se tenga dicho conocimiento. Además, la legislación nacional ha señalado que algunos documentos deben ser aportados al proceso de una manera especial, como por ejemplo sucede con el aporte de originales cuando se trata de títulos valores (cheques, pagarés, letras de cambio, facturas) o; lo que sucede con la primera copia del acta de conciliación que presta mérito ejecutivo.

En el evento en que el documento sea aportado en copia, a pesar de la presunción de autenticidad, la contraparte podrá solicitar el cotejo con el original o con otra copia expedida con anterioridad a la que se aportó al proceso. El cotejo se realizará mediante una exhibición del mismo en la audiencia de pruebas contemplada en el CPACA.



Este medio de convicción deberá ser aportado al proceso en el momento en que se presenta la demanda, su contestación, el escrito de excepciones, la respuesta a las excepciones, o con el escrito de reconvención y su respuesta, pues de lo contrario será considerado como extemporáneo y por lo tanto, no será tenido en cuenta por la autoridad judicial.

De todas maneras, conviene aclarar que la oportunidad para aportar los documentos no es aplicable al juez, puesto que él como director del proceso podrá decretar y practicar la prueba documental en cualquier momento antes de proferir sentencia.

En este punto, útil es hacer referencia a la figura de la tacha de falsedad como mecanismo para ejercer el derecho de defensa y contradicción, por cuanto que, aquella tiene como finalidad desvirtuar el documento que se presume como auténtico y la oportunidad procesal para realizarla es en el mismo instante en que se aporta, es decir que si el actor los acompaña con la presentación de la demanda, el convocado deberá tacharlos de falso durante el término de traslado o, si se aporta el documento en el curso de una audiencia, la parte deberá realizar la tacha en ese mismo instante. Porsabidose tiene que la falsedad puede ser material o ideológica. Será material cuando el documento ha sido alterado de manera física por enmendaduras, borraduras, lavaduras, tachaduras, imitación de letras e imitación de firmas entre otras y; será ideológica cuando la persona que tacha el documento de falso sí firma, pero es como si rubricara una hoja en blanco.

Este trámite resulta improcedente para aquellos documentos que no inciden en la decisión. No obstante lo anterior, esto no significa que no se pueda iniciar una investigación penal por la falsedad de dichos documentos. Una vez solicitada la tacha indicándose en qué consiste la falsedad y aportando o solicitando las pruebas necesarias para su demostración, el juez la decretará y correrá traslado a las otras partes para que aporten o soliciten la práctica de pruebas.

La falsedad de documentos podrá acreditarse mediante el cotejo de letras o firmas de escrituras públicas firmadas por la persona a quien se atribuye; documentos privados reconocidos expresamente o declarados auténticos por decisión judicial de la persona a quien se atribuye el documento; las firmas y los manuscritos firmados por tal persona en actuaciones judiciales o administrativas; las firmas de dicha persona en cheques u otros elementos considerados como idóneos para la confrontación<sup>83</sup>. Adicionalmente, el juez podrá ordenarle a la persona a la que se le atribuye el documento que escriba o ponga su firma al pie para determinar si aquel es falso o no.

83 *Ibídem*





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

El juez resolverá la falsedad en la sentencia y determinará si el documento tachado es falso o no. Si concluye lo primero no lo valorará, deberá dejar constancia en un lugar visible del documento sobre aquella y compulsará copias para que la autoridad competente inicie una investigación por el delito correspondiente. Además, impondrá una multa a la parte que lo aportó, cuyo valor será el 20% de las obligaciones contenidas en el documento o, de 10 a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando el documento no represente ningún valor económico. Si por el contrario, el documento tachado no se declara como falso, la parte vencida tendrá que cancelar la suma señalada con anterioridad.

Este trámite se constituye en una excepción al principio de adquisición porque si se tacha un documento como falso, la persona que lo aportó podrá desistir de él y bajo esta circunstancia, el juez no resolverá la tacha, pero en el momento de dictar sentencia no tendrá en cuenta el documento, es decir, hará como si este nunca se hubiera aportado al proceso.

También existe la figura del reconocimiento de documentos, que corresponde a una diligencia de carácter extraprocesal cuyo objeto es que una persona acepte la autoría de un documento privado y por ende, su autenticidad. Tal reconocimiento podrá ser expreso o tácito, dependiendo de si la persona manifestó de forma clara y expresa que elaboró dicha documental o si corresponde a la sanción establecida en el inciso 5° del canon 185 del Código General del Proceso cuando la persona no asiste a la diligencia en que fue citada para reconocer su autenticidad.

A la aludida diligencia, deberá comparecer aquella persona que fue citada para dar fe de la autenticidad. Una vez iniciada la diligencia, se procederá con la identificación de la persona emplazada, se le tomará juramento y se exhibirá el documento para que pueda identificarlo y reconocer el contenido del mismo. Si la persona convocada efectivamente lo reconoce, se presumirá como cierto su contenido.

Ahora bien, pueden presentarse diferentes situaciones en la diligencia de reconocimiento, como por ejemplo que (i) el citado no comparezca; (ii) el citado comparezca pero se niegue a prestar juramento; (iii) el llamado se niegue a declarar o; (iv) el convocado responda con evasivas<sup>84</sup>.

En el primero de los eventos, la persona citada cuenta con 3 días para justificar su inasistencia mediante al menos prueba sumaria. Si es una justa causa, el juez fijará nueva fecha y hora para llevar a cabo la diligencia, de lo contrario declarará reconocido el documento y compulsará copias para las investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

84 *Ibidem*



En los demás eventos, el juez amonestará a la persona citada para que exprese el juramento, responda las preguntas o lo haga sin evasivas. Si sigue rehusándose a responder las preguntas o las contesta de soslayo, se declarará reconocido el documento, dejándose la respectiva constancia al pie de este.

Durante el desarrollo de la diligencia puede suceder que la persona citada desconozca el documento, surgiéndole así, la facultad de poder tacharlo de falso posteriormente. Otro aspecto, que vale la pena destacar es el correspondiente a la exhibición de documentos, el cual según el artículo 265 del Código General del Proceso procede cuando una parte pretende incorporar un documento o una cosa mueble al proceso, pero éste se encuentra en poder de otra parte o de un tercero. En dicha eventualidad, dentro de la oportunidad para pedir pruebas, la parte deberá solicitar que se ordene su exhibición.

El extremo contrario o el tercero podrán oponerse a la exhibición dentro de la ejecutoria del auto que la ordena, o en la diligencia en que ella se decreta y, el juez valorará tal oposición en la sentencia.

La oposición tiene varios efectos a saber, por ejemplo, si el juez la considera injustificada, tendrá por ciertos los hechos que se pretendía probar con la exhibición del documento, siempre que sean susceptibles de la prueba de confesión, pues en el caso contrario, será valorado como un indicio frente al opositor. Lo mismo ocurrirá cuando no se formula oposición pero la parte citada omite asistir a la diligencia o asiste pero se rehúsa a exhibir el documento.

En el caso de un tercero, si éste se niega injustificadamente a exhibir el documento, el juez le impondrá una multa entre 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, advirtiéndose que los mismos no están obligados a exhibir documentos que no les pertenezcan, que sean de reserva legal o cuya publicación les ocasione un perjuicio.

Llegada la fecha y hora de la diligencia, exhibido el documento, el juez lo hará transcribir o reproducir, a menos que quien lo presenta permita que el documento se incorpore como tal al expediente.

Ahora bien, con respecto a la exhibición de cosas muebles es necesario indicar que esa diligencia se encontrará sujeta a la posibilidad de transportarlos a la presencia del juez. Por ejemplo, en muchas ocasiones se lleva a cabo una exhibición de cosas muebles y una inspección judicial, pues es complejo trasladar la rex hasta el despacho de conocimiento.



Por último, es necesario aludir al llamado desconocimiento de documentos, el cual de conformidad con el artículo 272 del Código General del Proceso procede respecto de aquellos no suscritos ni manuscritos por la parte en cuyo perjuicio se aduce. Este trámite procede de oficio o a solicitud de parte y, se deberá solicitar dentro de las oportunidades procesales existentes exponiendo las razones.

De dicha manifestación de inobservancia se le correrá traslado a la otra parte y la parte que haya aportado el documento podrá solicitar la verificación de autenticidad del mismo, siguiéndose el mismo procedimiento de la tacha de falsedad.

#### h. Indicios

En el Código General del Proceso no existe una definición propia del indicio como medio de prueba. Sin embargo, es posible afirmar que aquél es un hecho del cual se infiere otro hecho desconocido que de conformidad con el artículo 242 instrumental civil, deberá ser apreciado por el juez en conjunto teniendo en consideración su relación con las demás pruebas obrantes en el plenario.

Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina los han clasificado entre otros como indicios necesarios y contingentes. Los primeros se presentan *"cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza"*<sup>85</sup>.

Los segundos, pueden ser clasificados a su vez en graves y leves: los indicios graves se presentan cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; mientras que los leves se presentan si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

Este medio probatorio contempla tres elementos a saber: (i) hecho indicador; (ii) inferencia lógica y; (iii) hecho indicado. En palabras de Rivadeneira, el hecho indicador es aquel que permite activar el proceso lógico en busca del hecho desconocido, es decir, es el hecho base; la inferencia lógica es la operación intelectual por medio de la cual el juzgador deduce un hecho de otro y; el hecho indicado es el producto de dicho proceso<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de marzo de 2014. Radicación N° 38793. M. P. Eugenio Fernández Carlier.

<sup>86</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición.* Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.



Frente a la prueba indiciaria, el H. Consejo de Estado señaló que debe existir concordancia entre los hechos indicadores y los hechos indicados, por lo cual, ante una pluralidad de circunstancias indicadoras, debe haber una convergencia que permita llegar a una misma inferencia lógica del análisis de todos ellos. En este orden de ideas, trajo a colación lo preceptuado en oportunidades anteriores:

“Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es así como desde 1894, el insigne tratadista Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: “...se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse...”<sup>87</sup>; o en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: “el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido”.<sup>88</sup>

Los indicios se controvierten a partir de la discusión de los hechos indicadores. La parte contra quien va dirigida, contra quien se está construyendo la prueba indiciaria discute los hechos indicadores. Aunado a lo anterior, en materia contencioso-administrativa los vicios presentes en la construcción y valoración del indicio por parte del juez serán susceptibles del recurso de apelación o los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia<sup>89</sup>.

Finalmente, recuérdese, por demás, que merced a las previsiones del artículo 242 de la codificación procesal civil, el juez deberá apreciar los indicios en conjunto, sistemáticamente y no como una cuestión insular, teniendo en cuenta, además, su relación con las demás pruebas obrantes en el proceso.

<sup>87</sup> *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparada de los Principios de la Prueba Civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, Tomo V, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Reus, 1983, página 110.*

<sup>88</sup> *Sentencia de Casación Penal 04-05-94 Gaceta Judicial n.º 2469, página 629.*

<sup>89</sup> *RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



## i. Informes

Se acude a la prueba por informe cuando se necesita clarificar unos hechos que se investigan en el marco de un proceso judicial, pero que se encuentran dentro de los archivos de una entidad pública, privada o un particular. Es un informe objetivo que se limita única y exclusivamente a transmitirle al juez un conocimiento sin emitir juicios de valor, es decir, sin proveer conceptos u opiniones.

En este orden de ideas, el juez le concede a la entidad un término prudente para que rinda el informe, salvo que el documento se encuentre bajo reserva legal y, luego se incorpora el escrito dentro del expediente. La forma de controvertirlo es a través de la solicitud de aclaraciones y/o adiciones luego de haberse surtido un traslado por 3 días de conformidad con el canon 277 ibidem. Si el informe no es aportado o se realiza de forma inoportuna o con información inexacta, el juez impondrá una sanción de 5 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las demás consecuencias a que hubiere lugar.

### 3.5 INCORRECCIONES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Sea lo primero advertir, que el canon 228 de la Carta expresa que la administración de justicia es función pública e independiente; sus actuaciones serán oficiales y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Igualmente, la disposición a que se refiere el artículo 30 del mismo Estatuto expresa que los jueces en sus providencias SOLO están sometidos al imperio de la ley.

A su turno, el artículo 5º de la ley 270 de 1996 dispone:

*"AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.*

*Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias".*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como quiera que la autonomía de la administración de justicia no consiste simplemente en un postulado retórico del Constituyente, la Corte de los asuntos constitucionales ha destacado la independencia técnica, científica y funcional de la rama judicial al advertir desde la sentencia C-879/03 que:

*“El Título VIII de la Carta, relativo a la rama judicial, está integrado por seis capítulos. En el primero, se consagran disposiciones generales relativas al carácter de función pública de la administración de justicia y a la independencia de sus decisiones (Artículo 228); al derecho de acceso a la administración de justicia (Artículo 229); al sometimiento de los jueces sólo al imperio de la ley (Artículo 230) y al sistema de nombramiento, calidades y períodos de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Artículos 231 a 233). Los capítulos siguientes sientan los fundamentos de la jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción constitucional, de la jurisdicción contencioso administrativa, de la jurisdicción constitucional, de las jurisdicciones especiales, asumiendo por tales las autoridades de los pueblos indígenas y los jueces de paz; de la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura.*

*Todos esos ámbitos especializados de la rama judicial son independientes, autónomos y están sometidos sólo a la ley. Así, si bien la jurisdicción es un ámbito del poder público que debe colaborar armónicamente con las demás ramas del poder con miras a la realización de los propósitos estatales, ella es independiente en tanto no está funcionalmente sometida a ninguno de ellos; autónoma, por cuanto está dotada de las herramientas que le permiten funcionar por sí misma y está sometida sólo al imperio de la ley, pues los juicios de conveniencia política, a los que es legítimo acudir en otros contextos, son ajenos a la fundamentación de sus decisiones.*

*De este modo, la independencia, autonomía y sometimiento a la ley de las jurisdicciones constitucional, ordinaria, contencioso administrativa y disciplinaria, de las autoridades indígenas, de los jueces de paz y de la Fiscalía General de la Nación opera como uno de los fundamentos de la estructura del poder en la democracia constitucional colombiana. De acuerdo con ello, la Carta Política es refractaria a que la rama judicial, en sus distintos espacios, esté funcionalmente sometida al legislativo o al ejecutivo pues si esto llegase a ocurrir pasaría a ser un apéndice, bien de quien tiene el poder de expedir la ley, o bien de quien ejerce la facultad de reglamentar su ejercicio y, por esa vía, se distorsionaría la concepción del poder público promovida por el constituyente de 1991 (...)”<sup>90</sup>.*





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales<sup>91</sup>.

En este punto resulta de importancia anotar por ejemplo, que el hecho de que alguna otra rama del poder público participe en la designación de algunos funcionarios judiciales, como es el caso del Senado y del Presidente de la República en la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, o que colabore en el buen funcionamiento de la administración de justicia a través del concurso económico, logístico o material, son situaciones de organización política que, no significan, en manera alguna, que se le otorgue facultad para someter la voluntad y la libre autonomía del juez al adoptar sus decisiones<sup>92</sup>.

Igualmente, debe decirse que la independencia no es cuestión privativa de las otras ramas: la legislativa y ejecutiva, ni de los organismos de control; ella también se predica respecto de los superiores jerárquicos dentro de la rama judicial, lo que se verifica, como no podría ser de otra manera, en el marco de los recursos<sup>93</sup>.

En esencia, los jueces dentro de la órbita de sus competencias son autónomos e independientes y en sus providencias, gozan de la potestad de valorar las pruebas allegadas al proceso de acuerdo con las reglas de la sana crítica y según los parámetros de la lógica y la experiencia. Obviamente el reconocimiento de esa discrecionalidad no significa que el juez esté facultado para decidir arbitrariamente el asunto sometido a su consideración, pues la libertad en la valoración probatoria está supeditada a la Constitución y la ley.

Es más, en relación con la denominada vía de hecho judicial la cuestión ha sido también abordada, pues si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica, dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *La casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*, editorial Ibáñez. Reimpresión, 2021.

<sup>92</sup> *Sentencia Corte Constitucional. Febrero 5 de 1.996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-037/96*

<sup>93</sup> BLANCO ZÚÑIGA Gilberto. *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

No se adecua a ese acto de ponderación, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente la ignora u omite su ponderación o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente<sup>95</sup>.

Era necesaria la acotación referida de lo que significa esa libertad que le es inherente a la función judicial, pues aquella impacta el ejercicio del análisis probatorio que ejercen los jueces de instancia.

Tratándose de otras sendas recursivas, distintas a las de la jurisdicción contenciosa administrativa como la casación, de antiguo señalaba De La Plaza que:

*"esa impugnación "exige que el examen de los hechos probados en la Litis, apreciados, en uso de su soberanía por los Tribunales de instancia, se respete. Pero es más fácil que separar netamente el hecho en sí de su naturaleza; y no es aventurado sostener, que, a veces, los Tribunales sometidos a censura, disfrazan, bajo la apariencia de simples declaraciones de hecho, verdaderas apreciaciones jurídicas; por lo cual no es desmedido el propósito de atribuir a la Sala de Casación la facultad de descubrir esos arbitrios y rectificar las apreciaciones falsas, rompiendo los obstáculos capaces de dificultar la vigilancia que a aquella está encomendada. Nada importa que el Tribunal que conoce de la casación discuta una interpretación de facto en que, por una equivocada idea de lo que deben ser los hechos probados, se mantengan afirmaciones cuya imposibilidad sea patente, o asertos contradictorios, o afirmaciones de hecho en que, notoriamente, se haya incurrido en error<sup>96</sup>".* (Subraya fuera de texto).

Con todo, se itera, esa autonomía de los jueces de instancia no es absoluta, claramente está sometida a los dictados del derecho, de donde emergen las reglas de la sana crítica que gobierna la apreciación probatoria, y en ella, subyacen mandatos de suficiencia, razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio libre de la ponderación judicial.

La autonomía, pues, hay que refrendarlo, no es arbitrariedad, tampoco habilita a que se adopten dentro del marco de la valoración de las pruebas decisiones irracionales; ni es una patente de corso que permita a los funcionarios judiciales distanciarse de la objetividad que aquellas incorporen, so pretexto de privilegiar a unas frente a otras.

95 Corte Constitucional Sentencia T-442 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.  
96 DE LA PLAZA, Manuel. La Casación Civil, Madrid, Editorial Derecho Privado. 1944 Pag 345.



Memórese, a modo de colofón, que es en los primeros niveles donde se produce a plenitud el debate sobre los hechos y el material probatorio sometido a conocimiento de la jurisdicción, no precisamente ni siempre en el Consejo de Estado como organismo de cierre de la jurisdicción administrativa.

### 3.5.1 Defecto fáctico: concepto y dimensiones

En términos generales, los errores afincados en lo fáctico aluden, a la noción equivocada que puede tenerse de una circunstancia en el mundo real, cualquiera que sea, desde la perspectiva más amplia de la expresión, mientras que el de derecho, se anida en la desacertada apreciación de los dictados legales.

Un defecto fáctico, en palabras de la Corte Constitucional *"surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión"*<sup>97</sup>. Es decir, como se mencionó anteriormente, se alza la incorrección en comentario, cuando se yerra en la valoración de una prueba.

Bajo esta línea, la misma Colegiatura ha advertido:

"(...) se configura una vía de hecho por defecto fáctico cuando en el curso de un proceso: (i) se omite la práctica o decreto de pruebas o, (ii) el material probatorio aportado no sea valorado adecuadamente, esto es, cuando excede el marco de la sana crítica y tiene trascendencia en la decisión proferida por el juez, pues desconoció la realidad probatoria del proceso. En el primer evento, denominado defecto fáctico por omisión, se incurre en una vía de hecho cuando el juez se niega a decretar, practicar o valorar un elemento probatorio con el cual se podría llegar a la verdad procesal y dar por probado un hecho, sin que exista justificación alguna. En segundo lugar, se incurre en un defecto fáctico por acción cuando existiendo los elementos probatorios dentro del expediente, el juez incurre en un error en su interpretación: a) al dar por probado un hecho que no aparece en el proceso o, b) al examinar de forma incompleta o, c) al valorar pruebas que fueron practicadas o recaudadas sin ajustarse al debido proceso o defensa de la contraparte. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional confirma la sentencia proferida por la sala Civil de la misma entidad, que niega el amparo del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en defecto fáctico o sustantivo alguno"<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Corte Constitucional (21 de junio de 2017) Sentencia T-393/17 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger)

<sup>98</sup> Corte Constitucional (12 de marzo de 2013). Sentencia T-118A/13 (M. P. Mauricio González Cuervo)



### ***3.5.2 Un símil a propósito del origen dimanante de la casación civil: error de hecho. Suposición, preterición y tergiversación de la prueba. Error de derecho. La indebida aducción y los yerros en la disciplina probatoria.***

Exponíamos en líneas precursoras que el yerro de facto, en sentido amplio, refiere a la noción equivocada que puede tenerse de las circunstancias factuales, las que ocurren en el mundo real, cualquiera que sea.

En el campo estrictamente casacional, el yerro fáctico se asocia a la existencia o inexistencia de determinada prueba, su imaginación o atribución de alcances lejanos al razonable, pues cual refiriera Morales Molina<sup>99</sup>, en toda apreciación probatoria hay dos momentos claramente distinguibles: uno objetivo en que el juez contempla el medio de convicción por sí mismo para verificar su existencia, contornos y sustancia; el otro es el subjetivo, pues la prueba se coloca en la balanza que la pondera para medir su fuerza de persuasión, acorde al sistema legal predominante en cada país, de donde, en el primer caso se incurre en el yerro de facto, y en el segundo, en el de jure.

El error de hecho se presenta, generalmente (i) cuando se da por probado un hecho, en virtud de un medio de prueba existente en el proceso; (ii) cuando se tiene por no probado un hecho, pese a reposar un elemento persuasivo que se inobservó en el plenario; (iii) al darse por acreditado un asunto, ignorando una prueba recabada legalmente que demuestra que no existió y; (iv) cuando se tiene por no probado un hecho, con fundamento en un medio probatorio que demuestra que no existe, pero que no consta en el juicio<sup>100</sup>.

Y suelen ser usadas por los recurrentes en casación, para demostrar este error, expresiones tales como (i) *"no dar por probado estándolo, que..."*; (ii) *"dar por probado, sin estarlo, que..."*; (iii) *"no dar por demostrado, estándolo..."*

Teniendo en cuenta lo expuesto éste tiene que ver con la apreciación física o material de las probanzas, por modo que cuando en él incurre el juez el reproche que cabe hacerle es el de que ha visto mucho o poco, que ha inventado o mutilado pruebas; en palabras de la Corte Suprema de Justicia el problema es de desarreglos ópticos, es un tema de pupila, no de discernimiento<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Morales Molina, Hernando. *Curso de derecho procesal civil. Parte general*, 9na edición. Bogotá: Editorial ABC, 1985. Cit p. 165

<sup>100</sup> Ob, cit p. 1666

<sup>101</sup> CSJ SC. Sentencia de 11 de mayo de 2004. Rad 7661. M. P. Manuel Isidro Ardila



A modo de apretada síntesis, en el error de facto, el sentenciador incorrectamente cree en la existencia o inexistencia de la prueba; o le dispensa al medio de convicción un alcance manifiestamente contrario a su contenido. Son eventos típicos del error de hecho la suposición, preterición y tergiversación de la prueba, como se verá en líneas siguientes<sup>102</sup>.

#### a. Suposición

La suposición de la prueba como su nombre lo indica, implica un ejercicio mediante el cual, el juez de conocimiento realiza conjeturas al interior del proceso, que pueden o no ser ciertas. Pero, para los efectos que aquí interesan conlleva a un acto deliberativo en la valoración del caudal probatorio que trasluce una invención; pues aquel, apoyado en su imaginación cree haber visto pruebas que no se encuentra incorporadas en el proceso.

En los eventos mencionados, se itera, el tribunal inventa o adiciona la prueba, que por supuesto no existe en el expediente, claro que ha de tratarse de una probanza fundamentalmente conclusiva.

#### b. Preterición

La preterición de la prueba es un olvido, una ignorada evidente del juzgador de uno o varios de los medios de convicción legalmente incorporados al expediente. Tal pretermisión, cuando la gravedad es suficiente y se traduce en un error manifiesto de hecho, se alza el recurso de casación como el remedio procesal para combatir con robustez la sentencia que anide ese tamaño desatino<sup>103</sup>.

Pues bien, la preterición, al igual que los otros yerros, representa un falso juicio sobre los hechos relevados por las pruebas.

En este caso, entonces, el sentenciador deja de apreciar o soslaya la prueba, de tal manera que de haberla valorado hubiera producido un fallo por entero diverso. Es lo que se ha conocido tradicionalmente como falso juicio de existencia, dado que se pasa por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida, abstracción hecha del mérito que la ley le dispensa.

<sup>102</sup> BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *La casación civil. Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica*, editorial Ibáñez. Reimpresión, 2021.

<sup>103</sup> *Ibidem*



### c. Tergiversación

La tergiversación consiste en la conducta mediante la cual, el juez distorsiona, lejos de su discreta autonomía, la objetividad de la prueba. Esto significa que se le dispensa un sentido, desconociendo lo que dice la racionalidad de la misma.

Por su parte, y en una línea diversa a la del yerro comentado, el otro tipo de error, el de derecho, este se vincula con el discernimiento, los aspectos ligados a la aducción y en general a las reglas jurídicas que disciplinan su eficacia e incorporación legal en un proceso, al igual que el mérito que el legislador les otorga; éste, a manera de resumen, se presenta en los siguientes casos<sup>104</sup>:

- Cuando se aprecian pruebas producidas con desconocimiento total o parcial del rito procesal a que deben someterse; piénsese por ejemplo en el peritaje que se atiende sin que los peritos que se hayan posesionado; o el testimonio que se rinde sin el juramento de los testigos; u otrora cuando se incorporaba una copia simple, valorándose como documento original.
- Cuando se admiten probanzas que la ley no admite para demostrar un acto o contrato; ejemplo la demostración de una operación inmobiliaria de venta de inmueble con testificales que por supuesto no tienen la virtud de acreditar ese tipo de negociaciones.
- Cuando, violándose el postulado de la preclusión, se aprecian pruebas allegadas extemporáneamente, o, contrario sensu, se rechacen las allegadas en su debido momento procesal.

