

SCIENTIA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

Scientia

ISSN: 0258-9702

viceipup@ancon.up.ac.pa

Universidad de Panamá

Panamá

Pérez Restrepo, Juliana

Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación

Scientia, núm. 159, enero-junio, 2015, pp. 61-87

Universidad de Panamá

Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769459004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: La fuerza y el destino
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m
Año: 1990

Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación*

* Artículo de investigación, producto del proyecto “El derecho constitucional a la prueba judicial”, inscrito en el grupo de investigación “Estado de Derecho y Justicias”, categoría D, Colciencias, convocatoria 693 de 2014, adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad, Medellín, Colombia. La investigación fue financiada en el marco de la Convocatoria para apoyar proyectos de investigación desarrollados como trabajo de grado por los estudiantes de la Maestría en Derecho, modalidad investigativa, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia -2014-; terminó el 08 de mayo de 2015.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a04

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 12 de junio de 2015

Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación

Juliana Pérez Restrepo¹

Resumen

El artículo tiene la finalidad de exponer el derecho a la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; presenta una construcción doctrinaria a partir de los derechos fundamentales y específicamente del derecho a la prueba. Como método de análisis se empleó la revisión documental y jurisprudencial. El texto se deriva de una investigación en la cual el objetivo general es analizar el derecho constitucional a la prueba con relación a su fundamentalidad, su configuración y sus límites constitucionales, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y en la teoría jurídico-constitucional; los objetivos específicos son, en primer lugar, indagar acerca del carácter de fundamental del derecho a la prueba en el régimen constitucional colombiano; en segundo lugar, abordar la configuración del derecho a probar en cuanto a las fases de la actividad probatoria; y por último, examinar los límites constitucionales y legales del derecho a la prueba.

Palabras clave: debido proceso, derecho a la prueba, derecho constitucional, derecho fundamental, derecho probatorio.

The constitutional right to judicial proof. An approach

Abstract

The article aims to expose the right to proof in the jurisprudence of Colombian Constitutional Court; its presents a doctrinal construction from the fundamental rights, specifically the right to proof. The analysis method used was the documentary and jurisprudential review. The text is derived from an investigation in which the general objective is to analyze the constitutional right to judicial proof in relation to its foundations, its configuration and its constitutional limits, in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and the legal and constitutional theory. The specific objectives are: first, to inquire about the nature of a fundamental right to judicial proof in the Colombian constitutional regime; second, to confront the configuration of the right to prove in terms of the evidentiary phase; and finally, to examine the constitutional and legal limits of the right to proof.

Keywords: due process, right to proof, constitutional law, fundamental right, law of evidence.

1 Socióloga, Abogada, Especialista en Derecho Procesal y Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad. E-mail: juliana.perezr@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo con el sistema APA: Pérez Restrepo, J. (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación. *Estudios de Derecho*, 72 (159), 61-87. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a04

Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación

Introducción

El objeto o problema de investigación que dio origen a este artículo, hace referencia a la consagración del derecho a probar en Colombia en la Carta Política de 1991 en su artículo 29; precepto éste que establece el debido proceso, el cual presenta una multiplicidad de garantías procesales y sustanciales, tales como el principio de legalidad, juez competente, defensa, celeridad, la prueba y su nulidad por violación al debido proceso; razón por la que dicho artículo es de carácter complejo o relacional, y no tiene un contenido único sino que depende del ámbito jurídico en el que se enmarque un problema jurídico especial (Ruiz, 2007, p.189).

En el pasado, ante el absoluto poder y arbitrariedad del soberano, los gobernados estaban expuestos a las más injustas medidas; esto es, sometidos a la voluntad del rey podían ser castigados severamente, según sus presuntas acciones indebidas, sin que mediaran pruebas que determinaran con certeza la responsabilidad de los mismos. A través de los años, se han presentado un sinnúmero de luchas sociales, como es el logro del reconocimiento de los conocidos derechos humanos y su configuración positiva en diversas constituciones de Estados, como derechos fundamentales, para que los hombres sean vencidos en juicio, con formalidades establecidas para ello; es decir, con base estricta en pruebas, con la garantía del debido proceso, y exaltándose de esa manera la dignidad humana y la legitimidad estatal para sancionar; condiciones que son producto de conquistas históricas en la modernidad.

En vista de ello, el Constituyente colombiano de 1991, dado su especial interés para proteger los derechos y el respeto a la dignidad humana, consagró, además de otros derechos que buscaban la realización de esta, el derecho a la prueba, como una de las barreras más potentes ante la arbitrariedad y autoritarismo del Estado. Se plantea que esta figura del derecho a probar, se estableció en ese contexto como una respuesta a diversos problemas políticos vividos en la época que afectaban derechos y garantías procesales de los ciudadanos. Asimismo, muchas de las garantías que hoy amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo estatal, fueron

configuradas directamente por el Constituyente en procura de delimitar un poder que en ciertas circunstancias ha desconocido los atributos inherentes al ser humano.

De otro lado, algunas regulaciones legales, la arbitrariedad judicial y la falta de un trabajo sistemático que señale cada uno de los componentes del derecho a probar, sus alcances y límites, hacen que en muchas ocasiones dicho derecho se vea gravemente afectado, contrariando esto la intención del Constituyente colombiano de 1991. A su vez, las excesivas formalidades en ocasiones también vulneran el derecho a la prueba, pues se superponen las formas frente a los derechos materiales o la verdad en el proceso.

Ahora bien, a través del método comprensivo y el enfoque hermenéutico se abordaron las estructuras que integran el objeto de investigación, de forma holística, de manera que permitiera un máximo alcance sobre el conocimiento de la materia, acudiendo a las referencias teóricas y metodológicas necesarias. A la par, por la misma naturaleza de aquellos, y de acuerdo a los propósitos y condiciones, la investigación fue flexible en los términos en que no se exigía un esquema riguroso para la obtención de la información, además, los objetivos de la investigación se fueron desarrollando de forma simultánea en la medida en que se avanzaba en la búsqueda conceptual y jurisprudencial. También, la modalidad de investigación documental fue la ruta para la recolección y estudio de la información, a través de la cual se construyó el marco conceptual y jurídico requerido.

Para el rastreo bibliográfico, normativo y jurisprudencial, de igual manera, se emplearon bases de datos adecuadas para este fin, disponibles en páginas electrónicas de diferentes instituciones universitarias u organismos oficiales. Puntualmente, con relación a la jurisprudencia, para su consulta se utilizó la base de datos *LexBase* y la página oficial de la Corte Constitucional. En el proceso de recolección de la jurisprudencia, se hallaron 383 providencias de la Corte Constitucional (entre sentencias SU, C y T, y 4 autos), de las cuales 26 no aplicaron, por lo que 357 aportaron al tema, y de ellas se seleccionaron las más convenientes temáticamente.

De otra parte, con respecto a los resultados de la investigación, se puede plantear que en materia de teoría jurídica, ha habido una escasa atención a lo referido con el derecho a probar, particularmente con respecto al asunto fáctico, pues la mayor parte de las inquietudes de los juristas se han centrado en problemas jurídicos, pero desde el plano eminentemente teórico. Por ello, es pertinente para el sistema jurídico colombiano, estudiar de forma integral lo referido al derecho a la prueba, sus alcances, y las valoraciones que de ella ha elaborado su máximo Tribunal Constitucional, aproximación que se trata de presentar aquí.

Esta ausencia teórica, no ha sido óbice para que la Corte Constitucional colombiana haya construido una vasta jurisprudencia en torno a la interpretación y manejo del derecho a la prueba en los procesos jurisdiccionales, esfuerzo que no presenta una sistematización de las abundantes decisiones que dejan claro el contenido esencial de este derecho, y cómo debe ser su aplicación por todos los operadores jurídicos. En tal caso, a pesar de que se pueda considerar que el estudio del derecho constitucional a la prueba está hoy en día fuera de discusión, por verse como una obviedad que trae consigo el derecho fundamental al debido proceso, no es tan claro para académicos, abogados, jueces, fiscales, funcionarios públicos en general y demás ciudadanos, por lo que es menester dilucidarlo con una mayor claridad y amplitud.

Para sistematizar, entonces, esos fallos de la Corte Constitucional, se mencionarán en este artículo pronunciamientos y argumentos encontrados allí, que competen directamente al objeto de estudio; se observará en qué momentos o circunstancias la Corte Constitucional hace valer el derecho a la prueba, y se tratarán de especificar las subreglas que trae dicha Corporación al respecto y que generan precedente constitucional.