Parafraseando a la Corte Suprema de Justicia, tratándose de éste, el mismo se vislumbra fácilmente en los eventos en que, a pesar de que la pieza procesal obra en el plenario, el juzgador no le concede la eficacia probatoria que le asigna la ley o le niega la que sí le otorga, por interpretar erradamente las normas que regulan su producción y aducción.

104 *Ibidem*



### 3.6 A PROPÓSITO DE LAS FACULTADES OFICIOSAS

#### 3.6.1 La oficiosidad en las causas constitucionales

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que el juez debe guiar el proceso en virtud del principio de oficiosidad. En este orden de ideas, *"el juez está obligado a asumir un papel activo, de impulso del proceso, con el fin de dilucidar si realmente existe la violación o la amenaza de los derechos que el peticionario invocó, o de otros, y además debe considerar si las pruebas pedidas son suficientes para resolver, y si los hechos expuestos constituyen un conjunto completo, o si, por el contrario, son tan inconexos y aislados que exijan complemento informativo suficiente para que el fallador pueda formarse cabal concepto acerca del asunto objeto de su examen"*<sup>105</sup>.

Lo jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el marco de las acciones públicas, pero especialmente los de tutela, tienen amplios poderes para desentrañar todos aquellos factores y hechos que dieron origen a la solicitud de amparo; nótese que acorde con las previsiones del Decreto 2591 de 1991 *"el juzgador puede pedir la corrección de la demanda cuando ésta no haya sido lo suficientemente clara; tiene además la facultad de pedir informes a las autoridades demandadas y de realizar las averiguaciones necesarias para esclarecer los hechos que motivaron la acción; puede decretar las pruebas que considere pertinentes; y dicho Decreto contempla la posibilidad para el juez de pedir informes adicionales no solamente a la autoridad demandada, sino también al peticionario; e incluso, le es posible suspender la aplicación del acto concreto desde la presentación de la solicitud, cuando lo considere necesario y urgente para proteger derechos fundamentales en peligro"*<sup>106</sup>.

Esta tendencia también se puede evidenciar en el curso de acciones populares o de grupo, pues el artículo 5 de la Ley 472 de 1998 establece como obligación del juez impulsar oficiosamente la acción y tomar una decisión de fondo, so pena de incurrir en una falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para ello, pues, deberá adoptar las medidas conducentes a fin de adecuar la petición a la acción que corresponda.

<sup>105</sup> Corte Constitucional (30 de septiembre de 1998). Sentencia T-535/98 (M. P. Jose Gregorio Hernandez Galindo)

<sup>106</sup> *Ibidem*



La norma anterior de igual forma contempla el poder en cabeza del juez para ordenar de oficio la citación de otros presuntos responsables del hecho u omisión que motiva la presentación de la acción popular o de grupo en el curso del proceso y; también para decretar de oficio las medidas cautelares que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado antes de notificarse la demanda o en cualquier estado de una acción popular; así como para decretar previo análisis de conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes.

Para ejemplificar lo anterior, es posible hacer referencia a algunas sentencias de la Corte Constitucional donde se hace alusión a la facultad-deber del juez constitucional para decretar pruebas de oficio, verbigracia la Sentencia T-131/07 en la cual el Alto Tribunal señaló que el juez de tutela tiene el deber de decretar pruebas de oficio en aras de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, especialmente en aquellos casos donde los elementos persuasivos aportados por los actores y el extremo pasivo no sea suficiente para alcanzar la verdad procesal y así tomar una decisión de fondo<sup>107</sup> o la Sentencia SU-768/14, según la cual el decreto de pruebas de oficio es una herramienta con la que cuenta el juez para la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones justas.

En esta última providencia, la Corporación advirtió que el decreto de oficio de pruebas no es una mera liberalidad del juez, sino un verdadero deber legal, especialmente cuando (i) de los hechos narrados por las partes y de las pruebas aportadas en el proceso, exista la necesidad de esclarecer ciertos puntos de la controversia; (ii) la ley lo establezca o; (iii) existan razones fundadas para considerar que la inactividad podría significar un distanciamiento del sendero de la justicia material<sup>108</sup>.

De modo similar, en la Sentencia T-429/13 la Corte Constitucional indicó que en las acciones populares el hecho de que carga de prueba que recaiga sobre el actor, no significa que el juez se inhiba de su deber de decretar pruebas de oficio cuando por razones económicas o técnicas, el demandante no pueda aportar algunas que resultan indispensables para adoptar una decisión conforme a derecho<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Corte Constitucional (22 de febrero de 2007). Sentencia T-131/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>108</sup> Corte Constitucional (16 de octubre de 2014). Sentencia SU-768/14 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>109</sup> Corte Constitucional (10 de julio de 2013). Sentencia T-429/13 (M. P. María Victoria Calle Correa).





Ha sido esa pues, una patente de corso para que sea de común ocurrencia que en ese tipo de acciones, públicas por demás, los jueces de lo contencioso administrativo sean extensos en el decreto de pruebas oficiosas, asistidos precisamente por la amplitud de poderes que otorgan las herramientas normativas previstas para las acciones de tutela, populares, de grupo y de cumplimiento.

***3.6.2 La cortapisa oficiosa en el procedimiento ordinario. Reflexiones y ejemplos en los juicios de nulidad, reparaciones directas, controversias contractuales, repetición y pérdida de investidura.***

La Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- consagra algunas facultades oficiosas que ostenta el juez contencioso para dirimir la controversia y/o asunto que se somete a su conocimiento. En este orden de ideas, señala que el operador durante el desarrollo de la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 Ibídem puede decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptar las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias.

Del mismo modo, el canon 213 ejusdem señala que el juez o magistrado ponente en cualquiera de las instancias podrá decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para esclarecer la verdad y, de esa forma tomar una decisión ajustada al ordenamiento jurídico.

A su turno, el precepto 218 dispone que la prueba pericial podrá ser decretada de oficio por el juez; el parágrafo del canon 229 establece que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrán ser decretadas de oficio; además, el artículo 235 contempla que la medida cautelar pueda ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso por el juez o por las partes.

En este punto, es conveniente cuestionarnos acerca de si, ¿el decreto de pruebas de oficio es un deber o una facultad que tiene el juez?

Ciertamente no puede haber univocidad en la contestación, pues la respuesta al interrogante planteado dependerá de cómo se concibe al servidor judicial; esto es si se le reconoce en su dimensión auténtica de director del proceso o como un simple espectador más.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Conforme al cuadro advertido en precedencia, a continuación se traerán, a manera de ejemplos, escenarios contenciosos dentro de la diversidad de mecanismos de control en los juicios de nulidad, reparaciones directas, controversias contractuales, repetición y pérdida de investidura con el fin de dar a conocer las facultades oficiosas del juez contencioso.

Veamos.

### *Nulidad simple*

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el medio de control de nulidad simple concebido inicialmente para atacar actos administrativos de carácter general, también procede contra actos administrativos de carácter particular siempre que comporte un especial interés para la comunidad y, no se esté en presencia de una pretensión litigiosa<sup>110</sup>.

En este sentido, el CPACA *"estableció el medio de control de nulidad para los actos administrativos de carácter general y excepcionalmente previó esta misma acción contra actos administrativos de carácter particular, en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente"*<sup>111</sup>.

Con respecto a este medio de control, el Consejo de Estado profirió un auto interlocutorio dentro de un proceso de nulidad instaurado por la Transportadora Comercial Colombia S.ATCCS.A contra la Superintendencia de Industria y Comercio donde la marca "TTC TIENDAS TODO COLOMBIA" (mixta), identificada con el número de registro marcario 374492 era similarmente confundible con las marcas registradas "TCC" y "TCC MENSAJERÍA por el accionante<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Consejo de Estado (21 de septiembre de 2017). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12).

<sup>111</sup> *Ibidem*

<sup>112</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Radicación No. 11001-03-24-000-2009-00292-00 (11 de noviembre de 2021). M. P. Nubia Margoth Peña Garzón



En este caso, la Corporación determinó que era necesario decretar como prueba de oficio el reporte correspondiente al estado actual del mencionado registro marcario, el cual podía ser descargado en el Sistema de Información de Propiedad Industrial -SIPI-, de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que el mismo se encontraba vigente hasta el 26 de noviembre de 2018 sin que fuera renovado de conformidad con el Sistema de Información de Propiedad Industrial -SIPI- de la entidad demandada y no obraba dicha información dentro del expediente<sup>113</sup>.

### *Nulidad y restablecimiento del derecho*

El citado medio de control -positivizado en el artículo 138 del CPACA- goza de una naturaleza mixta, pues, por un lado, propende por la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, es decir, tiene por finalidad analizar la legalidad de un acto expedido por la administración y al mismo tiempo, tiene por teleología que al demandante le sean resarcidos los perjuicios derivados del acto administrativo cuya legalidad es puesta en entredicho.

En cuanto a este medio de control, vale la pena destacar la sentencia del 26 de mayo de 2011 en la cual el Consejo de Estado resolvió un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones formuladas en contra de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos Nacionales “DIAN”.

En esta ocasión, el actor pretendía que se declarara la nulidad de cuatro actos administrativos: (i) Resolución mediante la cual fue suspendido del cargo, (ii) Resolución mediante la cual fue destituido del cargo, (iii) Resolución que confirmaba en su integridad la sanción de destitución y, (iv) Resolución mediante la cual se hizo efectiva la sanción impuesta; así como el reintegro al mismo cargo u a otro de superior jerarquía, el pago de todos los salarios dejados de percibir y el pago de los perjuicios morales ocasionados.<sup>114</sup>

Con el objeto de fundamentar sus pretensiones, el accionante manifestó que la autoridad judicial no había valorado un testimonio anexado, pues si bien dicho medio de convicción había sido aportado al proceso por fuera de las oportunidades establecidas por el legislador colombiano, sí constituía un indicio que le indicaba al ente investigador la falsedad de algunos testimonios que se habían tenido en cuenta, situación que permitía que el juez decretara de oficio la ratificación.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> *Ibídem*

<sup>114</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Expediente No. 19001-23-31-000-2002-01479-01(1197-10). (26 de mayo de 2011) M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>115</sup> *Ibídem*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Frente a la negativa de decretar este medio de prueba, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo expresó que la omisión al apreciar dicha prueba no se erigía en una vulneración al debido proceso, pues el juez sólo debe valorar los medios de convicción aportadas y solicitados oportunamente; y aquél había sido acompañado de manera tardía e irregular<sup>116</sup>.

En este sentido, el Consejo de Estado puntualizó que esa circunstancia per se, no constituía una vulneración del derecho al debido proceso, pues es una facultad del juez decretar pruebas de oficio. Además, no se puede justificar que el funcionario competente extienda todos los plazos de duración del proceso para continuar buscando indefinidamente algún vestigio que pudiera salvar la responsabilidad del disciplinado<sup>117</sup>.

### *Reparación directa*

La reparación directa es un medio de control de naturaleza resarcitoria -consagrado en el artículo 140 del CPACA- por medio del cual los usuarios del sistema de justicia propenden porque les sean desagraviados los perjuicios derivados de un daño antijurídico producido por una entidad o un agente estatal.

En el marco de este medio de control, el [los] actor [es] deben acreditar: i) la existencia de un daño antijurídico (daño), ii) que el daño fue producto de una acción u omisión causada por una entidad o un agente estatal (nexo causal y fundamentación) y iii) los perjuicios padecidos por el reclamante [s]. En algunos eventos, se exige al actor de probar el elemento culpa, es decir, se le libera de acreditar la falla en la prestación del servicio, caso en el cual nos encontraremos ante un caso típico de responsabilidad objetiva (daño especial o riesgo excepcional).

Frente a la herramienta en cuestión, es pertinente hacer referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional T-113/19 a través de la cual se realizó un estudio de las facultades oficiosas del juez contencioso administrativo dentro de los procesos de reparación directa<sup>118</sup>.

Veamos: En esa oportunidad, la Corte revisó el fallo de tutela proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 10 de septiembre de 2018, que confirmó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un juicio de reparación directa donde la causa

<sup>116</sup> *Ibídem*

<sup>117</sup> *Ibídem*

<sup>118</sup> Corte Constitucional (14 de marzo de 2019). Sentencia T-113/19 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

petendi se fundó en una falla en el servicio derivada de una omisión en el mantenimiento de la vía para garantizar la seguridad de los habitantes de la zona que causó el fallecimiento de dos personas<sup>119</sup>.

El juez de primer grado declaró responsable al Estado y lo condenó al pago de los perjuicios morales sufridos por los hijos y hermanos de las víctimas; mientras que el *ad quem* negó los perjuicios morales a favor de los hermanos de una de las víctimas al considerar que no se había acreditado el parentesco, toda vez que los demandantes habían aportado sus registros civiles de nacimiento, pero omitieron allegar el de la difunta. De esta manera, el juez afirmó que, no era posible verificar el parentesco de quienes alegaban ser los hermanos, porque no había constancia de que los padres de los accionantes también fueran padres de la fallecida<sup>120</sup>.

Dejando de lado las discusiones acerca de la procedencia de la tutela contra providencia judicial, para acometer el análisis de lo que atañe a las facultades oficiosas de los jueces y la posibilidad de decretar pruebas de oficio en el proceso contencioso administrativo, la Corte Constitucional en el fallo señaló que si bien, según el artículo 103 del CPACA las partes que acuden a la jurisdicción deben cumplir las cargas probatorias y procesales, los jueces cuentan con distintas herramientas para materializar los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento jurídico como por ejemplo el decreto de las pruebas de oficio cuando sea necesarias para esclarecer la verdad.

Recordó, que las pruebas de oficio podrán ser decretadas (i) en la primera instancia en la audiencia inicial, sólo si las partes solicitan pruebas; es decir que si no las han solicitado, el juez no está facultado para decretarlas de oficio, (ii) en la segunda instancia, cuando procedan las pruebas solicitadas por las partes y; (iii) mediante auto de mejor proveer, cuando las etapas procesales probatorias para la postulación de las partes ya han sido superadas. En efecto, el auto de mejor proveer se profiere una vez oídas las alegaciones de conclusión y antes dictar sentencia, con el fin de esclarecer puntos oscuros o difusos del debate<sup>121</sup>.

Del mismo modo, aseveró que *"el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material"*<sup>122</sup>.

119 *Ibídem*

120 *Ibídem*

121 *Ibídem*

122 *Ibídem*



Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte manifestó que si bien era cierto que los demandantes no aportaron el registro civil de nacimiento de la víctima directa del daño con el fin de probar el parentesco, sí presentaron otros elementos de convicción que constituían indicios del parentesco, como, por ejemplo, los registros civiles de los hijos de la fallecida, donde constaba que los padres de la víctima tenían los mismos nombres que los padres de quienes alegaban ser sus hermanos. Es decir, el juez contencioso contaba con distintos medios de prueba que servían de indicio del parentesco que se debía demostrar y, si ello no fuera suficiente, también tenía la facultad de decretar pruebas de oficio para esclarecer puntos oscuros y/o difusos.

### *Controversias contractuales*

El medio de control de controversias contractuales se encuentra disciplinado en el canon 141 del CPACA y a través de este, las partes de un contrato estatal pueden solicitar: i) la declaración de existencia o de nulidad del mismo; ii) la revisión del negocio jurídico; iii) que se declare el incumplimiento; iv) que se declare la nulidad de actos administrativos proferidos en el marco de un contrato estatal; v) la liquidación de aquél, entre otros.

Al respecto, en cuanto al decreto de las pruebas de oficio por parte del juez en este medio de control, es posible hacer referencia a un auto proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de un proceso de controversias contractuales promovido contra el Instituto de Desarrollo Urbano y otros<sup>123</sup>.

En esa ocasión, el actor instauró demanda con el fin de que se declarara el incumplimiento de un contrato de obra y su desequilibrio económico y; se liquidara y condenara al demandado a pagar los sobrecostos y los perjuicios causados. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia declarando el incumplimiento del negocio jurídico y su liquidación, condenando igualmente al convocado a pagar una suma correspondiente a obras ejecutadas y no canceladas y, un valor por mayor permanencia en la obra.<sup>124</sup>

Frente a esta decisión, una vez interpuesta la apelación, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, informó al despacho de una denuncia penal que había presentado ante la Fiscalía General de la Nación, por la presunta

<sup>123</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente No. 25000-23-36-000-2015-02687-01 (60779) (8 de septiembre de 2021) M. P. Alberto Montaña Plata.

<sup>124</sup> *Ibidem*



comisión de los delitos de fraude procesal y falsedad ideológica en documento público, bajo el entendido de que dichas conductas punibles guardaban relación con el proceso de controversias contractuales<sup>125</sup>.

El Consejo de Estado, teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 213 del CPACA con respecto a la posibilidad que tiene el juez contencioso de decretar pruebas de oficio para esclarecer puntos oscuros o difusos una vez oídas las alegaciones y antes de dictar sentencia, decretó la prueba documental consistente en la orden de archivo proferida por la Fiscalía, dentro de la noticia criminal No. 110016000050201804776, toda vez que cuando se hizo envío del referido expediente, aun no se había emitido dicha orden, pues consideró que era necesario conocer las circunstancias bajo las cuales cursaba el proceso penal.

### *Acción de repetición*

La acción de repetición tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra lo que se trasunta a continuación:

*"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste*". (Subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, la acción de repetición se erige en un mecanismo que tiene el Estado en contra de aquellos servidores públicos que con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan generado un daño antijurídico y, por consiguiente, un reconocimiento indemnizatorio por parte de éste. En otras palabras, esta acción tiene como finalidad exigir la devolución de aquellos dineros que tuvieron que salir del patrimonio estatal por la actuación irregular de sus agentes.

En el estudio de este medio de control, es posible hacer alusión a una decisión proferida por el Consejo de Estado, proveniente del Tribunal Administrativo de Antioquia en el que se negaron las pretensiones de la demanda<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> *Ibidem*

<sup>126</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación No. 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821). (25 de octubre de 2019). María Adriana Marín.





En efecto, el Estado instauró demanda de repetición con el fin de que se le reintegrara una suma de dinero pagada en cumplimiento de una conciliación judicial, por la conducta asumida por un funcionario cuando al transportar un vehículo inmovilizado en un retén, omitió una señal de tránsito y ocasionó la muerte de dos jóvenes.

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones al manifestar que no se había acreditado el pago realizado a favor de los grupos familiares de los procesos de reparación directa, pues si bien se aportó copia de la resolución que daba cuenta del cumplimiento del acuerdo conciliatorio, no se allegó documento que demostrara que las víctimas habían recibido el pago<sup>127</sup>.

La parte actora presentó recurso de reposición indicando que sí se encontraba acreditado el pago del acuerdo conciliatorio, toda vez que, se aportó (i) copia de la resolución a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de los perjuicios materiales y morales y; (ii) comprobante de egreso en el que se indicó que se había dado cumplimiento al pago.

El Consejo de Estado realizó un estudio acerca de la procedencia de la acción analizada y mencionó que se debían acreditar los siguientes presupuestos: *"i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente, ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico"*<sup>128</sup>.

En este sentido, concluyó que no se acreditó el pago de la indemnización porque en el expediente no existía prueba alguna de que efectivamente se hubiese realizado el pago. Por lo anterior, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señaló que la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional no había cumplido con la carga de la prueba y; que no se justificaba el decreto oficioso, toda vez que esa facultad únicamente se dirigía a esclarecer aspectos oscuros o dudosos respecto de la controversia, situación que no se presentaba, dado que la parte actora no allegó los elementos probatorios para demostrar el pago del acuerdo conciliatorio que dio origen a la repetición.

<sup>127</sup> *Ibídem*  
<sup>128</sup> *Ibídem*



## *Pérdida de la investidura*

La pérdida de la investidura es una figura a partir de la cual se aparta del cargo a un servidor elegido popularmente cuando incardinan corporaciones públicas. Al efecto, el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019<sup>129</sup>, concibe la pérdida de investidura como un proceso de carácter sancionatorio en el que se realiza un juicio de responsabilidad subjetivo.

Las causales son (i) la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses; (ii) la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura; (iii) no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; (iv) indebida destinación de dineros públicos y; (v) el tráfico de influencias debidamente comprobados.

En cuanto a este medio de control, el Consejo de Estado conoció un proceso contra un congresista que había sido sorprendido por las autoridades de Policía disparando un arma de fuego en una vía pública de Arauca<sup>130</sup>.

En efecto, el congresista fue declarado responsable por el delito de porte ilegal de armas y condenado a un año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, frente a lo cual interpuso recurso de alzada ante su inmediato superior.

Luego de que el asunto se sometiera al escrutinio del Consejo de Estado, el Magistrado decretó las pruebas pertinentes y convocó a audiencia pública, accediendo a una solicitud de la Procuraduría a la que el Consejo de Estado referente a la necesidad de acopiar una documentación que estaba en la jurisdicción penal. Allegada aquella, no se observó ninguna actuación con respecto al recurso de apelación interpuesto, conociéndose como hecho notorio que dicha Corporación se había abstenido de pronunciarse acerca del mentado recurso.

<sup>129</sup> «ARTÍCULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política. PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.

En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».

<sup>130</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicación No. 11001-03.15.000.2014.00843-00(A). (18 de noviembre de 2015) M. P. William Hernández Gómez



Como el pronunciamiento no obraba dentro del plenario, el Consejo de Estado consideró como necesario decretar pruebas de oficio para esclarecer los puntos oscuros relacionados principalmente con la ejecutoria de la sentencia condenatoria para precisar si la misma se encontraba vigente o no y así tomar una decisión conforme a derecho.

En este sentido, le solicitó la Corte Suprema de Justicia remitir (i) certificación donde se indicara si en el proceso penal había sido decidido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia; (ii) decisión del recurso de apelación si se hubiese resuelto; (iii) copia auténtica e íntegra de la decisión en la que se abstuvo de emitir pronunciamiento frente al recurso de alzada; (iv) certificación donde se indicara si se interpuso recurso de casación o de revisión y; al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca informar si contra la sentencia de primera instancia se interpuso recurso de casación o revisión<sup>131</sup>.

### 3.7 EXENCIÓN PROBATORIA EN LOS JUICIOS CONTENCIOSOS

#### 3.7.1 Hechos notorios

Como bien se sabe, los hechos notorios son supuestos fácticos que no se prueban, pues se entiende que pueden ser conocidos por la generalidad de los ciudadanos de mediana cultura por la época y lugar que se manifiestan en un determinado proceso. Es una circunstancia que es relevante y generalmente se conoce a través de los medios de comunicación, como también de los indicadores económicos nacionales.

Los hechos notorios relevan a las partes de desplegar una actividad probatoria y de alegarlos al interior del juicio administrativo<sup>132</sup>.

#### 3.7.2 Reglas de alcance nacional

Como se explicó en líneas anteriores, las normas jurídicas de carácter nacional entendidas como la Constitución Políticas, las normas expedidas por el Congreso de la República, los decretos proferidos por el Gobierno Nacional y todas aquellas que tengan aplicación en todo el territorio nacional no requieren probarse, pues se presume su conocimiento por los habitantes de todo el país.

<sup>131</sup> *Ibídem*

<sup>132</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



Al respecto, el artículo 177 del Código General del Proceso consagra que solo se requerirá prueba de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, caso en el cual deberá aportarse copia al proceso. Supuesto contrario se presenta cuando se trata de resoluciones, circulares y conceptos de autoridades administrativas de carácter territorial que sí deben ser probadas en juicio, a menos que se encuentren publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

De modo similar, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en el canon 167 que las normas que no tengan alcance nacional, deberán acompañarse en copia del texto que las contenga al proceso<sup>133</sup>. Es decir, revisten a las partes de probar las normas que gozan de validez y eficacia en todo el territorio de la república. Es decir, este es un criterio, que se muestra simétrico y es un fiel trasunto de los cánones 9º del Código Civil que expresa: *"la ignorancia de las leyes no sirve de excusa"*, al igual que del 14 de la ley 4ª de 1913 según la cual *"no podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia..."*.

De todas maneras, a más del aspecto probatorio subyacente, la presunción se explica en la medida que los dictados de la ley, están en la conciencia popular, máxime cuando constituye una importante garantía para brindarle seguridad y certeza a las relaciones jurídicas.

Evento contrario ocurre cuando se trata de normas que no tienen alcance nacional, como las ordenanzas y los acuerdos, dado que ahí la parte que las invoca deberá acreditar su existencia y vigencia con la indicación del sitio web en el cual se encuentra publicada.

### ***3.7.3 Sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho público***

Anteriormente el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- consagraba la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho público como un hecho notorio, es decir que no era necesario acreditar ni su existencia ni su representación legal.

<sup>133</sup> **ARTÍCULO 167. Normas jurídicas de alcance no nacional.** *Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañarlas en copia del texto que las contenga. Con todo, no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.*



Sin embargo, con la más reciente modificación del CPACA contenida en el artículo 166<sup>134</sup>, hoy en día sí es necesario acreditar la existencia y representación legal de todas las personas jurídicas de derecho público, salvo cuando se trate de la Nación, los departamentos, los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

### 3.8 DE LA PRUEBA SOBREVINIENTE

La prueba sobreviniente es una excepción al principio de preclusión probatoria -antes visto- que establece que las partes deben incorporar y solicitar el decreto de las pruebas en los términos señalados en el Código, so pena, de que se rechace la incorporación y/o el decreto del medio de convicción, por haberse solicitado una vez precluida (finalizada) la oportunidad correspondiente.