1. Fundamentos constitucionales del derecho a la prueba

1.1 Concepto y fundamentalidad

La prueba judicial se entiende, según Devis (2002), como “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (p. 25). Es por tanto, que la prueba se configura en derecho en cuanto que a través de ella se pueden cristalizar las pretensiones o excepciones en el proceso judicial, llegándose así a la satisfacción de derechos materiales o sustanciales.

Es prudente anotar que no es lo mismo la prueba judicial y el derecho de probar, en cuanto éste no tiene por objeto -estrictamente hablando-, convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, sino que acepte y practique los medios de prueba pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación (Devis, 2002, p. 28); también dice Ruiz (2007), “la prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos” (p. 188); y finalmente, afirma Borrego (2011):

El acceso a las pruebas brinda la posibilidad de conducir los distintos elementos que facilitan al juez llegar a una conclusión específica con respecto a lo reclamado, solicitado,

demandado, perseguido o accionado. De ahí que la única manera de que la jurisdicción pueda ofrecer la tutela efectiva es a partir de un cúmulo probatorio que –más allá de duda razonable– ofrezca esa certidumbre para que la sentencia pueda expresarlo claramente y de ahí proporcionar –en forma efectiva– la ejecución (pp. 106-107).

Es apropiado traer nociones básicas de derechos fundamentales, para posteriormente centrar la problemática del derecho a la prueba en el escenario constitucional en el que estas no son ajenas; empero, no sin antes mencionar de nuevo que el derecho a la prueba hace parte del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, y es parte integrante específicamente del derecho de defensa.

Expone Chinchilla (2009) que los derechos fundamentales son:

(...) aquellos derechos subjetivos cuya conculcación o desconocimiento deben ser corregidos mediante el más urgente y fulminante despliegue del aparato coercitivo estatal, que en Colombia equivale a una orden judicial de habeas corpus o de tutela (a las cuales nadie puede resistirse); o a aquellos cuya desmejora invalida inmediatamente la decisión legislativa o constituyente o admite la intervención directa del pueblo para dejarla sin efectos (p. 6).

(...) el concepto de derecho subjetivo (...) pretende dar cuenta de toda situación que (...) habilita a un sujeto individual o colectivo para reclamar a otro el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer, aun mediante la vía de la reclamación judicial y, eventualmente, el empleo de la fuerza socialmente organizada (p. 48).

Por tanto, en un derecho subjetivo se reconoce una situación subjetiva asumida como ventajosa, exigible frente a otros sujetos de derechos, para que éstos a través de una acción u omisión favorezcan al primero (Chinchilla, 2009, p. 48).

El carácter de fundamental de los derechos puede ser resumida en lo siguiente (Chinchilla, 2009): se ubican en la Constitución Política o en tratados internacionales de derechos humanos (bloque de constitucionalidad) detentando tal condición, o por conexidad con ellos, tienen mecanismos de eficacia directa como la acción de tutela, tienen reserva de ley como garantía contra las mayorías parlamentarias y la prohibición de suspensión mediante la normatividad de estados de excepción o emergencia.

En concordancia con las anotaciones hasta aquí elaboradas acerca de los derechos subjetivos, se puede afirmar que el derecho a la prueba goza del carácter de subjetividad esbozado, lo que se corrobora con lo manifestado por Devis (2002) en cuanto a tal derecho, a saber:

Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso

inquisitivo, civil o penal, el juez está obligado a practicar oficiosamente la prueba, su obligación emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten (p. 26).

En el proceso judicial es esencial la prueba, como aquella que lleva al mismo el conocimiento de los hechos objeto de debate, y que permite llevar la verdad, sea real o judicial, para que el órgano jurisdiccional diga el derecho; esa “esencialidad” de la prueba hace que se torne en derecho fundamental. A la par, se anota que la búsqueda de la verdad tiene unos límites que se materializan en los linderos de los demás derechos fundamentales.

Exactamente, según Picó (1996) el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante, consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios (conducentes, pertinentes y útiles) para formar la convicción del juez acerca de lo discutido en el proceso (p. 18).

Este derecho prefigura una posición jurídica fundamental, posición que posee cualquier persona u órgano con fundamento constitucional o legal de exigir al Estado, la obtención y valoración de la prueba que propende por la formación de la convicción del juez sobre la decisión de los hechos que son presupuesto del derecho material que se disputa en el proceso (Ruiz, 2007, pp. 183-184).