Recuérdese que preclusión proviene del latín *occludere*, que significa cerrar, de allí que cuando se habla de oclusión (abrir y cerrar) se habla también de clausura<sup>135</sup>. Y es que, el principio comentado tiene por finalidad garantizar que el proceso judicial se de en forma célere, amparando el derecho-principio de contradicción y así evitar que una de las partes incorpore o solicite una prueba, ad-portas de la sentencia, sin que su contraparte cuente con la posibilidad de rebatirla.

Sobre este punto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"El decreto y/o la práctica de pruebas en la segunda instancia debe ceñirse estrictamente a las causales previstas en el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, en el entendido de que la segunda instancia no supone reabrir las etapas procesales ya agotadas y tampoco contempla la posibilidad de que alguna parte aporte alguna prueba que hubiere podido ser allegada en la oportunidad prevista para ello, de manera que si determinada solicitud no se ajusta a los presupuestos contenidos en dicha disposición normativa, no podrá decretarse. (...) "<sup>136</sup>.

134 ARTÍCULO 166. Anexos de la demanda. A la demanda deberá acompañarse:  
(...)

4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

135 NISSIMBLAT página 50.

136 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 25 de noviembre de 2019, CP: Ramiro Pazos Guerrero, Exp: 58004.



No obstante, puede presentarse el evento en que, una vez fenecida la oportunidad para incorporar o solicitar pruebas, sobrevenga un hecho que deba ser puesto en conocimiento del juez, como quiera que pueda llegar a incidir en el resultado del proceso. Precaviendo lo anterior, pues, el legislador consagró una excepción al principio de preclusión probatoria: las pruebas sobrevinientes.

Se ha expresado con acierto sobre el particular:

No obstante, debe advertirse que existen algunos eventos excepcionales en los que pueden generarse elementos probatorios luego de transcurrida la oportunidad para ser solicitadas en segunda instancia, evento en el cual la prueba es sobreviniente y le corresponde al juez determinar si cumple con los requisitos legales para ser decretada y practicada –conducencia, pertinencia y utilidad–, pues le era imposible a la parte aportarla con anterioridad<sup>137</sup>.

Estas [las pruebas sobrevinientes] han sido definidas por la jurisprudencia, con énfasis para el caso en asuntos penales como sigue:

El artículo 344 del Código de Procedimiento Penal del 2004 prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. Ello solo es posible en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o a la integridad del juicio.

La prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento probatorio ni remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo. Por tanto, este concepto no incluye los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por las partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone<sup>138</sup>.

Ahora, ante la solicitud de decreto o incorporación de una prueba sobreviniente el juez contencioso administrativo cuenta con una de dos opciones, o bien la dispone o no la decreta, es decir, o bien se permite su incorporación al expediente, o no, lo cual dependerá de si se encuentran satisfechos los requisitos contenidos en el artículo 212 de CPACA.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Corte Suprema de Justicia, auto interlocutorio del 29 de junio de 2016, Expediente 47401. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.



En cuanto a la valoración de la prueba sobreviniente, no se avizora norma alguna en el ordenamiento que prescriba que esta debe ser estimada de forma diferencial a las demás; de hecho, la única distinción entre la referida tipología de elementos persuasivos y los demás, tiene que ver con el momento en el cual se incorporaron o practicaron en el marco del proceso.

Al efecto, mientras las primeras [las sobrevinientes] son practicadas o incorporadas una vez precluida la oportunidad para hacerlo, las segundas, lo son atendiendo a los términos consagrados en la norma.

Por último, para mayor ilustración nos permitimos trasuntar *in extenso* el contenido del artículo 212 del CPACA antes mencionado, que versa sobre las oportunidades probatorias.

"ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.





3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.”

### 3.9 ANÁLISIS DE CASOS

En este acápite se presentarán algunos ejercicios casuísticos con la finalidad de que los discentes apliquen su ya vasta ilustración sobre la materia, junto a varios de los contenidos teóricos sobre los que viene de discurrirse a partir del universo normativo, convencional, superior, legal y reglamentario, además de la doctrina y jurisprudencia traída a cuento en el desarrollo del curso.

#### *Caso 1*

Pedro Pérez presenta demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la Dirección Administrativa de la Rama Judicial por los perjuicios del orden patrimonial y extra-patrimonial derivados del tiempo que estuvo injustamente privado de su libertad, luego de que un juez penal de conocimiento resolviese declarar que no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia en el marco del proceso penal en el que se le investigaba por el delito de homicidio culposo. En su escrito de demanda manifiesta que durante 10 meses -contados desde el momento en que fue legalizada su captura y decretada la medida privativa de la libertad en su contra y hasta cuando fue absuelto en virtud del in dubio pro reo- estuvo privado de su libertad en un centro penitenciario, lo cual le irrogó importantes perjuicios, pues, por un lado, se vio sustraído del amor y el acompañamiento de su familia, situación que, alega, le generó perjuicios morales, y por otro lado, fue despedido de la empresa en la cual laboraba,



**MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

con lo cual se le impidió percibir su salario y prestaciones sociales por todo el tiempo que estuvo privado de su libertad. El demandante concluye diciendo que debe aplicarse el régimen objetivo de la responsabilidad.

Proceso: La demanda fue admitida y notificada a la Dirección Administrativa de la Rama Judicial (DARM), la cual -en el término correspondiente- presentó la contestación respectiva alegando como excepción "ausencia de falla en la prestación del servicio". La DARM puntualizó que, con base en la más reciente jurisprudencia constitucional, cuando el investigado sea absuelto en virtud del in dubio pro reo, debe aplicarse el régimen subjetivo de la responsabilidad en los casos de reparación directa por privación injusta de la libertad, correspondiéndole al demandante acreditar la falla en el servicio, carga con la cual no cumplió el actor. En la audiencia de práctica de pruebas se ordenó tener como tales -entre otras- las siguientes: i) registro civil del demandante, ii) auto mediante el cual se dictó medida privativa de la libertad, iii) sentencia del juez penal de conocimiento que absolvió en virtud del in dubio pro reo, iv) certificado expedido por el Inpec del tiempo que estuvo el señor Pedro Pérez privado de su libertad, v) certificado laboral de la empresa en la cual laboraba el señor Pedro Pérez en la cual consta el tiempo laborado y su último salario al interior de la empresa.

¿La parte demandante tiene realmente la carga de la prueba? ¿Debe el accionante acreditar que existió una falla en la prestación del servicio de administración de justicia para obtener una sentencia favorable por parte de la autoridad judicial?

¿Debe declararse la responsabilidad administrativa de la DARM en relación con la privación de la libertad del señor Pedro Pérez por el lapso de 10 meses, como consecuencia del decreto de medida de detención preventiva dictada por el juez penal de control de garantías?

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, ¿debe condenarse a la DARM al pago de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por el actor en su escrito de demanda?

La jurisprudencia nacional no ha sido pacífica a propósito de la situación en comento, y a lo largo de los últimos lustros el Consejo de Estado ha mutado su postura en lo relacionado con el régimen de responsabilidad a ser aplicado en este tipo de procesos, pues, inicialmente, consideró que el aplicable era el subjetivo, posteriormente, concluyó que debía ser el objetivo, y hoy, la postura predominante apunta a que el juez atendiendo a las particularidades de cada caso deberá escoger la disciplina que mejor se adecúe al caso concreto, en virtud del principio iura novit curia.



## Caso 2

Juana Castillo es propietaria de un predio rural en el municipio de Fundación, Magdalena. En el año 2021 instauró demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra del municipio señalado y la sociedad Construcciones S.A.S argumentando que el ente territorial había suscrito contrato de obra con la Sociedad Construcciones S.A.S para la canalización del arroyo “el Cacique”, el cual atraviesa el predio de la actor; y no la contactó para que autorizara el ingreso de la maquinaria a la heredad para iniciar las obras, pues, tuvo conocimiento de ello el día en que, al amanecer, fue despertada por el sonido de las máquinas y los obreros que llegaron al lugar.

Sostiene la demandante que a lo largo de varios meses solicitó repetitivamente al alcalde y al personero -en su calidad de ministerio público- que se dirigiesen al predio para conocer de primera mano los perjuicios que le estaban siendo generados a raíz de la obra, pues, informó que, la sociedad contratista destruyó el cercado de la finca y ocasionó el agrietamiento del suelo dejándolo infértil. Para finalizar, adujo la convocante que al tratarse de un típico caso de “ocupación temporal” debe aplicarse el régimen objetivo de la responsabilidad.

Proceso: Admitida y notificada la demanda a los convocados, estos, al momento de contestarla, respondieron al unísono que no puede predicarse responsabilidad por parte del Contratista ni del Ente Territorial, teniendo en cuenta que la obra fue realizada en beneficio de la comunidad y en especial de la actora, la cual, hoy se beneficia no solo de la valorización de su inmueble sino que, en tiempos de lluvia sus terrenos ya no se inundan por cuenta -precisamente- de la obra. Por su parte, destacan los demandados que, los perjuicios no se encuentran probados habida cuenta que no existen elementos de convicción que permitan colegir su existencia.

Como medios de prueba reposaron los siguientes: i) contrato de obra No. 01 suscrito entre el Municipio de Fundación y el Contratista Construcciones S.A.S para la construcción de un canal con el fin de canalizar el arroyo “el Cacique”; ii) fotos de la finca tomadas en el año 2021; iii) copia de las peticiones a la Personería y al Municipio suscritas por la señora Juana Castillo; iv) inspección judicial en la cual se deja sentado en el acta que la finca en algunos puntos no cuenta con pasto. En el acta se deja sentado que la obra fue terminada y se encuentra en funcionamiento y que en el predio no se observan siembras y solo se encuentran 3 reses malnutridas;



v) Testimonio de Carlos Sánchez capataz de la finca que manifiesta que, con anterioridad a la realización de la obra, en la finca habían más de 100 reses y que luego de la obra, debido a la infertilidad del suelo, fue necesario vender todo el ganado porque no había pasto para que se alimentaran.

El problema jurídico se contrae en determinar si ¿debe declararse la responsabilidad del Municipio de Fundación y del Contratista Construcciones S.A.S como consecuencia de la ocupación temporal de su inmueble durante la ejecución de la labor de construcción de un canal en su predio sin que se haya solicitado su autorización?

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante ¿debe condenarse a los demandados al pago de los perjuicios solicitados por la actora?

Sobre este punto la postura del Consejo de Estado poco o nada ha variado a lo largo de los años, pues, el máximo Tribunal en pacífica jurisprudencia ha decantado que cuando quiera que el daño antijurídico provenga de la ocupación temporal de un inmueble, por regla general, el régimen de responsabilidad aplicable es de linaje objetivo, bastándole al actor acreditar que una parte o la totalidad de un bien inmueble de propiedad del demandante, fue ocupado permanentemente por la administración o por particulares que actúan autorizados por ella<sup>139</sup>.

En materia probatoria se pregunta ¿Es válido el testimonio de Carlos Sánchez, capataz de la finca para indicar que antes de la ejecución de la obra había más de 100 reses? ¿Se debería cotejar esa información con otros medios de convicción? ¿Con los medios probatorios aportados al proceso la autoridad judicial puede saber realmente si el predio se encontraba en condiciones óptimas antes de que se llevara a cabo la obra?

### **Caso 3**

Lucia Pérez (hija del señor Pedro Pérez) en ejercicio del medio de control de reparación directa demandó a la ESE Alejandro Prospero Reverend (APR) solicitando le sean resarcidos los perjuicios padecidos como consecuencia de la falla del servicio que dio lugar a que su padre perdiera la vida. Alega la actora que su padre, Q.E.P.D el día 14 de noviembre de 2021 siendo las 3:45 pm se encontraba a bordo de su motocicleta placas XQ234 transitando por la avenida Santa Rita en el Municipio de Zipaquirá (Cundinamarca) a la altura de la Cra 19, cuando de repente perdió el control de su vehículo

<sup>139</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 04 de junio de 2021, CP: Maria Adriana Marín, Exp 2005-05401-01



y se estrelló con un poste de alumbrado público. Pocos minutos después del impacto fue trasladado hasta la ESE APR. A su llegada los médicos intentaron estabilizar sus signos y solicitaron la realización de varios estudios, no obstante, no fue posible realizarle un TAC para conocer su estado neurológico debido a que la ESE no contaba con este equipo, encontrándose el más cercano en el vecino municipio de Fusagasugá (Cundinamarca) a dos horas del lugar.

La ESE tampoco contaba con especialista en neurología ni en medicina interna. Una vez estabilizado el paciente, el médico tratante manifestó que debía trasladarse el paciente a la ESE del municipio de Fundación para que pudieran realizársele los exámenes que requería y a su vez para que sea valorado por médicos especialistas. La solicitud de traslado fue elevada transcurridos 45 minutos desde la llegada del señor Pérez al centro asistencial, empero, la ambulancia de la ESE se encontraba fuera de servicio desde hacía 2 meses, no pudiéndose efectuar el traslado. La ESE a las 3 horas de la solicitud de traslado elevada por el galeno solicitó a la ESE San Sebastián de Fusagasugá (Cundinamarca) el envío de una ambulancia para recoger al paciente y así poder trasladarlo. La ambulancia recogió al paciente y procedió a trasladarlo hasta Fusagasugá, sin embargo, encontrándose a 30 minutos de distancia de la ESE San Sebastián falleció debido a la gravedad de las heridas craneoencefálicas.

La actora manifestó que en el subjuicio debe aplicarse el régimen subjetivo de responsabilidad y que la falla en el servicio se encuentra acreditada, como quiera que, con base en las probanzas arrojadas se observa que entre la llegada del paciente y la solicitud elevada por la ESE APR a la ESE San Sebastián transcurrieron más de 3 horas, siendo que se trataba de un paciente en estado crítico. De igual forma, indicó que, se encuentra acreditado que la ESE APR no disponía de Ambulancia, como tampoco disponía de un galeno especialista en neurología ni en medicina interna. Proceso: Admitida y notificada la demanda, la ESE APR dio respuesta haciendo énfasis en que en el centro asistencial se le brindaron todos los cuidados requeridos por el paciente, tanto así que fue posible estabilizar sus signos. Subraya que el motivo del fallecimiento del señor Pedro Pérez fue la gravedad de las lesiones, y no, una indebida prestación del servicio. Por último, expuso que, aún si el señor hubiera sido trasladado a la ESE San Sebastián no hay garantías de que el paciente se habría salvado.

Como medios de prueba aparecen en el expediente -entre otros- los siguientes: i) epicrisis del señor Pedro Pérez del 14 de noviembre de 2021 en la ESE APR, en esta se consigna que el paciente llegó a las 3:55 pm



en delicado estado de salud con posible traumatismo craneoencefálico producto de un accidente en motocicleta. De igual forma aparece en el documento que siendo las 4:50 pm el médico tratante solicita que se traslade al paciente a un centro de mayor nivel debido a la ausencia de especialistas en el centro y a la falta de equipo para realizarle un TAC; ii) correo enviado a las 8:00 pm por el coordinador de urgencias de la ESE APR a la ESE San Sebastián solicitando se sirvan enviar su ambulancia a recoger a un paciente, debido a que el vehículo de la ESE APR se encontraba averiado; iii) correo de la ESE San Sebastián de las 8:05 pm informando el envío de la ambulancia; iv) certificado de defunción del señor Pedro Pérez en el que se consigna como murió, día y hora de fallecimiento que es el 14 de noviembre de 2021 a las 11:30 pm.

El problema jurídico se contrae en determinar si ¿teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso judicial, debe declararse la responsabilidad administrativa de la ESE Alejandro Prospero Reverend como consecuencia de falla en la prestación del servicio que derivó en la muerte del señor Pedro Pérez?

En los casos de falla en la prestación del servicio de salud, el régimen de responsabilidad, por regla general, es el régimen subjetivo de falla del servicio, ergo, se debe acreditar la totalidad de los elementos enlistados en líneas precedentes, a fin de que salgan adelante las pretensiones.

#### **Caso 4**

La Procuraduría General de la Nación en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, demandó el acto de nombramiento del Personero Distrital de Santiago de Cali (Valle del Cauca), para lo cual presentó los siguientes cargos: i) inviabilidad del convenio suscrito por el Concejo Distrital y la Corporación Universitaria Del Oriente (CUO) para el acompañamiento en la realización del concurso; y ii) vulneración de la cadena de custodia de las preguntas de la prueba. En síntesis, la PGN manifestó que el convenio suscrito entre El Concejo Distrital y la CUO se realizó en flagrante contravención de lo normado en el Decreto 092 de 2017, como quiera que no se realizó proceso competitivo para seleccionar a la Entidad Sin Ánimo de Lucro (ESAL) encargada de apoyar la elaboración del concurso de méritos para proveer el cargo. En relación con el segundo aspecto imputado, señaló que en la propuesta técnica presentada por la Corporación y en la Resolución que reglamentó el concurso —acto administrativo proferido por el Concejo Distrital— solo se dijo que la Corporación debía garantizar la reserva de las preguntas, no obstante, no se fijó un protocolo de cadena de custodia. El personero electo





y el Concejo Distrital contestaron oportunamente la demanda en la cual -al unísono- señalaron que el Convenio suscrito entre el Concejo Municipal y la CUO atiende a lo normado en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, el Decreto 092 de 2017 y el artículo 355 de la Constitución.

En ese sentido, manifestaron que no era necesario que se realizase un proceso competitivo, pues, la entidad podía contratar de forma directa con la CUO, como en efecto lo hizo.

Cuanto hace a lo segundo, los demandados expusieron que no existe prueba en el expediente que acredite que la CUO no cumplió con el deber de garantizar la reserva de las preguntas. A su vez, hicieron énfasis en que corresponde al actor probar la vulneración de la cadena de custodia de aquellas. Por último, recordó que en aplicación de lo reglado en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, corresponde al convocante demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Además, sostienen que aún si se encontraran probados los cargos antes enunciados estos no tienen la incidencia suficiente para que deba declararse la nulidad del acto de nombramiento.

Reposan como pruebas en el expediente -entre otras- las siguientes:

i) Convenio de Asociación No. 1 entre el Distrito de Santiago de Cali y la Corporación Universitaria de Oriente; ii) Resolución No. 02 que regula la convocatoria para el concurso de méritos para proveer el cargo de personero distrital en el Distrito de Santiago de Cali, iii) propuesta de servicios presentada por la CUO, en el parágrafo primero del artículo 10 dice que se comprometen a garantizar la reserva de las preguntas y de los exámenes; iv) Resolución No. 03 que contiene la lista de elegibles al cargo de personero; v) Resolución No. 04 que designa al primero de la lista como personero del Distrito de Santiago de Cali; vi) Resolución No. 01 por medio de la cual el Concejo Municipal escoge a la CUO para que sirva de operador logístico en el concurso de méritos para proveer el cargo de personero en el Distrito.

El problema jurídico se contrae en determinar si ¿debe declararse la nulidad del acto de nombramiento del personero de Santiago de Cali, en razón a que en la escogencia del operador logístico del concurso no se realizó un proceso competitivo y por la presunta vulneración de la cadena de custodia de las preguntas?





En los últimos dos años, a lo largo y ancho del país los procuradores judiciales para asuntos administrativos han presentado un importante número de demandas en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra de los actos de nombramiento de los personeros municipales y distritales, en virtud de la agencia especial que para esos casos dispuso el Despacho del Procurador General de la Nación.

### **Caso 5**

En diciembre del año 2017 la PGN aperturó investigación disciplinaria en contra del alcalde del Municipio de Villavicencio (señor Carlos Villa) por presuntas irregularidades en la contratación del PAE. Surtida la primera y la segunda instancia al interior del proceso, la PGN lo declaró disciplinariamente responsable, luego de haber sido elegido alcalde municipal para el periodo 2016-2019, y encontrar acreditado que para la contratación del PAE no se dio cumplimiento a lo ordenado en la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y reglas concordantes, como quiera que, este fue contratado a través de la modalidad de contratación directa, que no, por la modalidad de licitación pública.

El fallo de segunda instancia quedó ejecutoriado el 15 de mayo de 2020, en el cual la PGN sancionó con pena de destitución e inhabilidad en el ejercicio de cargos públicos al mencionado funcionario. En agosto de 2020, el afectado, por intermedio de abogado presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la PGN, en la cual solicitó la declaratoria de nulidad de los fallos de primera y segunda instancia en el proceso disciplinario adelantado por la entidad demandada, mientras que a título de restablecimiento del derecho solicitó el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde que la medida de destitución se hizo efectiva. En sustento de su demanda, alegó que el Ministerio Público carecía de competencia para destituirlo como alcalde, como quiera que, la Procuraduría no es juez penal, luego, en aplicación de lo reglado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe declararse la nulidad del proceso e indemnizársele por lo dejado de percibir por el tiempo que estuvo destituido.

Proceso: admitida y notificada la demanda, la PGN contestó el libelo genitor, en la cual arguyó que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, las facultades del órgano rector del Ministerio Público se mantienen incólumes, hasta tanto estas no sean modificadas por el Congreso de la República.



De igual forma, resalta que, los hechos por los cuales fue investigado el disciplinado, son constitutivos de actos de corrupción (indebida celebración de contratos).

Como medio de prueba reposa: i) constancia de ejecutoria del 15 de marzo de 2018 expedido por la PGN; ii) copia del fallo de primera instancia; iii) copia del fallo de segunda instancia y; iv) certificado laboral expedido por la alcaldía de Villavicencio.

El problema jurídico se contrae en determinar si ¿debe declararse la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia dictados por la Procuraduría General de la Nación en los cuales resolvió declarar disciplinariamente responsable al señor Carlos Villa y condenarlo con pena de destitución e inhabilidad, por carecer de competencia la PGN para condenar con pena de destitución e inhabilidad a un funcionario de elección popular?

A raíz del fallo proferido por el Consejo de Estado en el conocido "Caso Petro" las facultades sancionatorias de la PGN en contra de los funcionarios de elección popular, fueron puestas en entredicho. No obstante, la jurisprudencia contencioso-administrativa, antes y después de proferido el fallo del Caso Petro han sido contestes en afirmar que las facultades sancionatorias de la PGN se mantienen incólumes y que los efectos del citado fallo son interpartes.



## TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL

La metodología del módulo *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* se basa en el Modelo Pedagógico 2020, por ello la participación de los jueces y magistrados se torna necesaria y absolutamente indispensable para adquirir las competencias a través de ejercicios prácticos como estudios de casos de la vida real, análisis jurisprudenciales, talleres y ensayos que le permitan a los docentes construir un pensamiento crítico y reflexivo que sea útil al momento de resolver qué pruebas decreta, su práctica y cómo las interpreta al amparo de un Estado Constitucional.

Los docentes deberán coadyuvar el proceso formativo aplicando su conocimiento y experiencias diarias en el decurso del presente módulo, desarrollando capacidades de análisis, argumentación y decisión en temas específicos como la constitucionalización del derecho probatorio, la permeabilización de la jurisprudencia y doctrina extranjera y, la concreción práctica del análisis y manejo de la prueba a partir de las particularidades emanadas de los contextos sociales en que se deben tomar las decisiones judiciales.

Particularmente, en esta unidad se propone el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado en los juicios de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales, acción de repetición y pérdida de la investidura.

De igual forma, también se plantea la posibilidad de que los discentes estudien y analicen una serie de casos.



## TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta los lineamientos para la evaluación del aprendizaje desarrollados en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se buscará identificar que se hayan desarrollado las competencias específicas a fortalecer, propuestas para cada unidad en el módulo, a partir de las tres dimensiones Ser, Saber y Hacer, donde los jueces y magistrados podrán reconocer su propio avance en el proceso de aprendizaje (autoevaluación), y en el de los demás (coevaluación).

De igual manera, el formador examinará el progreso en el desarrollo de competencias genéricas y específicas en los discentes, a través del estudio de casos prácticos que incluya la simulación de roles, la lectura de sentencias, y la realización de talleres, en los que se denote un nivel adecuado en la apropiación de los conocimientos para valorar de mejor manera las pruebas en los procesos judiciales, y de esta forma dispensar la mejor justicia posible.

La evaluación de esta unidad se realizará a través del análisis de los casos propuestos.



## RECURSOS DIDÁCTICOS

El Módulo Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un horizonte teleológico de contenido dinámico, que ofrece un importante componente teórico, pero que también posee un importante mecanismo práctico, en el que se cimentan las respuestas a los posibles retos y vicisitudes que el juez debe asumir a la hora de resolver un conflicto. Por lo anterior, se hará uso de los siguientes recursos académicos:

- Módulo de Aprendizaje Autodirigido dividido secuencialmente en unidades articuladas por ejes temáticos que explique de manera detallada el contenido a abordar
- Podcast que brinden información concreta sobre los temas a desarrollar
- Ejercicios casuísticos
- Lectura de un eje temático sobre el contenido del módulo
- Video cápsulas
- Diapositivas

Los recursos didácticos de esta unidad corresponden a la lectura del eje temático y de la casuística reseñada que tiene por objeto involucrar a los discentes en un escenario práctico.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A (2021). La Casación Civil: Teoría general, fundamentos y aspectos prácticos de la actuación y de su técnica. Editorial Ibáñez, Bogotá, pag 33 y ss.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. Consultado el 10-11-2021. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- COLOMBIA. Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564/12: por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. consultado el 2-11-2021. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR)
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2080 de 2021 (25 de enero de 2021). Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción. Consultado el 25-01-2022. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=156590>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-442 de 1994 (11 de octubre de 1994). M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/96 (5 de febrero de 1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-535/98 (30 de septiembre de 1998). M. P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/02. (8 de octubre de 2002). M. P. Jaime Araújo Rentería.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-879/03 (30 de septiembre de 2003). M. P. Jaime Córdoba Triviño.



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-131/07 (22 de febrero de 2007). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-118A/13 (12 de marzo de 2013). M. P. Mauricio González Cuervo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-429/13 (10 de julio de 2013). M. P. María Victoria Calle Correa.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-768/14 (16 de octubre de 2014). M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086/16 (24 de febrero de 2016). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-393/17 (21 de junio de 2017) M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-113/19 (14 de marzo de 2019) M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 4 de mayo de 1994. Gaceta Judicial n.º 2469, página 629.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 11 de mayo de 2004. Rad 7661. M. P. Manuel Isidro Ardila.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 19 de marzo de 2014. Radicación N° 38793. M. P. Eugenio Fernández Carlier.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto interlocutorio del 29 de junio de 2016, Expediente 47401. M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Expediente No. 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530). (26 de marzo de 2008). M. P. Mauricio Fajardo Gómez.





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION A. Expediente No. 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067). (24 de marzo de 2011). M. P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Expediente No. 19001-23-31-000-2002-01479-01(1197-10). (26 de mayo de 2011) M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicación No. 11001-03-15.000.2014.00843-00(A). (18 de noviembre de 2015) M. P. William Hernández Gómez.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Expediente No. 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12). (21 de septiembre de 2017). M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Expediente No. 11001-03-28-000-2018-00001-00. (23 de abril de 2018). M. P. Carlos Enrique Moreno Rubio
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación No. 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821). (25 de octubre de 2019). María Adriana Marín.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Auto del 25 de noviembre de 2019, Exp: 58004. M. P. Ramiro Pazos Guerrero.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente No. 25000-23-36-000-2015-02687-01 (60779) (8 de septiembre de 2021) M. P. Alberto Montaña Plata.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Radicación No. 11001-03-24-000-2009-00292-00 (11 de noviembre de 2021). M. P. Nubia Margoth Peña Garzón.



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

- DE LA PLAZA, Manuel. La Casación Civil, Madrid, Editorial Derecho Privado. 1944 Pag 345.
- MORALES MOLINA, HERNANDO. Curso de derecho procesal civil. Parte general, 9na edición. Bogotá: Editorial ABC, 1985.
- NISIMBLAT, NATTAN (2018). Derecho probatorio: técnicas de juicio oral. Actualizado con el Código General del Proceso. Cuarta edición. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Editorial: Ediciones Librería del Profesional, 1992, pag 15.
- PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón (2016). La Prueba Ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember (2021). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Ediciones Jurídicas Sánchez. Bogotá, 2021
- Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparada de los Principios de la Prueba Civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, Tomo V, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Reus, 1983, página 110.

RESPUESTAS

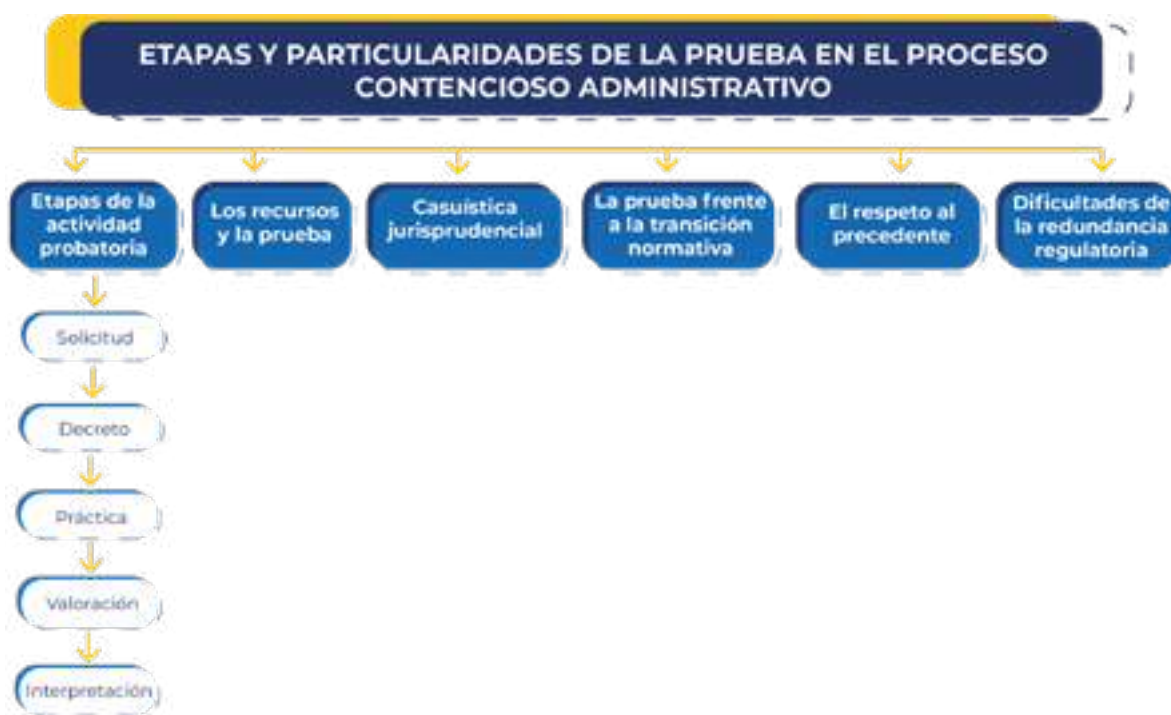
En esta unidad no existe un acápite de respuestas por cuanto la evaluación consiste en realizar un análisis y reflexión de los casos planteados, cuyas soluciones se encuentran en la misma redacción del texto.



<b>UNIDAD 4</b>	<b><i>Etapas y particularidades de la prueba en el proceso contencioso administrativo</i></b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	Ahondar la manera en que se valoran e interpretan los diversos medios de convicción al interior de las etapas del proceso contencioso administrativo
<b>COMPETENCIA ESPECÍFICA</b>	Desarrollar capacidades idóneas para adoptar decisiones judiciales en derecho que sean producto de la interpretación y el análisis probatorio.



## MAPA CONCEPTUAL





## **Unidad 4. Etapas y particularidades de la prueba en el proceso contencioso administrativo**

### **4.1. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

La actividad probatoria desplegada por el juez supone diversas fases: (i) la solicitud de la prueba; (ii) el acto de decreto; (iii) su práctica o materialización; (iv) la valoración y; (v) la interpretación de aquella.

#### **a. Solicitud de la prueba**

Es la primera etapa de la actividad probatoria y consiste en la posibilidad que tienen las partes de solicitar las pruebas que pretenden incorporar al proceso para hacer valer sus pretensiones o excepciones de mérito, siempre que las mismas cumplan con los requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia.

En materia contencioso-administrativa, esta fase se realiza dentro de las oportunidades contempladas por el legislador en el artículo 212 del CPACA, dependiendo si se está en el curso de un proceso de primera o segunda instancia. Así las cosas, en el primer grado se podrán aportar o solicitar pruebas con la (i) demanda, (ii) contestación; (iii) reforma de la demanda; (iv) contestación de la reforma de la demanda; (v) demanda de reconvención; (vi) contestación de la demanda de reconvención; (vii) escrito de excepciones; (viii) escrito de oposición a las excepciones; (ix) incidentes y; (x) respuesta al escrito de incidente.

La misma norma señala que en segundo grado, cuando se trate de apelación de sentencia, durante el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente cuando (i) se pidan de común acuerdo; (ii) cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; (iii) cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedirlos en el primer nivel, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos; (iv) cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y; (v) cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.



## b. Decreto de la prueba

El decreto de la prueba es el análisis que hace el juez para determinar si aquella, luego de su pedimento, se debe practicar dentro del proceso. Para esto, examina la pertinencia, conducencia y utilidad, sumado a que se aporte de forma regular y/o se solicite dentro de las oportunidades probatorias existentes para el efecto.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo que se trasunta a continuación:

*"(...) La **conducencia** consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La **pertinencia**, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La **utilidad**, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio. Finalmente, las pruebas, además de tener estas características, deben estar permitidas por la ley"<sup>140</sup>.*

El artículo 180 del CPACA señala que "solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el Juez o Magistrado Ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad". Además, establece que antes de finalizar la audiencia inicial, el juez fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas, la cual se llevará a cabo dentro de los 40 días siguientes.

## c. Práctica de la prueba

Durante la práctica de los elementos persuasivos el principio de inmediación, es una necesidad, no es cuestión menor al interior del juicio, pues la regla general, como bien se sabe, es que el juez directamente y sin intermediación de nadie disponga su práctica, salvo cuando se trate de las pruebas extraproceso y pruebas anticipadas, por ejemplo.

La práctica de aquellas, pues, dependerá del medio probatorio. Por ejemplo, si solicitamos una declaración de un tercero o testimonio y el juez lo decreta, la práctica se realizará en la audiencia contemplada en el

<sup>140</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto del 19 de octubre de 2020 (radicación 11001-03-28-000-2020-00049-00). Rocío Araújo Oñate.





artículo 181 del CPACA, donde en primer lugar se identificará al testigo; luego se le tomará juramento; posteriormente, se realizará el interrogatorio de las partes y; se culminará con la firma de un acta.

En este orden de ideas, el testigo deberá indicar su nombre completo, su número de identificación, el domicilio y el lugar de residencia. Verificada su individualización, el juez procederá a tomarle juramento y luego lo ilustrará acerca del objeto de su comparecencia a la diligencia, es decir, le indicará brevemente la naturaleza del proceso, las partes, y la finalidad de que se practique la prueba testifical en relación con los hechos invocados por el sujeto procesal que la solicitó<sup>141</sup>.

Una vez concluido lo anterior, se realizará el interrogatorio de las partes, iniciando por el extremo que solicitó la prueba. El juez como director del proceso podrá interrogar al testigo nuevamente y, las partes una vez finalizado el interrogatorio, podrán realizar preguntas nuevamente con fines de aclaración y/o refutación.

De lo todo lo acontecido en la diligencia, se dejará constancia en un acta que debe cumplir los requisitos señalados en el artículo 187 del CAPACA y el numeral 6 del artículo 107 del Código General del Proceso.

En este punto puede hacerse referencia a la práctica de la declaración de parte, dado que es muy parecida a la práctica de la prueba testimonial, pues también se realiza un cuestionario donde el primero que realiza las preguntas es el juez o magistrado, seguido de la parte que solicitó la prueba.

El número máximo de preguntas que podrá realizar la parte que solicitó la diligencia, como se indicó en acápites anteriores será de 20, existiendo la posibilidad de que le pueda solicitar al juez que adicione otras preguntas si el interrogatorio supera las 20, pues si se realizan más preguntas y el funcionario no las aprobó, no podrán ser valoradas para tomar la decisión de fondo.

Si las preguntas efectuadas no son claras o precisas o son impertinentes, inconducentes, superfluas y reiterativas, la autoridad judicial las excluirá o rechazará de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 202 del Código General del Proceso. Cuando la pregunta verse sobre varios hechos el juez deberá dividirlas; además, cuando se trate de preguntas que implique algún tipo de responsabilidad penal, el único autorizado para realizarlas será el juez.

<sup>141</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Esta diligencia también será refrendada bajo un acta que deberá cumplir los requisitos contemplados en el artículo 183 del CPACA.

En el caso del dictamen pericial, es necesario recordar que deberá ser aportado dentro de las oportunidades procesales señaladas por el legislador. Sin embargo, el numeral 5 del artículo 175 ibidem, señala que, si el demandado no puede aportar la prueba pericial en la contestación de la demanda, deberá comunicarle dicha situación al juez dentro del término inicial de traslado, para que la autoridad judicial amplíe el término hasta por 30 días más.

Aportado el dictamen, se correrá traslado para que las partes puedan conocerlo y ejercer su derecho de contradicción. El artículo 55 de la Ley 2080 establece que la contradicción del dictamen deberá surtirse en audiencia con la asistencia obligatoria del perito y, que en lo no regulado se remitirán a las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso.

En el caso de la inspección judicial, la práctica de la prueba inicia en la fecha, hora y lugar que estableció para su realización. El juez podrá observar por medio de sus sentidos los hechos que se pretenden demostrar con la práctica de la experticia, además podrá escuchar los testigos que se encuentren presentes y recibir documentos, siempre que los mismos tengan conexidad con los hechos objeto de la prueba pericial. De la inspección judicial deberá dejarse registro en medios audiovisuales o, en su defecto, en acta.

#### d. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba conlleva a que el juez realice una operación mental para analizar los elementos de convicción que las partes aportaron y se practicaron.

Por sabido se tiene, que anteriormente existía la tarifa legal, modalidad que en palabras de la Corte Constitucional consistía en que *"la misma ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él"*<sup>142</sup>.

Sin entrar en los caminos que históricamente han existido de cara a esa labor de ponderación, por sabido se tiene, actualmente el sistema imperante es el de la libre apreciación con arreglo a los dictados de la sana crítica, pues era necesario

<sup>142</sup> Corte Constitucional (8 de marzo de 2005). Sentencia C-202/05 (M. P. Jaime Araujo Rentería)



*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

dotar al juez de un poder real y evitar que se mecanizara o automatizara su función con la simple aplicación de un mandato legal a pesar de que el mismo no se ajustara a la verdad material.

La tarifa legal en palabras de Davis Echandía producía entonces un divorcio entre la justicia y la sentencia, donde el proceso judicial se convertía en una justicia aleatoria que sacrificaba los fines naturales de la institución por el respeto a fórmulas abstractas y se olvidada de garantizar la tutela judicial efectiva, para lo cual era indispensable estudiar y analizar cada caso concreto atendiendo a las circunstancias propias y a la realidad

Por esta razón, en este nuevo sistema de valoración el juez realiza un razonamiento teniendo en cuenta todos los medios probatorios allegados al proceso. Es decir, que se garantiza la justicia en la decisión, pues el fallo se fundamenta en una apreciación racional y no matemática ni fría de las probanzas; otorgándole un margen más amplio al Juez con miras a investigar el conocimiento de la verdad judicial y la libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas<sup>143</sup>.

En esa misma senda, decisiones más recientes de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han refrendado esa postura. Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional ha sostenido que:

"(...) En la doctrina, se denomina sana crítica al conjunto de reglas que el juez observa para determinar el valor probatorio de la prueba. Estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la misma. Es racional, por cuanto se ajusta a la razón o el discernimiento humano. Es lógico, por enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento. Dicho análisis se efectúa por regla general mediante un silogismo, cuya premisa mayor la constituyen las normas de la experiencia y la menor, la situación en particular, para así obtener una conclusión.

En esa medida, el sistema de la libre apreciación o de sana crítica, faculta al juez para valorar de una manera libre y razonada el acervo probatorio, en donde el juez llega a la conclusión de una manera personal sin que deba sujetarse a reglas abstractas preestablecidas. La expresión sana crítica, conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, con la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda"<sup>144</sup>.

143  
144

Corte Constitucional (3 de noviembre de 1994). Auto No. 024/94 (M. P. Alejandro Martínez Caballero)  
Corte Constitucional (16 de febrero de 2018). Sentencia T-041/18 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado)



Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de junio de 2016 señaló que:

"La prueba judicial es, por esencia, un medio procesal, cuya función principal es ofrecer al juzgador información fiable acerca de la verdad de los hechos en litigio. Es decir, la prueba le permite al juez adoptar una decisión fundada en la realidad fáctica del proceso. Una vez conformado el conjunto de elementos de juicio que se aportaron al proceso para demostrar los hechos en que se fundan la demanda y la contestación, el juzgador tiene el deber de establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio, esto es, al juez le corresponde darles el valor que en derecho corresponda. Empero, el razonamiento o valoración que hace el juez sobre los medios de prueba no están atados a reglas abstractas o de tarifa legal, pues el sistema procesal colombiano prevé el principio de la libre valoración de la prueba, salvo las solemnidades que se requieran para demostrar ciertos hechos. Lo anterior quiere decir que es el juez, mediante una valoración libre, discrecional y bajo las reglas de la sana crítica, es el encargado de determinar el valor de cada medio de prueba"<sup>145</sup>.

Con similar línea discursiva, el artículo 176 del Código General del Proceso señala que *"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"*.

Otras normas del Estatuto que viene de citarse, que hacen referencia al sistema de la libre apreciación o de la sana crítica, son el canon 210 ibidem, según el cual el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica debe determinar qué personas son inhábiles para rendir un testimonio en un momento determinado.

A su turno, el precepto 232 indica que el dictamen pericial se deberá valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, *"teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso"* y, el artículo 252 que señala que *"Los documentos rotos, raspados o parcialmente destruidos, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica"*, entre otros.

<sup>145</sup> Consejo de Estado (28 de junio de 2016). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Radicación número: T1001-03-15-000-2015-03406-00(AC). M. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.



Son actuales referencias normativas, que refrendan el momento actual a propósito de la ponderación probatoria y que, vinieron a validar lo que ya por ruta jurisprudencial, pacíficamente, hace varias décadas se tiene por dogma al interior de la praxis judicial, por supuesto con las excepciones de ley.

e. Interpretación de la prueba

La mayoría de los autores en Derecho suelen referirse a la etapa probatoria haciendo mención únicamente a la solicitud, el decreto, la práctica y la valoración de la misma, inobservando la interpretación de aquella como peaje mental obligatorio que precede la valoración, o confundiéndola con ésta, cuando, si bien son etapas que guardan un grado ostensible de similitud, consideramos que poseen características propias.

Memórese que el acto de interpretación, *"supone atribuir un significado a una entidad que sea capaz de portarlo. Valorar, en contra, consiste en una operación mental que se realiza tras la interpretación de los resultados obtenidos mediante los medios de prueba y por los que el juez logra cierta forma de convencimiento sobre los hechos controvertidos de un proceso. Independientemente de situarse en un contexto de valoración de prueba tasada o de libre valoración de la prueba"*<sup>146</sup>.

En este orden de ideas, la valoración de la prueba sería el resultado de la interpretación que realice el juez de cada medio probatorio, bien sea una declaración de parte o de un tercero, un documento, un dictamen pericial, un informe, un indicio o, una inspección judicial.

#### 4.2. LOS RECURSOS Y LA PRUEBA

En ocasiones puede suceder que el juez niegue el decreto y práctica de una prueba porque considera que no se cumplen los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad. En estos casos, la parte que solicita las probanzas tiene a su disposición unos mecanismos jurídicos creados para remediar los errores de la autoridad judicial, denominados recursos.

Igual oportunidad, tendrá aquella parte que considere que un juez decretó una prueba que no debía ser ordenada, por ejemplo, una de aquellas inconducente o que le causa agravios o perjuicios a la parte.

Así pues, los recursos judiciales, en el escenario bajo estudio, se tornan en medios impugnatorios que tienen como finalidad controvertir los pronunciamientos dimanantes de la jurisdicción, con respecto al decreto, práctica y valoración de las pruebas. De tal suerte, serán interpelables

<sup>146</sup> Cabrera Torres, Jennifer (2017). Interpretar y valorar. Universitat de Girona. Pag 50.



mediante reposición aquellos autos que decreten o no la práctica de una prueba y; serán susceptibles de apelación solamente aquellos autos que nieguen su decreto o su práctica, de conformidad con el numeral 3 del artículo 321 del Código General del Proceso.

Para recurrir la valoración, la parte afectada podrá apelar la sentencia dependiendo de si es un proceso de primera instancia o, podrá hacer uso del recurso extraordinario de revisión o tutela contra providencia judicial.

#### 4.3 CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA A DESPLEGAR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCESO CONTENCIOSO

##### ● *Consejo de Estado. Sentencia del 7 de septiembre de 2020. M. P. Martín Bermúdez Muñoz*

El Consejo de Estado resolvió un recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra un fallo del Tribunal Administrativo del Caquetá el 19 de abril de 2012, donde se determinaba la responsabilidad del Estado por la muerte de un hombre durante una intervención quirúrgica practicada en el Hospital María Inmaculada E.S.E.

Los accionantes, familiares del fallecido, en ejercicio del medio de control de reparación directa instauraron una demanda en contra de Ministerio de Salud, el Hospital María Inmaculada E.S.E y otros, para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la deficiente prestación del servicio de salud<sup>147</sup>.

El Tribunal Administrativo del Caquetá en primera instancia indicó que, el servicio médico no había sido prestado por el Ministerio de Protección Social y el Consorcio Fisalud. Además, señaló que la demandante no había logrado acreditar la calidad de compañera permanente del fallecido y tampoco se encontraba probado que la muerte de la víctima directa había sido consecuencia de la deficiente atención médica prestada en el Hospital María Inmaculada E.S.E, pues el procedimiento empleado por el cuerpo médico era el adecuado y se le había manifestado al paciente que existían ciertos riesgos antes de practicarle la intervención quirúrgica<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente No. 18001-23-31-002-2004-00256-01(44933). (7 de septiembre de 2020). M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

<sup>148</sup> *Ibidem*



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este sentido, trajo a colación lo establecido por el galeno que rindió el peritaje, quien señaló que existía la probabilidad de que la infección se derivara tanto de una deficiente atención médica, como de un agente externo, como por ejemplo, la edad, las condiciones de salud e higiene del paciente, las patologías de base, el ambiente, la atención sanitaria, entre otras.

Por último, adujo que *"no se acreditó el nexo de causalidad entre la herniorrafía inguinal que se le practicó al señor Ramírez Quiroga y su deceso, pues cuando éste regresó al hospital el 11 de abril de 2002 permaneció hospitalizado hasta que le fue diagnosticada una fascitis necrotizante, por lo que al día siguiente se le sometió a un nuevo procedimiento y durante este falleció. Según el dictamen médico, la fascitis necrotizante es una entidad donde se encuentran involucrados múltiples microorganismos que generan gran virulencia, con índice de mortalidad alto, ubicado en el rango del 25% al 73% y que en tiempos muy cortos (horas) pueden generar la muerte. Debido a la dificultad del diagnóstico de la fascitis, su evolución agresiva y el elevadísimo índice de mortalidad, el a quo concluyó que no se podía atribuir una falla al Hospital María Inmaculada que permitiera endilgarle responsabilidad en el deceso del señor Ramírez Quiroga"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la parte demandante apeló el fallo y, en consecuencia, el Consejo de Estado realizó un pronunciamiento acerca de los hechos probados y no discutidos por las partes con base en la historia clínica solicitada por el extremo activo y aportada por la entidad demandada, los testimonios de los médicos tratantes y el dictamen practicado en el proceso.

Esos hechos se circunscriben básicamente a que (i) a la víctima le fue programada una intervención quirúrgica para tratar una masa inguinal el 9 de abril de 2002; (ii) ese mismo día se le dio de alta con control mediante consulta externa de cirugía general y le fueron dadas órdenes para analgésicos; (iii) el 11 de abril de 2002, el paciente reingresó al hospital por el servicio de urgencias, debido a que presentaba un dolor abdominal, se le suministraron antibióticos y se le practicaron exámenes de laboratorio; (iv) el 12 de abril fue valorado nuevamente porque se le encontró un edema y equimosis escrotal en su herida quirúrgica; (v) el paciente tenía un diagnóstico de gangrena de Fournier, necrosis de piel y tejido celular subcutáneo; (vi) se le programó una nueva intervención quirúrgica; (vii) posteriormente, el paciente presentó un shock séptico y falleció; (viii) la muerte fue causada por una fascitis necrotizante, es decir por una infección de los tejidos blandos<sup>149</sup>.

149 *Ibidem*





El Consejo de Estado al valorar como medios de prueba (i) el dictamen pericial, (ii) la historia clínica del fallecido, (iii) los testimonios de los médicos tratantes, (iv) el documento que contemplaba el consentimiento informado sobre el procedimiento quirúrgico, e incluso, (v) la conducta procesal del Hospital María Inmaculada E.S.E. decidió revocar la decisión y condenar al Hospital María Inmaculada E.S.E, manifestando que *"de las pruebas obrantes en el expediente se deduce que la muerte de (...) se produjo como consecuencia de una infección contraída luego de la intervención quirúrgica a la que fue sometido en el hospital; se infiere que dicha infección habría podido evitarse si le hubiesen impartido instrucciones acerca de las estrictas condiciones de higiene que debía seguir y se le hubieran suministrado antibióticos adecuadamente; así mismo la historia clínica, incompleta e ilegible en gran parte no permitió que el perito se hubiese pronunciado sobre estos aspectos"*<sup>150</sup>.

● **Consejo de Estado. Sentencia del 12 de septiembre de 2012. M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera**

En esta oportunidad, el Consejo de Estado resolvió un recurso de apelación formulado por la pasiva contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca donde se declararon como no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, se declaró administrativamente responsable al INVÍAS de todos los daños y perjuicios causados a la parte actora, quien sufrió lesiones en un accidente de tránsito cuando la motocicleta en la que se movilizaba perdió el equilibrio cayendo al suelo, producto de lo cual se le condenó<sup>151</sup>.

El Tribunal en primera instancia, concluyó que las lesiones de la accionante obedecieron a una falla en la prestación del servicio, imputable a la demandada, por falta de mantenimiento de la vía a pesar de que el INVÍAS propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva porque la conservación y el mantenimiento de la vía estaba a cargo de contratistas particulares y; la culpa exclusiva de la víctima porque la lesionada conducía con impericia y desconocimiento de las normas de tránsito<sup>152</sup>.

La Corporación valoró el material probatorio y señaló que se encontraba acreditado el siniestro, que le produjo una disminución de los movimientos del hombro y, como tal, una invalidez del 12,7%, según se infiere del dictamen practicado por la División Regional del Trabajo, Seccional Valle del Cauca.