Asimismo, de acuerdo con Picó (1996), el carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente (p. 20). Arango y Alexy (2005), por su parte, manifiestan que esta perspectiva subjetiva implica una relación jurídica contentiva de tres elementos, a saber: titular (quien detenta el derecho), obligado (órgano decisor) y objeto (acciones u omisiones del sujeto obligado).

La Sentencia C-1270 de 2000, señala los elementos constitutivos del derecho a probar: derecho a presentar o solicitar pruebas, derecho de contradicción de la prueba, derecho de publicidad de la prueba, derecho de regularidad de la prueba, derecho a la prueba de oficio y derecho a la valoración de la prueba.

Es indudable la importancia de la actividad probatoria en todas sus dimensiones, esto es, desde la posibilidad de ejercitar el derecho a la prueba —o deber por parte del juez, excepto en materia penal—, hasta la garantía de su realización, para la configuración del debido proceso.

De igual manera, se encuentra que el derecho a la prueba:

Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio. Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción (Ruiz, 2007, p. 188).

El ejercicio del derecho a la prueba es, por un lado, una actividad que posibilita la realización del derecho de defensa, viéndolo en este sentido desde un punto de vista instrumental; y a su vez, es un derecho subjetivo en tanto su observancia por parte del operador jurídico es exigible de parte del sujeto respecto del cual se predica ese derecho, para el aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba, esto desde el punto de vista sustancial.

Siguiendo esta línea, en la Sentencia T-589 de 1999, se plantea que:

Una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa es el derecho a utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales (...).

De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Puede verse que el derecho a la prueba, según este pronunciamiento, se asimila al derecho de defensa en tanto medio para contraprobar y controvertir pruebas; derecho que además es susceptible de protección a través de la acción de tutela, característica ésta de un derecho fundamental.

Señala la Sentencia T-171 de 2006:

(...) es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial.

Según Parra (2007, p. 117), primero el derecho a la prueba era deducido por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia de 1886, que consagraba el derecho a ser juzgado “observando la plenitud de las formas

propias de cada juicio”; hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual lo consagró expresamente en su artículo 29 constituyéndolo en un derecho fundamental, pues si bien lo ligó al debido proceso, en palabras de Arango (2001), “una norma constitucional puede ser la base de varios derechos fundamentales, a la vez que un derecho fundamental puede construirse a partir de varias normas constitucionales” (p. 188).

Se puede evidenciar que el derecho a la prueba se torna fundamental en cuanto, en primera instancia, está contenido en el derecho fundamental al debido proceso, y según lo dicho anteriormente, sin el derecho a probar resultaría nugatorio el ejercicio del derecho a la defensa y la contradicción. Del mismo modo, la fundamentalidad del derecho a probar se consolida en pronunciamientos de la Corte Constitucional, de lo que se destaca la siguiente aseveración:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra (...), constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba (Sentencia T-393-94).

Es de resaltar este pronunciamiento por cuanto se manifiesta de forma expresa que el derecho a probar, para la Corte, constituye un derecho constitucional fundamental; y aunque para ese caso concreto se debate un asunto de responsabilidad disciplinaria, este derecho se extiende a todo tipo de procesos judiciales.

En últimas, del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, entre sus múltiples garantías, se ha convertido en derecho fundamental “presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (Parra, 2007, p. 127).

En síntesis, se considera que la prueba no solo es importante desde el punto de vista epistemológico, sino que es de alta importancia desde el punto de vista jurídico para el Estado colombiano, pues es de los pocos Estados que ha consagrado constitucionalmente la prueba como derecho.

Como resultado de este subcapítulo, y a partir de la tesis que se quiere plantear aquí, es innegable que el derecho a la prueba adquiere un carácter de fundamental, de acuerdo a los planteamientos arriba esbozados, y que la Corte Constitucional ha sido leal a las aspiraciones, necesidades y requerimientos provistas y previstas por la Asamblea Constituyente, en términos de exigibilidad al Estado para permitir y proveer de medios a las personas en la realización de este derecho, en procura del acceso efectivo a la administración de justicia, y de imponerle barreras cuando

la situación así lo amerite, en virtud de sus obligaciones de respetar los demás derechos humanos y fundamentales.

Conocer algo es saberlo abordar, ejercer y controlar; si se conoce el derecho a probar se tendrán criterios de interpretación que permitan una máxima protección de su núcleo esencial para evitar la injerencia y extralimitaciones del poder del Estado, esto es, del juez, fiscalía, legislador, autoridades administrativas, policía, particulares y demás personas; y así hacerlo valer con el rigor que caracteriza un derecho fundamental.