<sup>150</sup> *Ibídem*

<sup>151</sup> Consejo de Estado (12 de septiembre de 2012). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección A. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación 76001-23-25-000-1998-01471-01(25426)

<sup>152</sup> *Ibídem*





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sumado a lo anterior, se pronunció acerca de cada prueba aportada por la accionante, como por ejemplo: (i) una constancia expedida por el Comandante de la Estación de Policía del Corregimiento de El Placer donde se indicaba que se presentó un accidente por causa de un hueco; (ii) una copia auténtica de una denuncia realizada por el esposo de la accionante ante la Estación de Policía de El Placer donde manifestaba que sufrió un accidente junto a su esposa cuando se desplazaban en una motocicleta y debido a la presencia de un "hueco grande" sobre la vía, perdieron el control y cayeron a un hueco; (iii) tres fotografías tendientes a demostrar la existencia del hueco causó el accidente y; (iv) una prueba testimonial rendida por la misma accionante.

Frente a las fotografías, el Consejo de Estado indicó que las mismas carecían de valor probatorio, toda vez que no existía certeza alguna de que correspondieran realmente al hueco causante del accidente, pues no se desconocía el origen, el lugar y la época en que fueron tomadas. Aunado a lo anterior, señaló que no fueron reconocidas en audiencia por testigos, ni cotejadas con otros medios de prueba, razón por la cual no era posible concluir que el hueco que se observaba en las imágenes correspondiera al mismo en el que se habría accidentado la accionante<sup>153</sup>.

Cuanto hace a la declaración de la convocante, aseguró que no podría valorarse debido a que provenía de un extremo de la relación procesal y no de un tercero, como lo exige ese medio de prueba. En este orden de ideas, indicó:

"Para que la prueba testimonial pueda valorarse en el curso de un proceso judicial, es necesario que la versión provenga de un tercero ajeno al mismo y no de quien se encuentra en uno de los extremos de

la litis, evento éste en el cual lo procedente es acudir a la declaración de parte, con sujeción a las reglas que determinan su petición y práctica, medio de prueba éste cuyo propósito es la confesión y que puede ser practicado en el proceso con la única condición de que sea una de las partes la que solicite la citación de la otra, con el fin de interrogarla acerca de los hechos relacionados con el asunto debatido"<sup>154</sup>

En el caso, ante la ausencia de pruebas no fue posible para el Consejo de Estado atribuir responsabilidad alguna bajo el título de imputación de la falla del servicio al INVÍAS, por lo que revocó la decisión impugnada.

<sup>153</sup> *Ibídem*  
<sup>154</sup> *Ibídem*



#### 4.4 LA PRUEBA FRENTE A LA TRANSICIÓN NORMATIVA. EJEMPLOS

En este punto se abordará el tema referente a la relación existente entre la transición normativa y las pruebas, es decir, se realizarán algunas reflexiones sobre el análisis probatorio sobre un problema jurídico, que tiene que ver con los conflictos de leyes en el tiempo.

Las leyes positivas son perecederas y están sujetas tanto en su nacimiento como en su extinción a límites temporales; sin contar los problemas de la obsolescencia, el desuso, la desaparición los sustratos subjetivos, objetivos o causales de la norma, etc. El tracto temporal comprendido entre la publicación y la derogación de la misma constituye el ámbito de su vigencia formal; pero esta extensión temporal, puramente formal, puede no coincidir con la dimensión temporal resultante de la eficacia material de la ley, tanto porque ésta proyecte sus efectos a una fecha anterior o posterior a su publicación, como que tales efectos se prolonguen en el tiempo tras su derogación formal; se puede así distinguir entre una vigencia formal y una vigencia material de las leyes<sup>155</sup>.

Entre la cesación de una norma y la sustitución de ella por otra, es sólo cuestión de un instante; de la medianoche de un día al instante que la sigue ha ocurrido un cambio de poderes. Pero, correlativamente a la distribución del tiempo entre la ley que sale y la que entra a producir efectos no se presenta una genuina división con rasgos netos. Así, puede ocurrir que un hecho comience bajo el imperio de la ley saliente, continúe o se cumpla, o persistan sus efectos, bajo el imperio de la ley entrante<sup>156</sup>.

La interpretación jurídica no agota su recorrido con lograr precisar qué quiso decir la norma, saliente o entrante; va más allá, supone también resolver la cuestión de analizar su aplicación luego de que ha habido una expedición de leyes sucesivas, a veces ambas habilitadas total o parcialmente para disciplinar una determinada institución jurídica. En tal evento, corresponde responder al intérprete luego de consumado un hecho jurídico al amparo de una ley antigua, ¿qué sucede si la nueva ley hace sentir sus efectos sobre esa misma situación jurídica? Desde luego, son muchas las distinciones que deben hacerse para enfrentar la dificultad, y hacia allá es que nos dirigimos con estos apuntes.

<sup>155</sup> BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A (2017). *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*. Editorial Ibáñez. Bogotá.

<sup>156</sup> BARBERO, D. Citado por LOPEZ MENUDO, Francisco. *El Principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*. Ediciones del Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla 1982. Pág. 27.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Así pues, se deberá hacer referencia entonces a la regla general de irretroactividad, que es un principio que establece que los efectos que una ley le imputa a una situación en el mundo del derecho solo pueden tener repercusiones hacia adelante. Las leyes rigen para el porvenir, esa es la consigna; la fundamental razón: a nadie se puede reprochar la desobediencia a una norma inexistente.

Lo anterior se explica por cuanto, por una parte es lógico que el ciudadano y en general los destinatarios de las normas se sometan al derecho que conocen o al menos pueden conocer y ese conocimiento únicamente puede predicarse de las normas que existen, que además, deben ser debidamente publicitadas<sup>157</sup>.

Es que las personas adquieren seguridad en los preceptos legales vigentes y con base en ellos es que ajustan sus actos y acuerdos, cumplen sus obligaciones y deberes jurídicos. Permitir el efecto contrario, -el retroactivo- equivaldría a destruir la confianza que la sociedad tiene en sus normas<sup>158</sup>.

No obstante lo anterior, existen ciertas excepciones frente a la aplicación del principio de irretroactividad como por ejemplo, las leyes interpretativas; las leyes de orden público y las leyes penales.

Las leyes interpretativas ya las analizamos y son aquellas que se limitan a declarar el sentido de leyes anteriores a las cuales se entienden incorporadas, es decir, que se considera que se forma un único cuerpo normativo (art. 14 C.C., art. 58 C.RPM).

Las leyes de orden público, que suponen una primacía del interés general sobre el privado, permiten por una parte, derogar cualquier convenio particular y por otra, no pueden invocarse frente a él, derechos irrevocablemente adquiridos.

Ejemplo particular que ilustra con genuina precisión la presunta excepción es el que se denota en el artículo 58 superior: *"...La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica..."*

<sup>157</sup> Sobre este presupuesto final en la etapa de formación de las leyes, la promulgación, la Corte Constitucional en sentencia C-084/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló: "La promulgación de la ley es requisito indispensable para su obligatoriedad, pues es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce (principio de la publicidad) . Dicha función le corresponde ejecutarla al Gobierno, después de efectuada la sanción . Tal regla es complemento de la que prescribe que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, puesto que sólo con la publicación oficial de las normas se justifica la ficción de que éstas han sido conocidas por los asociados, para luego exigir su cumplimiento.(...)".

<sup>158</sup> Sentencia de mayo 14 de 2008, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P. César Julio Valencia Copete.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La norma superior en mención significa que la función ecológica que le es inherente a la propiedad privada no solo es una exigencia para los bienes adquiridos con posterioridad a la Constitución de 1991, sino que se hace extensiva a todos los titulares de dominio que hayan adquirido sus bienes con anterioridad a la nueva Constitución. Obsérvese que en casos como este, la nueva norma irradia su eficacia sobre hechos que no obstante haberse creado y consolidado bajo una normativa anterior, de todos modos deben gobernarse por la regla nueva, la cual se retrotrae a situaciones acaecidas antes de entrar en vigor.

Las leyes penales comportan la otra supuesta excepción, pues es bien sabido que en la mayoría de las legislaciones, estas normas, están gobernadas por un principio que le va aparejado: la preferencia de la norma favorable. Así, el artículo 29 de la Constitución Política casi que reprodujo el artículo 44 de la ley 153 de 1887<sup>159</sup> al afirmar que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Nótese que no obstante las situaciones presentadas como supuestas excepciones al principio de irretroactividad, en realidad no lo son tanto. En el primer caso, porque en tratándose de normas interpretativas, no hay disposiciones en conflicto como que por una ficción del derecho la ley que interpreta y la interpretada, esto es, la antigua y la nueva, se funden en un solo cuerpo normativo. En los demás, en realidad aunque la nueva ley se proyecta sobre el pasado su propósito es disciplinar los efectos de situaciones constituidas en ese tiempo pero no comportan una violación de derechos adquiridos, requisito *sine quanon* para que se presente el fenómeno de la retroactividad.

Ahora bien, la retroactividad, en su entendimiento más simple, retroactividad significa "acción hacia atrás", es decir, que los hechos jurídicos y sus efectos acaecidos en el pasado se alteran por la acción de las nuevas leyes. Pero, como lo ha sostenido la doctrina más autorizada, el hecho de que se proyecten los efectos de una norma nueva pretéritamente, no significa, per se, que el efecto de la ley sea necesariamente retroactivo. La retroactividad supone, inexorablemente, la violación a los derechos adquiridos.

La retroactividad puede ser absoluta o de máximo grado cuando la nueva norma se aplica hacia el pasado y hace sentir sus resultados tanto para la relación jurídica básica como a todos sus efectos. Del mismo modo, existe

<sup>159</sup> ARTÍCULO 44. En materia penal la ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios á la odiosa ó restrictiva, aún cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.



la retroactividad de grado medio que se produce cuando un hecho o acto jurídico aún cuando tuvo origen en un hecho pretérito y al amparo de una norma anterior, sus efectos y consecuencias se someten a la nueva legislación; la retroactividad de grado mínimo que supone que la norma se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los que nazcan después de la vigencia de la nueva norma y; la retroactividad in bonus que significa la aplicación de la ley presente sobre la ley sancionadora pasada en virtud del principio de favorabilidad.

La retrospectividad por su parte, si bien plantea la posibilidad de que una norma nueva despliegue su vigor hacia el pasado pero solamente con el propósito de regular los efectos, las consecuencias de situaciones que habiendo nacido en el pasado deben sujetarse a las disposiciones de la nueva legislación. Comporta una precisa distinción con la retroactividad y es que aún cuando en ambos casos se necesita que se viaje hacia "atrás", con la retrospectividad no se trastocan derechos adquiridos.

La ultractividad supone la supervivencia de la ley después de su deceso jurídico, es decir que contrario a lo que ocurría en los casos anteriores los efectos de la ley no viajan hacia el pasado sino que, por el contrario, la norma, muy a pesar de haber cesado sus efectos, puede proyectar su fuerza hacia el porvenir.

Como ejemplos de ella tenemos, (i) el vigor que recuperan las normas que fueron derogadas porque las leyes respecto de aquellas que le fueron derogatorias resultaron declaradas inexecutable; (ii) en los eventos de reformas legislativas, cuando la ley nueva no empieza a regir inmediatamente sino después de un plazo determinado; (iii) las leyes penales, pues es ahí la materia donde mayor fuerza cobra el principio de la favorabilidad y (iv) la norma procedimental cuando se deroga una disposición que reglamentaba un término, actuación o diligencia ya empezada. En tal evento, como se verá, la ley antigua muy a pesar de su abolición, resucita en el mundo del derecho.

De lo anterior, se puede colegir que, en materia procesal, siempre que se soliciten, decreten y practiquen pruebas si esas diligencias, actuaciones o términos han iniciado a computarse bajo una ley anterior y en el transcurso del tiempo se expide otra norma que regula el mismo supuesto, se aplicará la norma anterior, pese a que en la actualidad se encuentre "derogada". Frente a este punto, es posible traer a colación lo disciplinado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 luego modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso. La antigua norma señalaba:



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

La nueva disposición establece lo que se trasunta a continuación:

**"ARTICULO 40.** *<Artículo modificado por del artículo 624 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad."*

La anterior regulación es fundamental al momento de reconocer qué reglas se deben aplicar, porque si se presenta por ejemplo, un cambio en la legislación con respecto a la oportunidad en que se debe llevar a cabo la audiencia de pruebas en el proceso contencioso administrativo y se deja atrás la fórmula consagrada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 que establece que luego de finalizar la audiencia inicial, el juez debe fijar fecha y hora para la audiencia de pruebas, la cual deberá realizarse dentro de los 40 días siguientes y; ahora el legislador establece que deberá surtir dentro de los 20 días siguientes, a pesar de que exista una nueva norma, si el juez ya había proferido el auto citando a la audiencia y ya estaban corriendo los términos se entenderá que la podrá realizar dentro de los 40 días siguientes.

Otro ejemplo se puede presentar si el Congreso de la República decide incrementar el término para practicar las pruebas de oficio que actualmente según el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011 es de máximo





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

10 días y ahora establece que serán 15 días. En este evento, si ya un juez decretó las pruebas de oficio dentro del proceso y fijó como término para practicarlas 10 días deberá guiarse por lo establecido y no disponer que serán 15 porque se produjo un cambio en la legislación, pues ya las pruebas habían sido decretadas y el término para practicarlas había iniciado.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución Política de 1991 sólo impone como límite el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal, pues por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa<sup>160</sup>.

Así las cosas, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo señaló que:

"En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia"<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Consejo de Estado (8 de marzo de 2018). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M. P. María Elizabeth García González. Expediente No. 66001-23-33-000-2017-00474-01.

<sup>161</sup> *Ibidem*





#### 4.5 LA SUJECCIÓN PROBATORIA EN EL ÁMBITO DEL RESPETO AL PRECEDENTE

Como venimos de decirlo en la unidad tercera, así como para el litigante reviste de la mayor importancia conocer qué debe probar en un proceso, para los jueces y magistrados tal aspecto no se erige en una cuestión menor. Pese a la obviedad del enunciado, el asunto adquiere ciertas matices ante el eventual conflicto de leyes en el tiempo según acaba de ocurrirse y lo propio cuando hay variaciones, especialmente abruptas en las posturas jurisprudenciales que gobiernan una determinada institución del derecho procesal administrativo, verbigracia en los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, los juicios de legalidad de los actos producidos por la administración, las pérdidas de investidura, entre otros.

Se trata, pues, de establecer algunas precisiones en el cómo debe analizar el juez o magistrado el medio de convicción al amparo de un cambio de precedente, máxime porque, pueden eventualmente conculcarse, derechos procesales subjetivos en cabeza de una de las partes que interviene en el respectivo contencioso.

Lo que intentamos destacar es que, así como los análisis probatorios del servidor judicial pueden verse impactados por una modificación jurisprudencial, el cambio ha de revisarse intentando no lesionar esas garantías procesales subjetivas de las partes frente a las legítimas expectativas que tienen para que los elementos persuasivos se examinen con unos mínimos criterios de predictibilidad.

No es cuestión sencilla, bastando memorar lo dispuesto en la sentencia C-836 de 2001, que aunque no es un fallo reciente, marcó un paradigma en cuanto al gobierno de las fuentes del Derecho en nuestro país y especialmente en lo que atañe al rol, protagonista por demás, adquirido por la jurisprudencia y su eco en la judicatura colombiana, pues su aplicación en la resolución de las cuestiones litigiosas dejó de ser un deber moral por parte de aquella.

Acorde a lo dispuesto en el referido fallo, el apartamiento de los dictados del precedente se convirtió en la excepción y su observancia en regla general por así haberlo dispuesto la Corte Constitucional. Tales posibilidades de apartamiento se concretan en:



- el cambio de legislación;
- que no se trate de casos exactamente iguales;
- que sobrevengan nuevas circunstancias coyunturales, de orden político, social o económico y,
- los casos de error, como cuando la jurisprudencia aplicable resulta ambigua, contradictoria o imprecisa.

Pero, además, tal fallo ha sido validado por una multiplicidad de sentencias de todas las Altas Cortes, en incluso por la normativa asentada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Obsérvese pues, que la jurisprudencia actualiza permanentemente el Derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no es menester un inexorable cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.

Todo esto era importante reiterarlo, dado que cuando se produce un giro jurisprudencial en cómo valorar una prueba, cómo debe aducirse o incorporarse al proceso, como ocurrió en varios momentos con el mérito dispensado a las copias, los puntos que hay que acreditar en la cuantificación del daño en los diversos regímenes de responsabilidad etc, denotan que estas modificaciones, más si son abruptas, son factores a ser considerados por los jueces y magistrados que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, la ley es una creación del espíritu objetivo que aun cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen; de ahí que la jurisprudencia tenga una misión que rebase los marcos gramaticales, cual es, la de lograr que el Derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente,



por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino para ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada, firme y provechosa.

En este orden de ideas, la sujeción probatoria con respecto al precedente implica respetar las decisiones de los órganos de cierre como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Al respecto, el máximo órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución Política ha indicado que:

"Las decisiones arbitrarias que desconocen de manera injustificada el contenido y alcance de una regla jurídica establecida por una alta corte puede configurar el delito de prevaricato, ya que en esos casos el operador no solo se aparta del precedente judicial sino también del ordenamiento jurídico, pues, en los términos del artículo 230 de la Constitución, esos pronunciamientos hacen parte del concepto de ley en sentido material"<sup>162</sup>.

Frente a este punto, es posible afirmar que el juez que desconoce un precedente no sólo incurriría eventual y posiblemente en el delito de prevaricato, sino que también podría dar origen a configurar la responsabilidad del Estado por la aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia al generar un daño antijurídico.

Verbigracia, el hecho de que una autoridad judicial no observe un precedente ya establecido genera un problema de confianza legítima en la sociedad, pues los ciudadanos no tendrán certeza acerca de cómo se va a resolver su situación jurídica pese a que una controversia similar se falló de una manera determinada en el pasado.

El autor Cuesta Simanca señala que en efecto, algunas veces el alto tribunal acoge de manera reiterada una tesis aceptando un determinado requisito, una manera de probar supuestos de hecho o una forma de acceder a la jurisdicción, y desconoce luego sus decisiones anteriores denegando el derecho reclamado y generando un agravio en el usuario de la administración de justicia<sup>163</sup>.

Para ejemplificar la situación anterior, Cuesta hace referencia a los requisitos de existencia o perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales, donde afirma que en un principio el Consejo de Estado había

<sup>162</sup> Corte Constitucional (5 de septiembre de 2011). Sentencia T-656/11 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

<sup>163</sup> Cuesta Simanca, Álvaro (2012). Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia. Editorial Ibañez Bogotá D.C.



asegurado que el contrato nacía o se perfeccionaba cuando se cumplían las exigencias previstas en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuando existiera un acuerdo de voluntades elevado por escrito y, señalaba que el registro presupuestal era un requisito de ejecución. No obstante lo anterior, posteriormente, cambió su postura mediante auto proferido en enero de 2000 indicando que de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 179 de 1904, norma compilada por el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996, el registro presupuestal constituía un requisito de perfeccionamiento o existencia del contrato estatal.

En el mismo orden de ideas, el autor manifiesta que después de haberse fijado esta posición, el Consejo de Estado siguió profiriendo providencias en las cuales se retomaba la posición inicial, precisando que el registro presupuestal era únicamente un requisito de ejecución y no de perfeccionamiento o existencia del contrato estatal, causando así una sensación de inseguridad jurídica.

Frente a esta situación, adviértase que la importancia procesal de determinar cuándo el contrato existe, radica en que de ello depende la selección del medio de control para acudir a la jurisdicción y el término de caducidad para demandar cuando se han prestado servicios, ejecutado obras o entregado bienes al Estado; pues si el contrato existe será pertinente iniciar la acción de controversias contractuales y si no existe, será adecuado hacer uso de la reparación directa por enriquecimiento injusto.

Así las cosas, si el demandante se equivoca al seleccionar el medio de control e incurre en error, se pueden ocasionar daños antijurídicos consistentes en la pérdida de sus pretensiones, que es lo que genera la inconsistencia de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado. Por esta razón, ante la creación de un daño que no tiene el deber de soportar el ciudadano y excede el conjunto de cargas públicas, surge la posibilidad de imputar los mismos al Estado.

Lo anterior porque cuando en un trámite judicial un ciudadano ajusta sus actuaciones, las moldea de algún modo, a los pronunciamientos del Consejo de Estado, tiene la plena convicción de que aquel actúa conforme a derecho, pues lo que decide trae la apariencia de razonabilidad y legalidad, y es ello lo que conduce a pensar que cuando tal Corporación desconoce el proceder del ciudadano, cuando ha sido el suyo el que lo alentó, quebranta la confianza en ella depositada.

En este orden de ideas, cerrar abruptamente el paso a aquellos que venían en camino desconoce el principio de confianza legítima con el cual se:



*"Pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima lo protege"*<sup>164</sup>.

Incluso, el autor que viene de citarse ha llegado a afirmar que ya hay quienes consideran que la defraudación a la confianza legítima se constituye en un título de imputación jurídico válido. En sus palabras:

"En cuanto se refiere al tema de la responsabilidad del Estado por la defraudación de la confianza legítima, se observa que esta última constituye un nuevo título de imputación de daños resarcibles a cargo del Estado, que se enmarca dentro de las teorías clásicas de las fallas del servicio y el daño especial y se inscribe dentro de los parámetros del artículo de la Constitución Política de 1991. De tal suerte, todo acto de quebrantamiento de la confianza que ocasione daños antijurídicos, debe dar lugar al resarcimiento del daño respectivo, siempre que ella sea realmente "legítima" y se reúnan los tres elementos esenciales de la responsabilidad: el daño, la imputación de este al Estado y el consecuente deber de asumir su reparación"<sup>165</sup>.

Bajo este panorama, la confianza legítima es susceptible de protección cuando se aplica retroactivamente un cambio en la jurisprudencia, pues los hechos o circunstancias atribuibles al Estado, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza son los pronunciamientos judiciales, en especial de una Alta corte como el Consejo de Estado; de ahí que el administrado tome decisiones demostrativas de esa confianza, como optar por una acción judicial en vez de otra al formular pretensiones ante la jurisdicción.

#### 4.6 DIFICULTADES DE LA REDUNDANCIA REGULATORIA EN LOS DIVERSOS REGÍMENES PROCESALES. EL CASO DE LA MIXTURA EN EL DICTAMEN PERICIAL

Como ha sostenido un sector de la doctrina, el hecho de que exista una regulación probatoria y procesal en los diversos regímenes y especialidades como la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria, donde incluso

<sup>164</sup> Corte Constitucional (9 de septiembre de 1998). Sentencia C-478/98 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>165</sup> Consejo de Estado (21 de mayo de 2002). Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. PI-039 (M. P. Juan Ángel Palacio Hincapié).



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

las controversias de carácter civil, de familia, las penales y las laborales tienen su propia codificación, hace que se incremente la confusión a la hora de aplicar las normas, pues existe una redundancia regulatoria en los diferentes regímenes procesales, y una constante remisión a otros estatutos<sup>166</sup>.

Por ejemplo, la prueba pericial es regulada tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011, donde la Ley 2080 de 2021 intentó mejorar su disciplina, pero siguió resultando inútil debido a la confusión que genera la aplicación de distintos regímenes. Así pues, el canon 54 de la Ley 2080 indica que la prueba pericial se regirá por las normas establecidas en el CPACA, y en lo no previsto por las reglas del CGP.

En este orden de ideas, la disposición normativa consagra que las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en el CPACA y; que cuando el dictamen sea aportado por las partes o decretado de oficio, la contradicción y práctica se regirá por las normas del CGP. Es decir, se crea una especie de mixtura en donde lo relativo a la prueba pericial es regulado en dos Estatutos instrumentales, generando así confusión entre el juez, las partes y los abogados<sup>167</sup>.

Para superar esta situación, sería necesario, como lo expresa RIVADENEIRA, *"regular íntegramente la materia para garantizar la coherencia del procedimiento o en su defecto remitirse completamente al Código General del Proceso"*<sup>168</sup>, pues *"la confusión jurídica en torno a esta prueba entorpece la dinámica de los procesos, prolonga la agonía de los usuarios en la pronta solución a sus pretensiones, induce en error*

<sup>166</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*

<sup>167</sup> El creciente y si se quiere alarmante número de normas, dan lugar no sólo al fenómeno de las antinomias; correlativamente también se produce la "redundancia", la misma que es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española así: "(Del latín *redundantia*), f. Sobra o demasiada abundancia de cualquier cosa o en cualquier línea. 2. Repetición o uso excesivo de una palabra o concepto. 3. Cierta repetición de la información contenida en un mensaje, que permite, a pesar de la pérdida de una parte de este, reconstruir el contenido del mismo.

En sentido jurídico tenemos redundancia cuando dos textos legales distintos, *prima facie*, prescriben lo exacto para el mismo supuesto. Ross lo explica como sigue: "cuando una norma establece un supuesto jurídico que en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. Una de las dos normas, en la medida en que ello ocurre es redundante"

Las normas *in extremis* repetidas tienen el problema de que merman su poder persuasivo, dado que un mensaje que se reitera acaba por no impresionar. Porque la gente se acostumbra a escucharlo y puede "generar sospecha de debilidad por parte del legislador". De ahí que sea frecuente en materia de argumentación e interpretación jurídica escuchar del argumento económico o de la no redundancia, el cual sirve para justificar el rechazo de un dispositivo ya repetido en otro u otros textos legales.

No obstante, con razón se ha esgrimido a su favor, que debe ser de uso muy cauto, porque puede que en verdad la reiteración sea la razón para poder desarrollar mandatos superiores que solo fueron enunciados lacónicamente.

<sup>168</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*



*a los jueces y, por tanto, fortalece la atmósfera tenebrosa que envuelve al proceso contencioso administrativo, lo cual desincentiva la formulación de reclamaciones judiciales en contra del Estado”<sup>169</sup>.*

## TÉCNICAS DE FORMACIÓN JUDICIAL

La metodología del módulo *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* se basa en el Modelo Pedagógico 2020, por ello la participación de los jueces y magistrados se torna necesaria y absolutamente indispensable para adquirir las competencias a través de ejercicios prácticos como estudios de casos de la vida real, análisis jurisprudenciales, talleres y ensayos que le permitan a los docentes construir un pensamiento crítico y reflexivo que sea útil al momento de resolver qué pruebas decreta, su práctica y cómo las interpreta al amparo de un Estado Constitucional.

Los docentes deberán coadyuvar el proceso formativo aplicando su conocimiento y experiencias diarias en el decurso del presente módulo, desarrollando capacidades de análisis, argumentación y decisión en temas específicos como la constitucionalización del derecho probatorio, la permeabilización de la jurisprudencia y doctrina extranjera y, la concreción práctica del análisis y manejo de la prueba a partir de las particularidades emanadas de los contextos sociales en que se deben tomar las decisiones judiciales.

Así las cosas, en esta unidad se plantea como técnica de formación judicial el análisis de la casuística jurisprudencial sobre la actividad probatoria a desplegar en las distintas fases del proceso contencioso.





## TÉCNICAS DE EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta los lineamientos para la evaluación del aprendizaje desarrollados en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se buscará identificar que se hayan desarrollado las competencias específicas a fortalecer, propuestas para cada unidad en el módulo, a partir de las tres dimensiones Ser, Saber y Hacer, donde los jueces y magistrados podrán reconocer su propio avance en el proceso de aprendizaje (autoevaluación), y en el de los demás (coevaluación).

De igual manera, el formador examinará el progreso en el desarrollo de competencias genéricas y específicas en los discentes, a través del estudio de casos prácticos que incluya la simulación de roles, la lectura de sentencias, y la realización de talleres, en los que se denote un nivel adecuado en la apropiación de los conocimientos para valorar de mejor manera las pruebas en los procesos judiciales, y de esta forma dispensar la mejor justicia posible.

En esta unidad se empleará como técnica de evaluación la lectura de sentencias del Consejo de Estado relacionadas con la actividad probatoria a desplegar en las distintas fases del proceso contencioso.



## RECURSOS DIDÁCTICOS

El Módulo Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un horizonte teleológico de contenido dinámico, que ofrece un importante componente teórico, pero que también posee un importante mecanismo práctico, en el que se cimentan las respuestas a los posibles retos y vicisitudes que el juez debe asumir a la hora de resolver un conflicto. Por lo anterior, se hará uso de los siguientes recursos académicos:

- Módulo de Aprendizaje Autodirigido dividido secuencialmente en unidades articuladas por ejes temáticos que explique de manera detallada el contenido a abordar
- Podcast que brinden información concreta sobre los temas a desarrollar
- Ejercicios casuísticos
- Lectura de un eje temático sobre el contenido del módulo
- Video cápsulas
- Diapositivas

Los recursos didácticos de este módulo corresponderán a la lectura del eje temático y sentencias del Consejo de Estado.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto A (2017). De la interpretación legal a la interpretación constitucional. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- CABRERA TORRES, Jennifer (2017). Interpretar y valorar. Universitat de Girona.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153 de 1887 (15 de agosto de 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152.
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. Consultado el 10-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2012, 12 de julio). Ley 1564/12: por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. consultado el 2-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR)
- COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia. [Const.] (1991).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto No. 024/94 (3 de noviembre de 1994). M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-478/98 (9 de septiembre de 1998). M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-202/05. (8 de marzo de 2005). M. P. Jaime Araujo Rentería.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-656/11 (5 de septiembre de 2011). M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-041/18 (16 de febrero de 2018). M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA. Expediente No. PI-039 (21 de mayo de 2002). M. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Expediente No. 76001-23-25-000-1998-01471-01(25426). (12 de septiembre de 2012). M P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Expediente No. 11001-03-15-000-2015-03406-00(AC). (28 de junio de 2016). M. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Expediente No. 66001-23-33-000-2017-00474-01. (8 de marzo de 2018). M. P. María Elizabeth García González.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Expediente No. 18001-23-31-002-2004-00256-01(44933). (7 de septiembre de 2020). M.P. Martín Bermúdez Muñoz.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Auto del 19 de octubre de 2020 (radicación 11001-03-28-000-2020-00049-00). M. P. Rocío Araújo Oñate.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de mayo 14 de 2008, M.P. César Julio Valencia Copete.
- CUESTASIMANCA, Álvaro (2012). Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia. Editorial Ibañez Bogotá D.C.
- RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember (2021). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Ediciones Jurídicas Sánchez. Bogotá, 2021.

RESPUESTAS

En esta unidad no existe un acápite de respuestas por cuanto la evaluación consiste en realizar un análisis y reflexión de la casuística jurisprudencial mencionada.



<b>UNIDAD 5</b>	<b><i>Nuevas visiones y experiencias en materia probatoria</i></b>
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Fortalecer el conocimiento de los operadores judiciales en los medios de prueba y su valoración en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proporcionando herramientas útiles y prácticas para el desarrollo de sus funciones, con el fin de que en la adopción de sus decisiones atiendan los principios y finalidades de la prueba, y realicen una evaluación adecuada de acuerdo con la normatividad y estándares nacionales e internacionales que garanticen el debido proceso de las partes.
<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<p>Integrar los aspectos foráneos, especialmente desde el SIDH al régimen probatorio nacional, a partir del diálogo constante llamado a existir entre los tribunales domésticos e internacionales.</p> <p>Entender la prueba y su dimensión a partir de los distintos contextos sociales, ambientales, culturales y geográficos como determinante en el análisis de aquella.</p> <p>Recabar y profundizar en las particularidades de las herramientas tecnológicas aplicables a la producción de las pruebas, y su aporte en el régimen probatorio de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de conformidad con la normatividad vigente y aplicable.</p> <p>Introducir la diversidad, multiculturalidad y el enfoque de género en la actividad probatoria que ha de desplegarse por los jueces naturales de la administración pública.</p>
<b>COMPETENCIA ESPECÍFICA</b>	Adquirir una perspectiva nueva y actualizada del derecho probatorio en materia de los juicios donde el Estado es parte, para aplicarla a la actividad judicial.



## MAPA CONCEPTUAL







## Unidad 5. Nuevas visiones y experiencias en materia probatoria

### 5.1. DIÁLOGO PROBATORIO ENTRE TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES

En este acápite se analizará la situación de diálogo entre las instancias judiciales regionales y las de carácter interno, a partir de los retos que implica para las segundas conocer y ajustarse a lo dispuesto por órganos externos, en este caso especialmente los del SIDH.

Por fuerza de las circunstancias, especialmente de las relaciones globales y del reto que tienen en general los órganos internos, entendiendo por ellos a todas las autoridades públicas, y del sometimiento a unas fuentes que dejaron de tener una vigencia y una vinculatoriedad en el orden estrictamente doméstico, cada vez más existe una relación que se distancia de los dictados de la subordinación para tornarse de coordinación entre los tribunales nacionales y las instancias judiciales internacionales.

Ello plantea desafíos en muchas direcciones, desde la posibilidad de conocer la jurisprudencia interamericana, hasta las dificultades de interiorización a partir de la mutación que ello implica en las fuentes del Derecho, sin contar con la vastedad argumentativa que suelen tener los pronunciamientos de ambos órganos: la Corte IDH y la CIDH, en el seno del sistema interamericano.

Con la finalidad de analizar cómo se genera el diálogo probatorio entre tribunales internacionales y tribunales nacionales, haremos referencia particularmente a dos casos emblemáticos solucionados a través de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Petro y el caso Bedoya.

#### ● *Caso Petro Urrego vs. Colombia*

Gustavo Francisco Petro Urrego elegido Alcalde Mayor de Bogotá, D.C, ocupó dicho cargo entre el 1 de enero de 2012 y el 1 de enero de 2016. Así las cosas, en ejercicio de sus funciones, determinó con actos administrativos del Distrito, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá serían las encargadas de la gestión y operación del servicio público de aseo. El 14 de diciembre de 2012, antes de la fecha de vencimiento de los contratos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y las operadoras privadas que se encontraban prestando el servicio público de aseo hasta ese momento,





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

la Alcaldía expidió el Decreto 570, mediante el cual se dispuso un estado de prevención o alerta amarilla, y se ordenaron medidas que incluyeron la autorización del uso de vehículos automotores tipo volquetas y la implementación de un plan de emergencia para el esquema transitorio de prestación del servicio público de aseo<sup>170</sup>.

Pese a lo anterior, días después la ciudad de Bogotá enfrentó una crisis de recolección de basura, en la cual aproximadamente 5,841 toneladas no fueron recogidas. Posteriormente, los operadores privados continuaron prestando el servicio de aseo en alrededor del 48% de la ciudad<sup>171</sup>.

Como consecuencia de ello, la Procuraduría General de la Nación inició una investigación disciplinaria en contra de Gustavo Petro, formulando después pliego de cargos en su contra y declarándolo responsable por las siguientes faltas: *"a) la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consistente en participar en la etapa precontractual o en la etapa contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley; b) la falta gravísima contenida en el numeral 60 del artículo 48 del mismo código, consistente en ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y c) la falta gravísima contenida en el numeral 37 del artículo 48 del mismo código, consistente en proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente"*<sup>172</sup>.

Por lo anterior, la Procuraduría General de la Nación lo sancionó con la pena de destitución de su cargo de Alcalde de Bogotá e inhabilidad general para ocupar cualquier cargo público por el término de 15 años, situación que conllevó a que se interpusieran una serie de recursos sin que los mismos resultasen satisfactorios.

Luego de que el señor Petro Urrego, acudiera al SIDH y agotara los trámites correspondientes, la Corte IDH declaró al Estado Colombiano como responsable de la vulneración de los derechos humanos del exmandatario. Específicamente, *"encontró que los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados como consecuencia de la sanción disciplinaria de destitución"*

<sup>170</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020). *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana

<sup>171</sup> *Ibíd.*

<sup>172</sup> *Ibíd.* Pag 1-2



como Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., e inhabilitación por el término de 15 años para ocupar cargos públicos, que le fue impuesta por la Procuraduría General de la República”<sup>173</sup>. Del mismo modo, la Corte determinó que las normas aplicadas por la Procuraduría General de la Nación para imponerle sanciones a los funcionarios elegidos por voto popular resultan violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, consideró que el proceso disciplinario en contra de Gustavo Petro vulneró el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad, el principio de presunción de inocencia, y el derecho a la defensa<sup>174</sup>.

Subsecuentemente, indicó que un órgano administrativo como la Procuraduría General de la Nación no puede aplicar una sanción que implique una restricción de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos por voto popular, como sucede por ejemplo con los alcaldes. Y agregó, que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de la sanción de la Procuraduría y ordenó el pago de salarios dejados de percibir y la desanotación de las sanciones impuestas, mediante sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017, dicha providencia no reparó integralmente a la víctima, pues fue separado de sus funciones como alcalde y; no se modificaron las normas que permitieron la imposición de dichas sanciones.

Además, en el proceso disciplinario se concentraron las funciones de investigar, acusar y sancionar en un solo órgano o dependencia: la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que fue la encargada de emitir el pliego de cargos y juzgar la procedencia de los mismos.

Con respecto a la valoración probatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que para realizar el análisis y estimación de los medios de convicción, particularmente, de los documentos, los mismos debían ser aportados en la oportunidad procesal establecida de conformidad con el artículo 57.1 del Reglamento, es decir, debían ser presentados, en general, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación.

En este orden de ideas, el Tribunal advirtió que las pruebas remitidas por fuera de las oportunidades probatorias son inadmisibles y por lo tanto no pueden ser incorporadas al proceso, salvo cuando se configure alguna de las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento, como por ejemplo, la fuerza mayor, el impedimento grave o si se tratare de un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

<sup>173</sup> *Ibidem*. Pag. 1  
<sup>174</sup> *Ibidem*



De esta manera, al observar que el Estado Colombiano había presentado documentos de forma extemporánea sin justificación alguna, decidió no tenerlos en cuenta al momento de tomar una decisión de fondo, lo cual implica que en nuestro ordenamiento jurídico adoptemos esa regla, en el sentido de no valorar las pruebas que no se alleguen de manera oportuna y adecuada al proceso.

Del mismo modo, indicó que si bien Gustavo Petro había participado activamente en las diferentes fases del proceso disciplinario, y que en su curso se le ofrecieron oportunidades para la presentación de alegatos y pruebas, el hecho de que la Sala Disciplinaria no actuara con imparcialidad implicó una violación a su derecho a la defensa.

Este caso reviste gran trascendencia en el escenario internacional y también en el doméstico, habida cuenta de las repercusiones nacionales frente al control de convencionalidad y, en este caso, por la manera en que se vieron impactadas las potestades disciplinarias del Ministerio Público.

Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en el deber que tienen todos los Estados de acatar las disposiciones contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente aquellas relacionadas con el ejercicio y goce de los derechos políticos. Además, señaló que aquellas decisiones que limiten los derechos de las personas para ocupar cargos de elección popular y cargos públicos solo pueden ser tomadas por órganos jurisdiccionales y no por órganos de carácter administrativo como la Procuraduría General de la Nación.

En este sentido, la sentencia del Alto Tribunal como máximo intérprete regional del bloque convencional derruye y limita los efectos de la entonces vigente Ley 734 de 2002, por encontrarla contraria a los mandatos internacionales, violando así el principio de que una norma interna no puede tener prevalencia sobre una supranacional.

### ● *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*

Se trata de un hecho notorio, de público conocimiento, que Jineth Bedoya es una periodista colombiana, víctima de abuso sexual en el marco del conflicto armado de nuestro país.

El caso Bedoya Lima y otra vs Colombia es el primer caso de violencia sexual en territorio nacional que es llevado hasta instancias internacionales.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el aspecto factual, la periodista en mención fue víctima de secuestro, tortura y violación sexual por motivos vinculados a su profesión, en donde se le recrimina al Estado Colombiano la omisión y la falta de adopción de medidas adecuadas y oportunas para protegerla y prevenir la ocurrencia de los hechos acontecidos.

La víctima relató que fue secuestrada frente a un establecimiento carcelario estatal mientras se encontraba realizando una investigación acerca de un enfrentamiento entre grupos paramilitares y grupos de delincuencia común al interior de la Cárcel Nacional Modelo y, que el Estado teniendo conocimiento de la compleja situación que atravesaba, debido al riesgo y peligro real e inminente no adoptó las medidas necesarias para protegerla. Además, indicó que el *"Estado estaba especialmente obligado a actuar con debida diligencia para amparar a Jineth Bedoya contra ataques a su seguridad personal y actos de violencia sexual debido al contexto generalizado de violencia sexual contra las mujeres que habría caracterizado el conflicto armado colombiano"*<sup>175</sup>.

Frente a esta situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos luego de analizar las pruebas documentales aportadas por la Comisión, los representantes de la víctima y el Estado y, las declaraciones rendidas ante fedatario público y en audiencia pública, concluyó que Colombia era responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 7, 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones contenidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, el artículo 7.a y 7.b de la Convención de Belém do Pará y los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 24 de dicho tratado, así como el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará; y los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 5.1, 11 y 13 de dicho tratado, así como de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en perjuicio de Jineth Bedoya<sup>176</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos arribó a esa conclusión luego de considerar que el Estado colombiano vulneró los derechos de Jineth Bedoya a las garantías y protección judicial, pues no llevó a cabo una investigación diligente y efectiva de los hechos constitutivos de

<sup>175</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia (26 de agosto de 2021). Sentencia de 26 de agosto de 2021: Fondo, Reparaciones y Costas. Consultado el 15-11-2021. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_431\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf)

<sup>176</sup> Ibidem



violaciones a derechos humanos debido a que fue el Estado quien incurrió en un retardo injustificado en la investigación y omitió practicar y valorar de forma oportuna algunos medios de convicción que pudieron ser decisivos para la investigación penal (preterición de prueba).

Además, en múltiples ocasiones la víctima fue obligada a rendir declaraciones judiciales de ampliación sobre los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2000, por lo menos unas 7 veces, siendo revictimizada de conformidad con lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ese órgano del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha reiterado que en los casos de violencia sexual, la investigación judicial debe *"intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido"*<sup>177</sup>.

En este orden de ideas, el máximo órgano del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos dejó sentada su postura en el ámbito internacional acerca de lo que no deben hacer los órganos de la administración de justicia en el ámbito interno, es decir, generar dilaciones injustificadas en la recolección de las pruebas, perder expedientes o, exigir que la víctima cuente su historia en numerosas ocasiones, pues estas situaciones lo único que hacen es revictimizar al sujeto y recordarle el daño que le fue causado por la negligencia de las autoridades.

De esta manera, se impone al Estado Colombiano acatar lo ordenado por la Corte IDH y adoptar las medidas necesarias para promover y continuar, en un plazo razonable, las investigaciones que sean necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos, sin poner al usuario de la administración de justicia en una situación que vaya en contra de su dignidad como persona.

En este punto, es pertinente señalar que el caso de Jineth Bedoya vs Colombia es una representación más de la importancia que tiene observar al interior de nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones contempladas en el derecho internacional y de la potestad que ostenta la Corte Internacional de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de imponer obligaciones en cabeza de los Estados para que estos ajusten las disposiciones de derecho interno a la realidad internacional y adopten las medidas necesarias para hacer cesar las violaciones a derechos humanos.

<sup>177</sup> *Ibidem*. Pag 56.



### 5.1.1 ¿Cómo dialogan los jueces?

Tal como lo indica Gargarella<sup>178</sup> *"Por diversas razones la posibilidad de desarrollar prácticas dialógicas ha resultado muy atractiva, aun para personas con posiciones opuestas. En primer lugar, el lenguaje del diálogo conlleva, de por sí, una connotación emotiva favorable, en la medida en que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos"*.

Es difícil establecer un diálogo entre los jueces y los demás sectores de la sociedad, pues debido al diferente estatus social que pueden tener los participantes y al lenguaje jurídico empleado por los jueces, razón por la cual se debe presentar una cercanía y un nivel de empatía de los jueces hacia los individuos.

El poder judicial y las cortes nacionales e internacionales tienen el deber de promover el diálogo deliberativo entre el juez y la ciudadanía para la interpretación constitucional y convencional interamericana. Se propende por un modelo que renueve la administración de justicia mediante la discusión extendida y permanente entre los operadores judiciales, la comunidad y las cortes con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos para debatir las decisiones constitucionales primordiales.

No se trata de que los jueces eleven en consulta todos los temas a la ciudadanía o recurran a ella por todo, sino de aprovechar el diálogo intercultural como un instrumento que propicie un mayor control a las fundamentaciones y las argumentaciones judiciales, sin dejar de tener presente que no existe un dispositivo único, un esquema acabado o la intervención exclusiva de un organismo estatal para la realización de la justicia dialógica.

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por

<sup>178</sup> *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*





la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

En la práctica judicial, el diálogo entre tribunales judiciales y la ciudadanía se presenta por ejemplo, en las acciones públicas de inconstitucionalidad donde el ordenamiento jurídico además de brindarle la posibilidad a cualquier ciudadano de demandar una norma por considerarla contraria a la Carta Política, también la Corte Constitucional solicita intervenciones a diversos organismos de control como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la Nación; así como a universidades, Colegiaturas de Abogados e institutos, e inclusive a organizaciones no gubernamentales. Del mismo modo, se pone a disposición el expediente por el término de 10 días para que cualquier ciudadano realice intervenciones defendiendo la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

De esta manera, se fomenta el intercambio de opiniones y creencias entre la rama judicial, las organizaciones y la población civil en general creando así decisiones más ajustadas a derecho, que tengan en cuenta realmente la situación de cada sector de la sociedad.

### 5.1.2 Utilidad del diálogo

Córdova Vinueza afirma que *“Los procesos de juzgamiento local requieren de la constante influencia de la jurisprudencia interamericana y, al mismo tiempo identifican las dificultades existentes en los procedimientos para incorporar el ordenamiento interamericano. En ese contexto, aparece el diálogo entre los jueces como una constante en el desarrollo jurídico de los Estados por la similitud de las problemáticas en diversas jurisdicciones y como un desafío para un intercambio reflexivo entre los operadores del derecho para dialogar mediante sus decisiones e instrumentalizar prácticas conversacionales entre las diversas fuentes jurídicas”*<sup>179</sup>.

El diálogo permite señalar que los organismos judiciales deben readaptarse como realidades abiertas y como necesitan de una intervención dialógica de los juzgadores para ubicar el trabajo judicial a partir de múltiples articulaciones que conocen y comprenden que sus efectos ya no pueden limitarse al territorio de cada Estado, sino a la observancia recíproca y el aprendizaje permanente de otros ordenamientos.

<sup>179</sup> CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. (2020). *Administrar Justicia desde un Diálogo entre iguales. La deliberación inclusiva entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes nacionales e internacionales*, Editorial Ibáñez, Bogotá. Pag 161.





Las jurisdicciones locales se podrían fortalecer con el diálogo judicial que puede ofrecer mayores aportes al pluralismo jurídico, mejores relaciones de la ley suprema con el ordenamiento interamericano y más profundas aplicaciones del ordenamiento convencional.

Esta experiencia del derecho internacional de los derechos humanos reivindica el fortalecimiento de la interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno. Así, se podría apreciar otras reformulaciones para ubicar de otra manera las relaciones entre las cortes locales y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Siguiendo los ejes discursivos de varios especialistas, la teoría del diálogo judicial apunta a la construcción de decisiones judiciales como resultado de procesos conversacionales entre tribunales extranjeros e internos.

En este orden de ideas, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes producidos por la Comisión Americana de Derechos Humanos, refrendan una riqueza y utilidad en las autoridades domésticas, particularmente, aquellas de carácter jurisdiccional, pues tienen que adoptar e implementar aquellas directrices trazadas por estas instancias internacionales al momento de resolver una controversia sometida a su conocimiento que garantice realmente los derechos reconocidos.

El diálogo entre los jueces se presenta entonces como una constante en el desarrollo jurídico de los Estados por la similitud de problemáticas que se llevan a sus respectivas jurisdicciones, así como un desafío para un intercambio reflexivo entre los operadores del Derecho para conversar mediante sus decisiones e instrumentalizar prácticas entre la vastedad de fuentes jurídicas.

Al efecto, y cada vez con mayor propiedad, en las dos últimas décadas principalmente, los altos tribunales de varios países de la región se nutren de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH en asuntos de las más diversas naturalezas, gestando un proceso dialéctico de coordinación entre el Derecho interno y el internacional.

Tal proceso de diálogo, señala García-Sayán, les ha permitido a magistrados, funcionarios y abogados implementar en lo local esos estándares internacionales, cuyo contenido se manifiesta en varias dimensiones, a pesar de que, en ocasiones, en el contexto global se oigan voces que cotidianamente socavan y buscan minar el multilateralismo.



Pues bien, más allá de las clasificaciones que se hagan, y del grado en que se den las incorporaciones, cada vez queda refrendada no solo la retroalimentación, sino la necesidad de adoptar modelos de recepción jurídica eficientes pues, aun con la autoridad de que gozan los poderes judiciales nacionales, el diálogo transnacional se convierte en una herramienta directa y principal para resolver casos, erigiéndose esas decisiones en autónomas fuentes del Derecho, abriéndole paso a un concepto que resulta relativamente novedoso en el constitucionalismo contemporáneo a partir del control de convencionalidad.

Ahora bien, para determinar cómo los análisis y la valoración de las pruebas por parte de tribunales internacionales o regionales se incorporan de alguna forma en nuestro ordenamiento jurídico, debemos precisar que si bien existe más que todo una relación de coordinación y no de subordinación, se torna inculcable no solo la vinculatoriedad que adquieren los pronunciamientos de las instancias del SIDH, sino también su función creativa e interpretativa, pues también realizan una especie de control político, ya que los asuntos que se someten al conocimiento de los órganos del sistema, la Corte IDH y la CIDH, no son casos aislados sino que tienen un tinte de generalidad en cuanto pueden determinar el accionar estatal, esto es, el funcionamiento de lo que hagan las distintas ramas del poder público, razón por la cual es dable afirmar que si alguna de estas instancias de carácter regional señala alguna forma para interpretar una prueba, los jueces colombianos la deben tener en consideración en aras de salvaguardar el orden jurídico establecido y no incurrir en posibles faltas disciplinarias.

### *5.1.3 Dificultades fronterizas, idiomáticas, de infraestructura y pedagogía*

Generar y crear espacios de diálogo siempre es complejo, pues existen dificultades fronterizas, idiomáticas, de infraestructura y pedagogía que dificultan un poco el proceso de intercambio de ideas. La distancia entre los países e incluso la excesiva concentración existente en la capital del país dificulta el intercambio de ideas y opiniones entre los jueces de la República y los ciudadanos.

Del mismo modo, existen barreras en cuanto al idioma, pues si bien en Colombia la lengua oficial es el castellano, existen otras lenguas y dialectos hablados en lo ancho y largo del territorio nacional debido a la riqueza cultural y étnica de nuestro país, en donde además de la presencia de afrocolombianos, palenqueros, indígenas y raizales existen personas con cosmovisiones y estilos de vida diferentes que hacen que sea difícil crear las condiciones de diálogo necesarias para comprender las posturas de las personas y propender por una protección efectiva de los derechos.



Según una investigación realizada por la Universidad Eafit de Medellín, en nuestro país se hablan 68 lenguas diferentes al español: 65 indígenas americanas, dos criollas (creadas y desarrolladas durante los últimos cuatro siglos, y habladas por comunidades de afrodescendientes en San Basilio de Palenque –departamento de Bolívar– y en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina) y el romanés, idioma del pueblo gitano o rom, de origen indo-europeo<sup>180</sup>.