Se considera que la trascendencia de la prueba es de tal entidad, en tanto es aquel elemento que le lleva la convicción al juez para que éste decida, esto es, su aportación o contradicción hace valer derechos sustanciales y procesales, que no puede relativizarse o mirarse como un mero elemento del proceso. Por ende, todo lo que está relacionado con la actividad probatoria tiene relevancia constitucional fundamental, y es allí donde el ejercicio sobre la prueba judicial se convierte en un derecho, con las características aquí descritas.

En Colombia, con el estado de cosas en materia de violación de derechos de toda índole, por parte de instituciones estatales y particulares, donde hacer valer los derechos y garantías es arduo y espinoso dados los procesos burocráticos y de tramitomanía que deniegan justicia, la ilegalidad que permea la esfera pública, la privatización de la justicia, la falta de recursos económicos y de voluntades políticas, entre otros, es posible que se tienda o se intente justificar “fundamentalidades” de derechos con el fin de alcanzar “protecciones” reforzadas, esto es, expeditas y efectivas, como lo es la acción de tutela, la cual está prevista para amparar derechos fundamentales. En cuanto al derecho a la prueba, no hay que hacer mucho esfuerzo para identificar tal fundamentalidad, en tanto se presenta de forma explícita en la Constitución, en su artículo 29, bajo la fórmula según la cual toda persona tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, además de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se amplía su interpretación al respecto, enfatizando su doctrina constitucional que genera precedente. No obstante, no es suficiente con saber que existe un derecho, en abstracto, que es susceptible de ser protegido a través de acciones previstas para ello, y que hace parte de un conjunto normativo determinado; sino que se debe estudiar de forma exhaustiva para establecer qué significa, cuáles son sus características, sus alcances, es decir, hasta qué punto es protegible, y sus límites, esto es, a partir de dónde termina su espacio de salvaguarda.

En el contexto de un Estado Social de Derecho, democrático, liberal y constitucional-teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad-, los derechos fundamentales ganan una gran notoriedad y punto de referencia para el Estado y sus

actuaciones. Estos derechos, resultado de luchas históricas, deben ser protegidos a ultranza de la posición dominante del Estado. En el caso del derecho a la prueba, éste es uno de los derechos más susceptibles de ser vulnerados, tanto en momentos de normalidad constitucional como en estados de excepción, por lo que debe conocerse, difundirse y conservarse.

1.2 Garantía de eficacia

El mecanismo que por excelencia está reservado para hacer valer el derecho a probar son los recursos procesales, ordinarios y extraordinarios, que son aquellos que, en términos generales, buscan modificar, revocar o anular una providencia judicial. Se pueden mencionar, entre otros mecanismos, las sanciones procesales, los mecanismos coactivos procesales o la fuerza efectiva, las presunciones, las cargas procesales, las nulidades, la conexidad del derecho a la prueba con el derecho de acceso a la administración de justicia, y la acción de tutela contra sentencias; siendo esta última la que se abordará en este artículo como garantía de eficacia del derecho a la prueba, dada la actividad que al respecto la Corte Constitucional desempeña en defensa de la protección de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional, desde su nacimiento y hasta la actualidad, ha elaborado una doctrina constitucional frente a la acción de tutela contra sentencias judiciales, de la cual nacen subreglas en cuanto a la procedibilidad de esta acción. Para efectos de este artículo, la garantía de eficacia que se abordará es la acción de tutela contra sentencias por defecto fáctico -el cual se produce por un “error probatorio” en el que incurre el órgano decisor-, dado que es en presencia de este en que procede dicho amparo constitucional por violar el derecho a la prueba.

Según dicha Corporación, se está en presencia de un defecto fáctico en aquellos casos en los que examinada la decisión judicial que es objeto de tutela, resulta incontestable que el juez ha incurrido en un error en el elemento probatorio, configurándose una vía de hecho, que no permitió la aplicación del supuesto legal que sustentaba la decisión; o que el apoyo probatorio en que se basó para aplicar una determinada norma fue absolutamente inadecuado. Dado este supuesto, procede de forma excepcional la acción de tutela. Es por ello que, además de los requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial, es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas.