Con esa orientación, para que una persona sea nombrada como magistrado en el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es necesario que además de ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; tener título de abogado expedido o revalidado conforme a la ley; no estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad; tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho años; debe hablar creole, el idioma nativo de San Andrés, pues al usuario no se le puede exigir que hable una lengua distinta a la autóctona para acceder al derecho fundamental a la administración de justicia, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-086/94.

## **5.2. EL USO DE LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS EN LA PRODUCCIÓN Y APOORTE DE LAS PRUEBAS**

### ***5.2.1 De la Justicia digital a la justicia probatoria***

Es importante indicar que el inicio de la era digital en materia de administración de justicia en nuestro país no inició con la expedición del Decreto 806 de 2020, sino con muchas otras normas que la habían habilitado de antaño.

Al efecto, la Ley 270/96 ya había hecho algunos avances, como lo hizo el artículo 95 al establecer que el Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de las tecnologías en la administración de justicia. De igual modo, señala, que los servidores judiciales pueden hacer uso de las TIC para el cumplimiento de sus funciones; y, dispone, que los documentos emitidos por medios electrónicos o informáticos tienen igual validez y eficacia que uno original, siempre que sea garantizada su autenticidad e integridad; la Ley 527/99 que reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, reconoció su valor probatorio y contempla disposiciones en relación con la firma digital;

<sup>180</sup> Betancur, Juan Gonzálo. (16 de mayo de 2018). *El universo lingüístico colombiano: 68 idiomas propios*. Universidad Eafit



la Ley 1437/11 – Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo- que establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, así como la definición de “expediente electrónico”; el Código General del Proceso que señala en su artículo 103 que la Rama Judicial debe implementar el Plan de Justicia Digital con el fin de utilizar las TIC en los procesos judiciales y; el Decreto 2364/12 que reglamenta la firma electrónica y establece las condiciones que se deben cumplir para que tenga efectos jurídicos y sea segura, entre otras.

La justicia digital implica un cambio en la manera de administrar justicia en el país y la asunción de grandes costos financieros, tecnológicos y humanos. Además en Colombia no existen las condiciones socioeconómicas para una implementación totalizadora de la justicia digital, pues existe una cultura digital poco desarrollada y la población colombiana no cuenta con las herramientas necesarias para acceder al servicio de administración de justicia en tiempos de pandemia, pues no todos cuentan con un computador, tablet, celular o internet, lo que dificulta que las personas se conecten a las diligencias, actuaciones y procesos judiciales a través de los canales virtuales dispuestos<sup>181</sup>.

No obstante lo anterior, el surgimiento de los canales virtuales plantea múltiples beneficios, como, por ejemplo, procedimientos ágiles y flexibles; la reducción de desplazamientos en el territorio nacional; la reducción del uso de papel; la eliminación de formalidades y trámites innecesarios; el ahorro de tiempo en actuaciones y diligencias judiciales y; la participación de distintos actores de la sociedad civil al ser un proceso judicial virtual. Es por ello que, particularmente, en materia probatoria, para la solicitud, el decreto, la práctica y la valoración de las pruebas es necesario que se respeten siempre las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Política, principalmente el derecho al debido proceso y; el derecho a la intimidad.

Particularmente, en materia probatoria, existen varios riesgos cuando se solicitan, decretan, practican e incluso, se valoran las pruebas que se allegan al proceso, pues, por ejemplo, durante la recepción de declaraciones de parte o de terceros por videollamada o teléfono eventualmente puede ocurrir un fraude procesal, donde se vicie el consentimiento del declarante en el proceso judicial y se le coaccione para que rinda una declaración

<sup>181</sup> Según el Censo Nacional de Población y Vivienda realizado por el DANE en el 2018, solo el 43.4% de las viviendas colombianas tienen acceso a internet, lo cual dificulta que las personas se conecten a las diligencias, actuaciones y procesos judiciales a través de los canales virtuales dispuestos. Igualmente, de acuerdo con el mismo censo, el 15.8% de la población habita en zonas rurales y tomando en consideración que la cobertura de las redes de telefonía móvil y de internet es precaria incluso en áreas urbanas, la cifra de personas con limitación en términos de conectividad es amplia.



aislada de la verdad o; la persona que rinda la declaración sea diferente a la citada. Esta última situación se presenta debido a la dificultad que representa identificar a las partes a través de una pantalla, pues puede haber una suplantación de la persona debido a problemas de conexión, transmisión y resolución.

No obstante lo anterior, está en las manos del juez utilizar todas las herramientas que tiene a su disposición para garantizar que el proceso judicial observe todas las reglas y lineamientos constitucionales y legales del ordenamiento jurídico.

### 5.2.2 Ejemplos a propósito de las redes sociales

Existen diferentes canales digitales y con ello, diferentes herramientas para demostrar los hechos que pretendemos probarle al juez o magistrado. Así pues, en la actualidad es posible probar un supuesto fáctico mediante el correo electrónico; mensajería instantánea como Whatsapp o Telegram a través de mensajes escritos e incluso audios o notas de voz o; redes sociales como Instagram y Facebook, entre otras.

En este punto vale la pena hacer referencia a la incorporación de un documento electrónico dentro de un proceso judicial. Al respecto, el artículo 247 del Código General del Proceso señala que *"serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud"*.

No obstante lo anterior, el mismo artículo dispone que si el mensaje de datos es impreso y se aporta al proceso mediante un medio físico, será valorado según las reglas de los documentos.

Así las cosas, es posible colegir que existen dos formas de incorporar un documento electrónico dentro de un proceso judicial. La primera, a través del formato original y, la segunda a través de una impresión en papel.

Frente a esto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-604/16 hizo referencia a la Ley 527 de 1999 que reguló los aspectos esenciales para el uso general de los mensajes de datos e incorporó varias disposiciones sobre su capacidad demostrativa. En esta disposición normativa, el legislador delimitó aquello que debía entenderse por mensajes de datos y de manera principal fijó las condiciones de los denominados equivalente funcionales, es decir, de los requisitos técnicos, bajo los cuales un documento electrónico cumple la misma finalidad atribuida a un soporte en papel y, por consiguiente, se tiene como su homólogo para efectos jurídicos.



En este sentido, cuando la ley exija que un contenido conste por escrito, el mensaje de datos puede ser análogo al papel, siempre que la información sea posteriormente consultable; en los casos en que se requiera la firma, cumplirá esa exigencia si se utiliza un método que permita identificar el iniciador del mensaje y asegurarse de que aprueba su contenido; y en los supuestos en que las normas requieran la versión original del documento, podrá satisfacer el requerimiento bajo condición de que se halle técnicamente garantizada la integridad de la información, es decir, que haya permanecido completa e inalterada, a partir de su generación por primera vez y en forma definitiva.<sup>182</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que *"en el ámbito probatorio, la Ley establece que los mensajes de datos son medios de convicción y su fuerza en cuanto tales corresponde hoy, cabe aclarar, a la otorgada a los documentos en general en el Código General del Proceso. Así mismo, la regulación prohíbe expresamente negar capacidad demostrativa, efectos o validez jurídica, en cualquier actuación judicial o administrativa, a la información contenida en mensajes de datos, por el sólo hecho de tratarse de información en esa clase de soporte o por no haber sido presentada en su forma original"*.

En este orden de ideas, el alto tribunal precisó que los mensajes de datos se deben valorar conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la confiabilidad en la modalidad de conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje.

Además, reiteró lo establecido en el artículo 247, en el sentido de que si una información generada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como el EDI, el Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, es allegada al proceso en el mismo formato o en uno que reproduzca con exactitud la modalidad en que fue transmitida o creada, ese contenido deberá valorarse como un mensaje de datos; mientras que si es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel, se deberá valorar con arreglo a las normas generales sobre los documentos, pues la información pasa de estar contenida en un dispositivo electrónico, que asegura la integridad, autenticidad e inalterabilidad de la información, a un soporte de papel sin esa capacidad técnica.<sup>183</sup>

<sup>182</sup> Corte Constitucional (2 de noviembre de 2016). Sentencia C-604/16 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)  
<sup>183</sup> *Ibidem*





No obstante lo anterior, si bien la Corte Constitucional tuvo este planteamiento en el 2016, en el año 2020 por medio de la Sentencia T-043/20 se apartó de esta postura al darle el tratamiento de prueba indiciaria a unas capturas de pantalla impresas de un chat de whatsapp<sup>184</sup>. En esta oportunidad la Corte expresó lo siguiente:

“(…) Más allá de la implementación de nuevas herramientas tecnológicas que favorezcan la eficacia en el ejercicio de impartir justicia y mejorar la interrelación con el usuario, los avances tecnológicos conllevan otro desafío para el derecho probatorio, pues las nuevas formas de comunicación virtual en algunas ocasiones o escenarios pueden constituir supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica. Por ello, los científicos de la dogmática probatoria han analizado las exigencias propias de la producción, incorporación, contradicción y valoración de elementos probatorios extraídos de plataformas o aplicativos virtuales.

En este sentido, la doctrina especializada ha hecho referencia a las siguientes denominaciones: “prueba digital”, “prueba informática”, “prueba tecnológica” y “prueba electrónica”. Al efecto, un sector se ha decantado por la expresión “prueba electrónica” como la más adecuada, partiendo de un punto de vista lingüístico, de tal forma que se obtenga una explicación que abarque la generalidad de los pormenores que se puedan presentar. (...).

En este sentido, se ha aludido a los documentos electrónicos como una especie al interior del género “prueba electrónica”. Otras manifestaciones de esta última son el correo electrónico, SMS (Short Message Service), y los sistemas de video conferencia aplicados a las pruebas testimoniales. Acerca de los SMS, es fácilmente reconocible el influjo que han tenido en la actualidad como método de comunicación y su empleo habitual en teléfonos móviles. En este escenario es relevante hacer mención de la aplicación WhatsApp, la cual se constituye como <un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la trasmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario>.

Las capturas de pantalla impresas, no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. (...) || Reiteramos, esa copia no es el documento electrónico original generado a través de la plataforma

<sup>184</sup> RIVADENEIRA BERMÚDEZ, ROSEMBER. *Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Según las leyes 1437, 1564 y 2080. Tercera Edición. Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2021.*





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad.>

Sobre el tema de la autenticidad, los escritos especializados realzan que no puede desconocerse la posibilidad de que, mediante un software de edición, un archivo digital impreso que contenga texto pueda ser objeto de alteraciones o supresiones, de ahí el valor suasorio atenuado que el juzgador debe reconocerle a estos elementos, de tal manera que tomándolos como indicios los analice de forma conjunta con los demás medios de prueba.

A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba."<sup>185</sup>

"En relación con los diferentes medios de prueba obrantes en el expediente y que fueron valorados por la Sala, debe precisarse que si bien la accionante allegó diferentes capturas de pantalla de conversaciones sostenidas en la aplicación WhatsApp, las cuales presentan un valor de prueba indiciaria, conforme lo señalado en precedencia (supra 21), estos elementos fueron analizados de forma conjunta con los demás rudimentos probatorios, entre ellos, el derecho de petición, el número de estudiantes matriculados en el 2018, y las razones ofrecidas por la accionada para no contratar nuevamente a la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve, lo cual permitió estructurar el razonamiento efectuado en esta providencia."<sup>186</sup>

<sup>185</sup> Corte Constitucional (10 de febrero de 2020). Sentencia T-043/20 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas)  
<sup>186</sup> *Ibidem*



Ahora bien, particularmente en materia contencioso-administrativa, el Consejo de Estado le confirió valor probatorio a un grupo de fotografías y videos de Instagram, aportados a un proceso de nulidad electoral mediante el envío de los links, toda vez que (i) en los enlaces referidos por el accionante se podía evidenciar que el accionado aparecía en fotografías y videos con miembros de otros partidos políticos, situación que coincidía con las imágenes aportadas por el actor en el texto del libelo introductorio; (ii) los links dieron cuenta de que el iniciador de los mensajes de datos era del demandado a través de su cuenta de Instagram y; (iii) la verificación de los mensajes de datos junto con las fotografías y videos allegados de forma impresa a la demanda, permitían concluir que no habían sido modificados y/o alterados<sup>187</sup>.

A continuación haremos referencia a la forma en que deben ser incorporados los mensajes de datos y notas de voz en whatsapp, así como los post en redes sociales como Instagram y Facebook para que la autoridad judicial efectivamente los valore y tome una decisión conforme a ellos y las demás pruebas obrantes en el proceso:

#### a. Mensajes de datos y notas de voz

Los chats de Whatsapp pueden ser aportados dentro de un proceso judicial como medios probatorios. Sin embargo, deben ser obtenidos a través de una orden emitida por un juez, su contenido no puede ser alterado o modificado y no deben vulnerar el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, con respecto a las notas de voz o audios emitidos a través de esta clase de mensajería instantánea, la parte que la aporte no puede reducir la extensión original de la nota de voz; el audio debe ser de buena calidad y; debe ser obtenido mediante una orden judicial.

También se debe tener en cuenta que, un perito deberá avalar la autenticidad del mensaje de texto como prueba judicial, para que quede claro que el mismo no ha sido manipulado o alterado. El mensaje de datos debe tener las siguientes condiciones: estar escrito, es decir, que se pueda acceder para su posterior consulta en su formato original; y estar firmado. En el ámbito digital nuestra firma es una contraseña, huella, o los correos electrónicos.

<sup>187</sup> Consejo de Estado (3 de diciembre de 2020). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2020-00016-00/11001-03-28-000-2020-00017-00. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



## b. Post en redes sociales

En este evento, las partes pretenden aportar una fotografía o un mensaje publicado en una red social como por ejemplo, Instagram o Facebook. Para ello se deberá recolectar la información dejando constancia de la navegabilidad de la página y el servidor, dejando constancia de fechas, horas y de la navegación efectuada, con los claros rasgos del perfil, además de guardar de forma electrónica la página y el video. Este accionar contribuirá a que la evidencia esté escrita y se pueda acceder para su posterior consulta, porque seguramente, al advertir la demanda, será borrada.

Otro de los requisitos es que el documento esté firmado, es decir, que sepamos quién es el autor de las fotos o del perfil de Facebook. La autenticación a través de los canales digitales presenta diversos retos, pues implica un gran esfuerzo demostrar que el perfil de la red social de la persona realmente pertenezca a esta y no a otra, ya que cualquier persona podría crear un perfil con el nombre y fotos de otra. Por esta razón, para probar la autoría es necesario presentar una evidencia, más allá de simplemente identificar el nombre de una persona en la red social o su foto en el perfil.

En este punto podemos traer a colación la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de diciembre de 2019 con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa en donde se resolvió un recurso de casación por supuestamente el Tribunal haber incurrido en la comisión de yerros probatorios<sup>188</sup>.

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia indicó que las personas pueden crear plataformas digitales como "(...) motores de búsqueda (Google, Yahoo, etc.), los blogs (Blogger, Wordpress, etc.), los perfiles en redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, entre otros), o (...) canales en servicios de reproducción y transmisión de video en vivo como YouTube, Skype o Facetime, [los cuales] han facilitado un conjunto de posibilidades para que los usuarios interactúen libremente unos con otros a cualquier hora, en cualquier lugar del planeta (...) "<sup>189</sup>.

En igual sentido, manifestó que "Lo anterior es producto de la era de la revolución digital, donde el avance de las comunicaciones en el ciberespacio y la socialización y democratización del internet aumentó las posibilidades de interactividad entre los sujetos de derecho en el mundo, así como el desarrollo constante de nuevas tecnologías en la red."

<sup>188</sup> Corte Suprema de Justicia (10 de diciembre de 2019). SC5238-2019. Radicado No. 76001-31-03-015-2011-00088-02. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>189</sup> *Ibidem*



De esta manera, se puede colegir que la inmediatez y masificación del uso de las plataformas digitales ha impactado en gran medida a los Estados, a las organizaciones y a las personas sin distinción; a toda clase de relaciones: jurídicas, familiares, mercantiles, económicas, políticas, personales, sociales, religiosas y éticas; pero, ante todo, los derechos subjetivos de los ciudadanos, por corresponder, se itera, a una actividad universal, descentralizada, abierta, sin horarios, con vigilancias tenues o inexistentes, donde prevalece la libertad de expresión frente a cualquier censura<sup>190</sup>.

Particularmente, en tratándose del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha sido enfático en reiterar que debido a la facilidad de acceso y libre circulación de los contenidos, los usuarios del internet deben ser responsables con respecto a los alcances de la información difundida en la red.

Con respecto a este punto, se ha generado una discusión acerca de limitar o no la garantía de la libertad de expresión en las plataformas digitales, principalmente en situaciones donde la publicación de ciertos contenidos causan daños o agravios a terceros; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia afirma que por tratarse de una prerrogativa constitucional y cimiento de la democracia misma, cualquier reglamentación o fijación de subreglas jurisprudenciales debe ser cuidadosa de no afectarla, sobre todo en temas de interés público.

En este orden de ideas, señala que si bien para el entorno digital rige también la regulación actual sobre protección de datos personales (habeas data) y derechos de autor, la misma, igualmente, por definición no reprueba o sanciona las divulgaciones degradantes de la reputación de los individuos, lo cual resulta problemático al momento de establecer cuál debe ser el régimen de responsabilidad civil imperante en el uso del internet, pues es indispensable diferenciar (i) sobre qué tipo de plataforma digital recae (redes sociales, motores de búsqueda, blogs, emails, servicios de reproducción y transmisión de video, etc.); (ii) los intereses o roles de los actores involucrados en la actividad Web (sectores público y privado, comunidad académica, colectivos ciudadanos, compañías de publicidad o de perfilamiento de usuarios, etc.), o si es previo, concomitante o posterior; (iii) los tipos de control existentes (autocontrol, legal, policivo, administrativo, judicial, etc.); (iv) su modalidad en relación a la difusión del material, o si media o no autorización de los titulares o sus intermediarios, o peticiones de rectificación, reclamos, etc.); y la naturaleza del mismo y, las especies indemnizatorias, los responsables, entre otros<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> *Ibidem*  
<sup>191</sup> *Ibidem*



Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia señala que *"un punto de partida sobre el que podría edificarse un régimen de responsabilidad civil por culpa probada, en razón al principio general que gobierna la obligación de reparar toda conducta que infiera daño a otro (art. 2341 C.C.), tendría lugar en plataformas como redes sociales y blogs, en tanto que la veracidad de las informaciones allí publicadas, hoy en día, es justiciable en sede constitucional . Esto, por cuanto se reconoce, de un lado, la procedencia de solicitudes de rectificación por los afectados, exigiendo por esa vía un deber de diligencia y cuidado a quien difunde un contenido erróneo o difamatorio; y de otro, la tutela como medio idóneo para proteger prerrogativas vulneradas ante la negativa de rectificar o eliminar la publicación nociva por quien lo divulgó"*<sup>192</sup>.

Ahora bien, en el campo específico de plataformas digitales como los blogs, se advierte que al tratarse de un servicio que le permite a los cibernautas crear y manejar blogs mediante los cuales se comparten ideas, imágenes, sonidos, textos y publicaciones , etc., que ofrecen la posibilidad de interactuar para expresar conceptos, pensamientos, informaciones, el contenido se debe sujetar a algunos estándares para no generar comentarios inmoderados, calumniosos o injuriosos que afecten el honor, buen nombre o la reputación de una persona.

Esta situación obliga a los administradores de esos sitios Web a restringir o evitar publicar tales opiniones cuando sean manifiestamente ofensivos, o en su defecto, a eliminarlos en caso de no tener conocimiento efectivo de los mismos; y si ya fueron difundidos, actuar con suma diligencia para retirarlos prontamente o imposibilitar su acceso, pues no hacerlo, generaría una responsabilidad civil por culpa probada.

La Corte Suprema de Justicia afirma que lo precisado no conlleva a que se tolere la censura y se cohíba la libertad de opinión o de expresión, ya que por el contrario, se procura garantizar su ejercicio íntegro, tanto a usuarios como administradores de blogs, sin implicar, amilanar y vulnerar el derecho a la honra o buen nombre de los terceros que puedan resultar afectados por las correspondientes informaciones o publicaciones dañinas. Se trata entonces del ejercicio de la libertad pero con responsabilidad<sup>193</sup>.

En este orden de ideas, *"ha de protegerse la reputación de una persona, pero sin sacrificar las garantías a la libre expresión. No puede desconocerse que la comunicación o publicación por cualquier vía puede ser potencialmente difamatoria u oprobiosa, comúnmente asociada con*

<sup>192</sup> *Ibídem*

<sup>193</sup> *Ibídem*



*el uso de palabras, elementos pictóricos, actos o con alguna combinación de métodos subrepticios y, en estos casos, debe intervenir el juez del Estado Constitucional para proteger los derechos fundamentales, sin cercenar la libre expresión. El juez ponderará.*"<sup>194</sup>

La jurisdicción contencioso-administrativa analizó el valor probatorio de los mensajes de datos dentro de un proceso de nulidad electoral. En esta oportunidad, el Consejo de Estado estudió varias demandas de nulidad electoral contra el acto de elección de Orlando David Benítez Mora como Gobernador de Córdoba para el periodo 2020-2023 y precisó el valor probatorio de imágenes y videos allegados al proceso a través de mensajes de datos por parte de la parte accionante para señalar que el funcionario de elección popular había incurrido en la prohibición de doble militancia consagrada en el artículo 107 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009 y; el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011<sup>195</sup>.

De esta forma, el máximo órgano de lo contencioso administrativo indicó que serían considerados como mensajes de datos todos los documentos que hubieren sido allegados al expediente en el formato en que fueron generados. En este sentido, manifestó que en virtud de lo establecido en la Ley 527 de 1999, se debía garantizar (i) que la información contenida en el mensaje de datos fuera accesible para su posterior consulta; (ii) la identificación del iniciador del mensaje y; (iii) la integralidad de su contenido, es decir, que no hubiese sido alterado, pues se debía garantizar la validez probatoria de estos medios probatorios digitales.

### 5.2.3 Las particularidades del Decreto 806 de 2020

El Decreto 806/20 le abrió paso a la justicia digital en el país y transformó así el desarrollo de los procesos judiciales, para proteger la salud de los funcionarios de la Rama Judicial y los usuarios de la administración de justicia.

Así pues, se impone un nuevo paradigma y ahora la regla general es que todas las actuaciones y diligencias deben ser adelantadas a través de las TIC, por ende, no se requieren presentaciones personales, firmas manuscritas o autenticaciones adicionales. De igual forma, la norma señala que las autoridades judiciales y los sujetos procesales deben informar los canales de comunicación que emplearán en el curso del respectivo proceso o trámite.

<sup>194</sup> *Ibídem*

<sup>195</sup> Consejo de Estado (3 de diciembre de 2020). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación 11001-03-28-000-2020-00016-00 (2020-00017)





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con la entrada en vigor del Decreto 806/20 los poderes especiales se pueden otorgar mediante mensajes de datos y se presumen auténticos sin necesidad de presentación personal o reconocimiento. Incluso, pueden ser otorgados con la simple antefirma del poderdante<sup>196</sup>.

La demanda y sus anexos se presentan en forma de mensaje de datos; los jueces colegiados pueden adelantar audiencias sin la necesidad de que se encuentren presentes todos los miembros que integran la sala; la notificación personal se hace directamente, a través de un mensaje de datos, incluso las partes ostentan un papel más activo en dicho trámite, dado que, salvo ciertas excepciones, cualquier actuación que sea remitida al buzón del despacho judicial, también debe estar copiada a los demás sujetos procesales<sup>197</sup>.

Sumado a esto, se elimina transitoriamente el envío del citatorio para la notificación personal y el trámite de la notificación por aviso; las notificaciones por estado se hacen de forma virtual, sin necesidad de la firma del secretario; los traslados se realizan de forma virtual; los edictos emplazatorios se publican en el Registro Nacional de Personas Emplazadas; y, las comunicaciones y oficios de las autoridades judiciales se hacen de forma virtual y se presumen auténticos<sup>198</sup>.

Particularmente, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las excepciones previas y mixtas se resuelven con las pruebas aportadas por las partes antes de la audiencia inicial, y en el evento en que se necesiten más pruebas, el juez las decreta en el auto que cita a audiencia inicial para practicarlas en esa diligencia. También, se consagra la figura de sentencia anticipada cuando se cumple alguno de los eventos contemplados en el CPACA, cuando no es necesario practicar pruebas o se trata de asuntos de pleno derecho antes de la audiencia inicial, o en cualquier etapa del proceso cuando las partes o sus apoderados lo solicitan de común acuerdo<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Decreto Ley 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 4 de junio de 2020. D.O. No. 51.335.

<sup>197</sup> Decreto Ley 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 4 de junio de 2020. D.O. No. 51.335.

<sup>198</sup> Decreto Ley 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 4 de junio de 2020. D.O. No. 51.335.

<sup>199</sup> Decreto Ley 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. 4 de junio de 2020. D.O. No. 51.335.





*MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

Así las cosas, pese a las medidas incorporadas en el Decreto 806/20 respecto de las posibles limitaciones que la población pueda tener en términos de accesibilidad, esto es, que los procesos judiciales puedan ser adelantados de manera presencial, cuando los funcionarios judiciales o los sujetos procesales no cuenten con los medios tecnológicos, o que los sujetos procesales puedan acudir a autoridades administrativas de su municipalidad para hacer uso de los equipos informáticos de los mismos para el desarrollo de diligencias judiciales; es claro afirmar que, el acceso a internet es fundamental para acceder a la administración de justicia en tiempos de Covid-19, debido a la excepcionalidad y las dificultades que estas prerrogativas traen consigo.

Ahora bien, una vez brindado el contexto desarrollado en torno al Decreto 806/2020, vale la pena mencionar que, aparte de las condiciones de salubridad, de seguridad jurídica y de prestación de los servicios judiciales que tiene en cuenta este, se deben poner de presente los retos que el mismo impone a la sociedad colombiana y al Gobierno, para la consecución de la efectiva aplicación de las nuevas disposiciones.

En tal sentido, ha de recordarse que, según el Censo Nacional de Población y Vivienda realizado por el DANE en el 2018, solo el 43.4% de las viviendas colombianas tienen acceso a internet<sup>200</sup>, lo cual dificulta que las personas se conecten a las diligencias, actuaciones y procesos judiciales a través de los canales virtuales dispuestos.

Igualmente, de acuerdo con el mismo censo, el 15.8% de la población habita en zonas rurales<sup>201</sup> y tomando en consideración que la cobertura de las redes de telefonía móvil y de internet es precaria incluso en áreas urbanas, la cifra de personas con limitación en términos de conectividad es amplia.

A su turno, se debe recordar que Colombia es un país con un componente agrícola significativo, inclusive, una de las principales causas del conflicto armado se debió al problema de la propiedad y uso de la tierra. Por consiguiente, se debe tener en cuenta que dadas las características de la población rural colombiana, esta requerirá en diversas oportunidades acceder a los servicios de administración de justicia, ya sea vía acción de tutela o para situaciones ligadas con trámites referente a la tierra.

<sup>200</sup> Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2018). Censo Nacional de Población y Vivienda 2018: ¿Cómo vivimos? Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018/como-vivimos>

<sup>201</sup> Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2018). Censo Nacional de Población y Vivienda 2018: ¿Dónde estamos? Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018/donde-estamos>



Para ejemplificar lo anterior, se debe traer a colación la Ley 1448 de 2011 que dispuso el proceso de restitución de tierras, para que las víctimas que hubiesen sido despojadas de sus propiedades inmuebles pudiesen recuperar la titularidad sobre estos predios. En virtud de dicha ley, se han resuelto hasta la fecha, dentro de la etapa judicial de este proceso, 11.286 solicitudes de restitución de un total de 128.175 solicitudes presentadas<sup>202</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la mayoría de la población que participa en estos procesos de restitución de tierras pertenecen al sector rural, se puede tener una idea de cuántas personas presentarán dificultades para acceder a las diligencias judiciales. Máxime, cuando este tipo de procesos se concentra en unas zonas del país, en las cuales según el DANE, la población con acceso y manejo de las TIC es igual o inferior al 40,7%<sup>203</sup>.

Es necesario traer a cuento, incluso que para las personas con pleno acceso a los servicios de internet, por ejemplo los habitantes de la ciudad de Bogotá, para los meses de abril, mayo y junio de 2020 presentaron diversas fallas en el servicio, con ocasión a la interferencia y al colapso de las redes de internet producido por la implementación del trabajo en casa. Por consiguiente, si bien en la capital dicha circunstancia ya fue superada, en muchas regiones aún permanece.

Por otro lado, hasta el momento únicamente hemos aludido al problema de la conectividad, respecto del acceso a los servicios de internet y telefonía móvil; no obstante, para una efectiva integración dentro de un proceso judicial llevado a cabo en el marco del Decreto 806/20, no sólo se requiere la garantía del acceso, sino que también se necesitan las herramientas físicas para poder entablar la comunicación correspondiente y tener conocimiento frente al manejo de las mismas, aspectos que serán desarrollados a continuación.

El acceso a aparatos tecnológicos en Colombia representa una problemática en tanto que, al no producirse o fabricarse internamente y tener que ser adquiridos en países extranjeros, se incrementa el costo de los mismos toda vez que, al costo base del producto se le suman costos de importación, incremento por paridad monetaria, entre otros.

202 Unidad de Restitución de Tierras (31 de enero de 2021). *Estadísticas de Restitución*. Recuperado de: <https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras>

203 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2018). *Indicadores Básicos de TIC en Hogares*. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/tecnologia-e-innovacion/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic/indicadores-basicos-de-tic-en-hogares>



Consecuentemente, dadas las condiciones económicas, caracterizadas por producto interno bruto (PIB) per cápita de aproximadamente 20 millones de pesos, donde el índice de gini de 0.538, conlleva a que seamos el país con mayor índice de desigualdad en Latinoamérica, se puede arribar a la conclusión de que un gran número de la población colombiana puede estar teniendo acceso sólo a una quinta parte de ese PIB per cápita, lo que se traduce en que algunas personas están viviendo con 10 mil pesos por día. Lo anterior implica que, la situación económica de un gran número de la población del país no facilita la adquisición de bienes tecnológicos.

En cuanto al manejo de estas tecnologías, se tiene que aproximadamente un 50% de la población Colombiana se encuentra en un rango de edad caracterizado por no haber recibido la cátedra de informática durante su educación básica. Situación que afecta el conocimiento que estas personas puedan tener respecto de la manipulación de artefactos tecnológicos. Sumado al hecho de que la destreza en el manejo se consigue no sólo del componente teórico que se pueda tener al respecto, sino que también la práctica representa un elemento fundamental, y por lo expuesto en líneas anteriores hay un porcentaje de personas que, por no tener la posibilidad de adquirir estas tecnologías, tampoco pueden practicar con ellas. Es por ello que, en materia digital existe en Colombia una falta de cultura asociada a aspectos económicos y sociales.

Ahora bien, aterrizando lo anterior a las disposiciones esgrimidas en el Decreto 806/20, referidas a la realización de las distintas actuaciones judiciales a través de los canales tecnológicos, se tiene que las vicisitudes que se puedan presentar en el marco de un proceso pueden ser varias.

Frente a esa situación, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de septiembre de 2020, hizo un pronunciamiento al resolver una impugnación de una tutela instaurada en contra del Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá. En este caso concreto, el apoderado judicial de la demandante le había solicitado al juzgado de manera previa aplazar la audiencia inicial y la audiencia de instrucción y juzgamiento, porque ni él ni su mandante tenían conocimiento en cuanto al manejo de los equipos tecnológicos y tampoco se tenía acceso al expediente judicial. Sin embargo, pese a su solicitud, el juzgado decidió celebrar la audiencia y dictar sentencia.

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia señaló que en un escenario como el que nos ocupa hoy en día, donde la gran mayoría de los procesos judiciales se adelantan de forma virtual, la falta de acceso y conocimiento de las TIC puede constituir causal de interrupción del proceso,



siempre que se alegue antes de la fecha programada para la respectiva diligencia<sup>204</sup>. En este sentido, cuando los jueces celebren audiencias, aún teniendo de presente que se alegó la imposibilidad de acudir a las mismas a través de medios digitales, se podrá solicitar la nulidad de conformidad con el artículo 133 del Código General del Proceso<sup>205</sup>.

Nótese que para esa Corporación, pues, el éxito del desarrollo de los procesos judiciales en la actualidad requiere de dos condiciones a saber, por un lado que los servidores judiciales y los usuarios de la administración de justicia tengan acceso a medios tecnológicos, y por el otro, que tengan el conocimiento de cómo usarlos, pues sólo de esa forma, pueden comparecer a las diligencias y ejercer el derecho de defensa<sup>206</sup>.

De igual modo, los jueces deben señalar, con anterioridad, la fecha de la audiencia, de tal forma que exista un periodo razonable para que las partes y sus abogados se preparen, en el sentido de tener a su disposición las herramientas tecnológicas y conocer su uso. Sumado a esto, deben informar de forma oportuna el canal o plataforma digital que se empleará en la respectiva actuación o diligencia judicial y, pondrán a disposición de las partes y sus apoderados el expediente para su consulta y estudio<sup>207</sup>.

Es importante mencionar, que la Corte Constitucional en la sentencia C-420/20 al realizar el control de constitucionalidad del Decreto 806/20, determinó que las medidas consagradas se encuentran en conformidad con la Constitución Política y constituyen una respuesta "razonada y proporcional" a la crisis suscitada por el coronavirus.

Particularmente, con respecto a la igualdad y el acceso a las TIC para acceder al servicio público de administración de justicia, señaló que las disposiciones buscan garantizar el acceso a la justicia de toda la población, incluyendo aquella que no cuenta con los medios tecnológicos necesarios, a través de la prestación personal del servicio en condiciones de bioseguridad<sup>208</sup>.

Frente a este aspecto se considera que, dadas las circunstancias de salubridad, de aislamiento y en aras de salvaguardar el acceso a la administración de justicia, como derecho instrumental para la materialización de los otros

204 Corte Suprema de Justicia. (11 de septiembre de 2020) Sentencia STC7284-2020. [MP Octavio Augusto Tejeiro Duque]

205 *Ibídem*

206 *Ibídem*

207 *Ibídem*

208 Corte Constitucional. (24 de septiembre de 2020) Sentencia C-420/2020. [MP Richard S. Ramírez Grisales]



derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, las reglamentaciones introducidas por el Decreto 806/20 son las más pertinentes y proporcionales para la consecución de tales fines, sin poner en riesgo la salud de los funcionarios de la administración de justicia y los usuarios.

Con el fin de culminar el estudio del Decreto 806/20, es pertinente mencionar que varias organizaciones han abogado para establecer la vigencia permanente del mismo, al reconocer las ventajas y beneficios que representa el uso de las TIC para el fortalecimiento del acceso a la justicia. Entre ellas podemos hacer referencia al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, la Corporación Excelencia en la Justicia, el Colegio de Abogados Penalistas, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, el Instituto Colombiano de Derecho Concursal, el Comité Colombiano de Arbitraje, el Colegio de Abogados Comercialistas, la Asociación Colombiana de Legal Tech, el Área de Derecho Procesal de la Universidad Libre, y el Colegio de Abogados Rosaristas.

En este orden de ideas, estas organizaciones durante el pasado mes de febrero de 2022 suscribieron un comunicado recomendando la incorporación definitiva en la legislación colombiana del Decreto en cuestión para permitir el otorgamiento de poderes, recepción de demandas y memoriales, realización de notificaciones y conformación de expedientes por medios digitales, práctica de audiencias y pruebas de manera virtual y; para realizar todas las actuaciones procesales con ayuda de la tecnología, al garantizar el debido proceso, la publicidad y la contradicción, así como los derechos fundamentales de las personas con dificultades tecnológicas, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-420 del 2020.

De conformidad con lo anterior, solicitaron a las autoridades desarrollar los programas necesarios para materializar el derecho humano de acceso al internet, como servicio público esencial y universal, de tal forma que se asegure la cobertura para todos los habitantes del territorio nacional y se logre un progreso sostenible, con solidaridad, inclusión y equidad, que disminuya las brechas de desigualdad y consolide los derechos de las personas, entre ellos el de acceso a la administración de justicia y; manifestaron su respaldo por el Proyecto de Ley que establece la vigencia permanente del Decreto 806/20 radicado el pasado 21 de febrero de 2022, exigiéndole a todas las ramas del poder público coordinar esfuerzos con el fin de que esta iniciativa legislativa se tramite con mensaje de urgencia y se sancione antes del 4 de junio de 2022.



La iniciativa legislativa que propende por la vigencia permanente del Decreto 806/20, así como el Proyecto de Ley *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia"*, busca implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales. Además, pretenden flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.

Sus promotores dentro de la exposición de motivos han señalado que a través del uso de tecnologías se ha podido administrar justicia protegiendo la salud de los funcionarios judiciales y de los usuarios y; optimizar los recursos del Estado al disminuir la necesidad de construir nuevas sedes físicas y más salas de audiencias, potenciando el uso de las actuales y disminuyendo, paralelamente, gastos de arrendamiento, mantenimiento y otros conceptos. Además, se ha contribuido a que las personas que deben acceder a los procesos no pierdan tiempo en desplazamientos y transportes, con la consecuencial disminución de costos y contaminación que ayuda a proteger el medio ambiente en procura de la sostenibilidad, y se ha incrementado la participación de los distintos actores de la sociedad civil al ser un proceso judicial virtual.

Su postura se funda, en que desconocer los evidentes beneficios del Decreto, implicaría un retroceso en el largo y arduo camino por el que se ha avanzado, generando una posible crisis en la administración de la justicia. Además, advierten que el Decreto 806, así como consagra la aplicación de medios digitales, también establece excepcionalmente la presencialidad cuando se justifique para garantizar el derecho de defensa de las partes.

No obstante lo anterior, también existen providencias que abogan por la presencialidad y con ello, por la extinción del Decreto 806/20, como por ejemplo un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde en el curso del medio de control de reparación de los perjuicios a un grupo, el magistrado fijó fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación de manera presencial, indicando como medidas de bioseguridad y pautas para el desarrollo de la audiencia las siguientes: (i) exhibir el carné o la certificación digital con el esquema completo de vacunación; (ii) utilizar tapabocas; (iii) utilizar gel antibacterial





o alcohol al momento de ingresar al edificio y; (iv) ocupar ordenadamente la sala de audiencias establecida, cuyo aforo es de 30 personas con un distanciamiento mínimo de un metro.<sup>209</sup>

### 5.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA A PARTIR DEL CONTEXTO SOCIAL, CULTURAL Y GEOGRÁFICO

El contexto social, cultural y geográfico determina qué somos y cómo somos, influye en nuestro comportamiento y en nuestra forma de ver la vida. Es por ello, que los jueces en la aplicación del derecho no pueden sustraerse de ciertas ideas y aspectos que por más objetividad, imparcialidad e independencia que apliquen en sus decisiones es imposible de ignorar.

En este orden de ideas, no es lo mismo un juez que esté conociendo de un proceso desde Bogotá relacionado con una concesión a una empresa para construir un puente que conectará múltiples municipios, pero afectará la vida de una comunidad indígena del Nariño, a un juez que se encuentra viviendo en el Nariño y tiene pleno conocimiento de las costumbres e idiosincrasia de esta comunidad.

La necesidad de interpretar debe su razón a la imperfección misma de los textos legales y de los aspectos probatorios, como del lenguaje en general, entre otras cosas por la condición de seres humanos de sus hacedores, amen que por más que se quieran utilizar argumentos en contra, los textos legislativos envejecen y los seres humanos todos los días configuran un inconmensurable número de nuevas relaciones frente a las cuales aquellos resultan anacrónicos<sup>210</sup>. Por ello, con razón se ha dicho que *"delegar la función de juzgar y prohibir interpretar, tanto vale como ordenar que se ande y que no se muevan los pies"*.<sup>211</sup>

A ello debe agregarse que ese mismo lenguaje humano, adquiere un valor semántico según el contexto, la ubicación geográfica donde va a realizarse la interpretación, el sentido del discurso o las circunstancias que determinan su uso. Vocablos como arrecho, verraco, papaya, polvo, porro, toche, burro, cigarrón, cagada, putería, mango, chimba, tomate, buñuelo, motorista, conductor, machete y muchas otras tienen significados diferentes, según sea el lugar donde se pronuncien.

<sup>209</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección primera. Subsección A. Expediente No. 250002341000201500456-00 (9 de febrero de 2022). M. P. Luis Manuel Lasso Lozano

<sup>210</sup> BLANCO ZUÑIGA, Gilberto. Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Universidad del Norte, Barranquilla, 2007 Pag 60

<sup>211</sup> DUALDE, Joaquín, citado por CASTILLO ALBA, José Luis y otros. Razonamiento Judicial: Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales. ARA Editores. 2ª Edición. Perú 2006





MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Pondremos, para ilustrar nuestro dicho, un ejemplo singular en materia de la valoración probatoria, relativo al uso del lenguaje en un mismo Estado utilizando a Colombia como comodín.

Pues bien, la mezcla de razas y la variedad geográfica marcadamente ostensibles en el pueblo colombiano, han creado tipos humanos absolutamente distintos de unas regiones a otras. Más se parece un pastuso a un ecuatoriano que a un barranquillero y aún más, un llanero a un venezolano que a un bogotano<sup>212</sup>.

Costeños, santandereanos, caucanos, tolimenses, chocoanos, habitantes de los llanos de Arauca y Casanares, colonizadores de las Sabanas de Bolívar, marginales del Río Amazonas, riberanos del Magdalena, paisas y sanandresanos son diferentes en estados de ánimo, en gustos, comidas, vestuarios, apetencias, creencias, pasiones, valores económicos y aún morales, manifestaciones culturales y gustos musicales.

Así, pensemos en este ejemplo que da cuenta de lo pintoresco del lenguaje y su mutabilidad de un Distrito judicial a otro, memorando la siguiente declaración rendida por un barranquillero sindicado de un delito menor, quien explicaba ante el juez de la causa palabras más, palabras menos: *"Yo estaba en la cantona, pasando tronco de guayacán, tomándome una limonada que me había fabricado la hembra, con la risueña, de pronto porque en la noche la había marcado tres rayitas, en esa se presentó un apunte y armó culo de joropo"*.

Muy seguramente, solo un juez nativo de la Costa Caribe hubiera entendido que lo que quiso explicar el deponente es lo que sigue: *"Yo estaba en mi casa, pasando una fuerte resaca (ratón o guayabo llaman en algunos lugares), me tomaba una limonada, que mi mujer me había preparado muy contenta, de pronto porque en la noche habíamos tenidos relaciones sexuales tres veces, cuando llegó mi amante y protagonizó un gran escándalo"*.

Obsérvese cómo, en ejemplos como el citado, y que no son de poca ocurrencia, la función interpretativa adquiere monumental relevancia en los casos de analizar un medio de prueba en el sentido jurídico de la palabra y que ordinariamente consiste en fijar el sentido de ciertas afirmaciones habladas o escritas y para llegar a ello, el juez se vale también de deducciones a base del sentido usual de las palabras, del fin perseguido al momento de pronunciarlas o escribirlas<sup>213</sup>.

212 BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*.  
213 DANZ Erich. *Ob. Cit.* Pag 48



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Así pues, dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, podemos encontrarnos frente a una situación en donde la comunidad étnica raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a través del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos solicita la protección de sus derechos al medio ambiente, la salud y la vida pues se han generado problemas respiratorios y en la piel a niños y adultos mayores principalmente debido al mal manejo que la empresa prestadora del servicio de recolección de basura le ha dado a los residuos sólidos. En este caso, los habitantes del barrio aledaño a donde se encuentra el relleno sanitario son citados a rendir declaración ante el juez administrativo.

Los adultos mayores que se encuentran dentro de la población afectada solo hablan la lengua oficial de las islas "creole", pues durante mucho tiempo han luchado para preservar la cultura y la tradición de sus ancestros. Es por esto que, cuando son citados a la diligencia ante la jurisdicción contenciosa tienen dificultades para rendir su declaración de manera espontánea en el idioma castellano. ¿Podría un juez del interior del país, como por ejemplo, un juez de Boyacá o Bogotá comprender realmente lo que quiere decir el declarante si no tiene conocimiento de la lengua que hablan?

TÉCNICAS DE  
FORMACIÓN  
JUDICIAL

La metodología del módulo *Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo* se basa en el Modelo Pedagógico 2020, por ello la participación de los jueces y magistrados se torna necesaria y absolutamente indispensable para adquirir las competencias a través de ejercicios prácticos como estudios de casos de la vida real, análisis jurisprudenciales, talleres y ensayos que le permitan a los dicentes construir un pensamiento crítico y reflexivo que sea útil al momento de resolver qué pruebas decreta, su práctica y cómo las interpreta al amparo de un Estado Constitucional.

Los dicentes deberán coadyuvar el proceso formativo aplicando su conocimiento y experiencias diarias en el decurso del presente módulo, desarrollando capacidades de análisis, argumentación y decisión en temas específicos como la constitucionalización del derecho probatorio, la permeabilización de la jurisprudencia y doctrina extranjera y, la concreción práctica del análisis y manejo de la prueba a partir de las particularidades emanadas de los contextos sociales en que se deben tomar las decisiones judiciales.

En esta unidad se propone como técnica de formación judicial el análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TÉCNICAS DE  
EVALUACIÓN

Teniendo en cuenta los lineamientos para la evaluación del aprendizaje desarrollados en el Modelo Pedagógico 2020 de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se buscará identificar que se hayan desarrollado las competencias específicas a fortalecer, propuestas para cada unidad en el módulo, a partir de las tres dimensiones Ser, Saber y Hacer, donde los jueces y magistrados podrán reconocer su propio avance en el proceso de aprendizaje (autoevaluación), y en el de los demás (coevaluación).

De igual manera, el formador examinará el progreso en el desarrollo de competencias genéricas y específicas en los discentes, a través del estudio de casos prácticos que incluya la simulación de roles, la lectura de sentencias, y la realización de talleres, en los que se denote un nivel adecuado en la apropiación de los conocimientos para valorar de mejor manera las pruebas en los procesos judiciales, y de esta forma dispensar la mejor justicia posible.

En esta unidad, se propone como técnica de evaluación la formulación de las siguientes preguntas:

1. Según la posición adoptada por la Corte Constitucional en el año 2020, los chats aportados al proceso en documento impreso deben ser valorados como:

- a. Indicio
- b. Documento
- c. Prueba digital
- d. Ninguna de las anteriores

2. La jurisprudencia nacional realiza una diferenciación entre la prueba digital aportada como tal al proceso y la prueba digital impresa:

- a. Falso
- b. Verdadero

3. Con la implementación del Decreto 806/20 ya no es necesaria la autenticación de poderes:

- a. Verdadero
- b. Falso

4. Un ejemplo de la importancia de la valoración probatoria teniendo en cuenta el contexto social y cultural lo representan los jueces del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina porque deben denominar el idioma "creole".

- a. Verdadero
- b. Falso



## RECURSOS DIDÁCTICOS

El Módulo Medios Probatorios y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo tiene un horizonte teleológico de contenido dinámico, que ofrece un importante componente teórico, pero que también posee un importante mecanismo práctico, en el que se cimentan las respuestas a los posibles retos y vicisitudes que el juez debe asumir a la hora de resolver un conflicto. Por lo anterior, se hará uso de los siguientes recursos académicos:

- Módulo de Aprendizaje Autodirigido dividido secuencialmente en unidades articuladas por ejes temáticos que explique de manera detallada el contenido a abordar
- Podcast que brinden información concreta sobre los temas a desarrollar
- Ejercicios casuísticos
- Lectura de un eje temático sobre el contenido del módulo
- Video cápsulas
- Diapositivas

Particularmente, el recurso didáctico empleado en este módulo será la lectura de los ejes temáticos.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. (2017) Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Segunda edición, Bogotá.
- BETANCUR, Juan Gonzálo. (16 de mayo de 2018). El universo lingüístico colombiano: 68 idiomas propios. Universidad Eafit. disponible en <https://www.eafit.edu.co/noticias/eleafitense/113/universo-linguistico-colombiano-68-idiomas-propios>
- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956. Consultado el 10-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2012, 12 de julio). Ley 1564/12: por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489. consultado el 2-11-2021. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2022). Proyecto de Ley de 2022. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-604/16 (2 de noviembre de 2016). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-420/2020. (24 de septiembre de 2020). M. P. Richard S. Ramírez Grisales.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043/20 (10 de febrero de 2020). M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 10 de diciembre de 2019, Rad. 76001-31-03-015-2011-00088-02. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.



MEDIOS PROBATORIOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL  
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 11 de septiembre de 2020. STC7284-2020. M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Expediente No 11001-03-28-000-2020-00016-00/11001-03-28-000-2020-00017-00. (3 de diciembre de 2020) M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (4 de junio de 2020). Decreto 806/20. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Consultado el 22-11-2021. Disponible en <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>
- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. (2020). *Administrar Justicia desde un Diálogo entre iguales. La deliberación inclusiva entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes nacionales e internacionales*, Editorial Ibáñez, Bogotá.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Petro Urrego vs. Colombia (8 de julio de 2020). Sentencia de 8 de julio de 2020: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Consultado el 15-11-2021. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_406\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf)
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia (26 de agosto de 2021). Sentencia de 26 de agosto de 2021: Fondo, Reparaciones y Costas. Consultado el 15-11-2021. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_431\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf)
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2018). Censo Nacional de Población y Vivienda 2018: ¿Cómo vivimos? Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018/como-vivimos>.



- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2018). Censo Nacional de Población y Vivienda 2018: ¿Dónde estamos? Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018/donde-estamos>.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2018). Indicadores Básicos de TIC en Hogares. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/tecnologia-e-innovacion/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic/indicadores-basicos-de-tic-en-hogares>.
- GARGARELLA, Roberto (2014). Por una justicia dialógica. En: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Editores siglo veintiuno, colección Derecho y Política, Avellaneda, Argentina.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL & CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2022). Proyecto de Ley de 2022. Por medio del cual se establece la vigencia permanente del Decreto 806 de 2020.
- RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember (2021). Manual de Derecho Probatorio Administrativo. Ediciones Jurídicas Sánchez. Bogotá, 2021.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección primera. Subsección A. Expediente No. 250002341000201500456-00 (9 de febrero de 2022). M. P. Luis Manuel Lasso Lozano.
- UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS (31 de enero de 2021). Estadísticas de Restitución. Recuperado de: <https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras>.

## BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086/94 (3 de marzo de 1994). M.P. Jorge Arango Mejía





## RESPUESTAS

### Pregunta 1:

Respuesta "a". En la Sentencia T-043/20, la Corte Constitucional señaló que los chats aportados en documento impreso a un proceso judicial deben ser valorados conforme a las reglas de los indicios.

### Pregunta 2:

Respuesta "b". La jurisprudencia nacional diferencia entre la prueba digital aportada como tal al proceso y la prueba digital impresa, pues esta situación determina la manera como deberá ser valorado dicho medio probatorio.

### Pregunta 3:

Respuesta "a". El artículo 5 del Decreto 806 de 2020 dispone que los poderes se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.

### Pregunta 4:

Respuesta "a". Los jueces del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deben hablar "creole" para poder conocer los asuntos litigiosos del pueblo raizal y tomar decisiones conforme a derecho.