Para una aproximación más sistemática a este tema, se retomarán las diversas modalidades de configuración de defectos que constituyen vías de hecho por defecto

fáctico, las cuales han venido siendo estructuradas por la Corte Constitucional a lo largo de las dos últimas décadas.

En esta materia, la Sentencia *hito y fundadora de línea* -en términos de López (2006)- es la T-442 de 1994, en la cual se precisan las circunstancias en las que se configura este defecto, a saber: 1. cuando se ignora la prueba, al negarla o impedir su práctica; 2. cuando se omite la valoración de la prueba, o se valora la prueba ilícita; 3. cuando sin razón valedera, no se da por probado un hecho que surge clara y objetivamente de la prueba aportada al proceso.

Estas fueron las primeras modalidades planteadas por la Corte, para clasificar el defecto fáctico. Posteriormente, hubo una evolución en cuanto a tales modalidades, así como también en cuanto a la dogmática de la tutela contra providencias judiciales, lo cual amplió las posibilidades para la identificación del defecto fáctico (Quinche, 2009, p. 83).

Una nueva categorización del defecto fáctico consiste en considerarlo en dos dimensiones, es decir, la dimensión positiva (acciones valorativas o acciones inadecuadas del juez) y la dimensión negativa (omisiones en el decreto, en la práctica o en la valoración de las pruebas). De la misma forma, en cada una de estas dimensiones, se desarrollan otras variables del defecto fáctico, distribuidas así:

a) Dimensión positiva:

- Defecto fáctico por aceptación de prueba inconstitucional.
- Defecto fáctico por dar como probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso, o porque se estudia de manera incompleta.
- Defecto fáctico por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

b) Dimensión negativa:

- Defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes para decidir; y en los eventos de omisión de apertura de la fase de práctica de pruebas en el proceso.
- Defecto fáctico por omitir la valoración de la prueba y dar, sin razón valedera, por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.
- Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio determinante para la decisión.
- Defecto fáctico por desconocimiento de la sana crítica.

Esta construcción jurisprudencial juega un rol fundamental para la salvaguarda del derecho a probar, pues éste se garantiza a partir de cada una de las modalidades vistas, de las cuales se desprenden nítidamente las formas en que este derecho debe ser protegido.

Todo lo anterior, denota la fundamentalidad del derecho a la prueba, puesto que a través de éste se logra la materialización del acceso a la justicia y el derecho a la defensa -calificado como principio universal de justicia-, y por tanto del debido proceso.

En conclusión, según lo anotado, la Corte Constitucional ampara el derecho a la prueba, incluso más allá de lo que enseña la Constitución, es decir, le ha apostado con gran fuerza a la protección de este derecho, que si bien en muchos casos lo ha denegado, no ha sido por cambio de postura jurisprudencial, sino por razones procesales, esto es, porque el ordenamiento jurídico contemplaba otros mecanismos para hacer valer ese derecho, como son los recursos procesales, y en casos concretos, los sujetos procesales legitimados para ejercitarlo no lo hicieron, por lo que de acuerdo a ello la acción de tutela no procedía allí.

Cada una de las subreglas apuntaladas en este artículo hace parte de la actual posición de la Corte Constitucional y son precedente constitucional, de acuerdo a la garantía reforzada que tiene este derecho por su naturaleza de fundamental y a la creación jurisprudencial alrededor del defecto fáctico y del desconocimiento del precedente.

2. Configuración del derecho a la prueba

2.1 Obtención de la prueba

2.1.1 Aseguramiento de la prueba.

El aseguramiento de la prueba se aborda aquí exclusivamente como una de las medidas que garantizan el derecho a probar, en razón de su virtualidad para la protección de determinados elementos materiales de prueba, necesarios para la defensa, pretensiones o excepciones de las partes o sujetos procesales.

Dicho aseguramiento, consiste en aquellas actuaciones encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda la prueba, o que su práctica se haga imposible, y a conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el juicio (Devis, 2002, p. 265).

El derecho a que se asegure el material probatorio, impone al legislador de los códigos procesales, civiles, laborales, etc., regular con suficiencia y seriedad lo

referente a la prueba anticipada, pues la consagración constitucional del derecho a probar de nada serviría sin poder hacer nada para asegurar la prueba, en los casos en que haya riesgo de que desaparezca, dado que esto sería equivalente a negar ese derecho (Parra, 2007, p. 118).

2.1.2 Proposición y presentación de la prueba.

Con esta fase se inicia necesariamente la actividad probatoria en el proceso. No se concibe la prueba judicial sin su proposición o presentación (Devis, 2002, p. 266). La Corte Constitucional ha sostenido que el funcionario judicial, vulnera el derecho a probar cuando no da trámite de forma adecuada y oportuna a la petición de pruebas realizada por las partes. Es así como en varios pronunciamientos, la Corte ha concedido este derecho en acción de tutela, dada la omisión del operador judicial.

Por tanto, al ser el derecho a probar un ingrediente medular del debido proceso y, en particular, del derecho de defensa, el funcionario debe dar respuesta sustentada, negativa o positiva, a las solicitudes de pruebas presentadas por los sujetos procesales; pues si el juez no responde una solicitud de pruebas, incurre en vía de hecho dado que impide la posibilidad de recurrir su actuación judicial.

2.1.3 Admisibilidad y decreto de la prueba.

Dentro del derecho a la prueba se encuentra el de utilizar todas las pruebas disponibles por las partes para demostrar los hechos que convengan a sus intereses. Por ende, este derecho subjetivo implica la admisión y decreto de todas las pruebas posibles, con los límites que este derecho supone, para la consecución de los fines perseguidos por las partes en el proceso.

Se advierten unos criterios de interpretación con respecto al derecho a que se decreten las pruebas solicitadas o propuestas por las partes, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Parra, 2007, p. 122). Entonces, con ocasión de múltiples acciones de tutela acerca del desconocimiento del derecho a la prueba por la omisión de su decreto, una de las modalidades del defecto fáctico, la Corte ha señalado las siguientes subreglas:

- La falta de respuesta a la petición de una prueba vulnera el derecho de defensa. (Sentencia T-055-94).
- El rechazo de una prueba que sea legalmente conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso. (Sentencias T-055-94, T-393-94, T-006-95).

- Si existe duda sobre la conducencia o inconducencia de una prueba, en todo caso, debe elegirse su admisión. (Sentencia T-393-94).
- La autoridad administrativa debe determinar si decreta o no las pruebas solicitadas, antes de resolver de fondo. (Sentencias SU-087-99 y T-1395-00).
- A pesar de que el juez no está obligado a decretar todas las pruebas que se le soliciten, solo le es dado negarlas en los casos en que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos, o estén legalmente prohibidas, o sean ineficaces, o versen sobre hechos notoriamente impertinentes, o se las considere manifiestamente superfluas. (Sentencias T-055-94, T-393-94, T-589-99).
- El rechazo de las pruebas solicitadas debe motivarse, a fin de que la parte interesada pueda, si lo considera necesario, controvertir dichas razones ante otra autoridad mediante el ejercicio de los recursos procesales. (Sentencias T-393-94, T-006-95, SU-087-99, T-589-99).
- El no decreto de pruebas fundamentales para demostrar las pretensiones o excepciones, vulnera el derecho de defensa, en particular, del *“derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”* (art. 29 C.P.). (Sentencias T-393-94, T-504-98, T-589-99).

2.1.4 Prueba de oficio.

Según el principio dispositivo, las partes tienen la responsabilidad, so pena de correr con las consecuencias negativas del fallo, de aportar los medios de prueba precisos para que el funcionario judicial decida con base en ellos; mientras el principio inquisitivo, faculta a dicho funcionario para que oficiosamente decrete las pruebas que considere necesarias para indagar sobre la realidad de los supuestos fácticos. En Colombia operan ambos sistemas -excepto en materia penal, en la cual está proscrita la prueba de oficio de acuerdo al artículo 361 de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia C-396 de 2007-, donde las partes tienen la carga de probar los hechos objeto del litigio, no obstante, de la ausencia de suficientes pruebas que conformen la convicción del funcionario, nace su deber-obligación de buscar la verdad de tales hechos.

En la Sentencia T-264 de 2009 se expresa que la prueba de oficio es un deber derivado del papel del juez como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad, en tanto esta prueba se orienta por el interés público de la realización de la justicia.

Es claro, entonces, el deber que recae sobre el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio, en los casos en que se encuentre obligado para actuar

de conformidad con este mandato, y en ausencia de pruebas a partir de las cuales pueda decidir; caso en el cual ante la omisión de esta actividad, se generan como consecuencia el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto fáctico. Por ende, una autoridad judicial incurre en defecto fáctico, como subregla en esta materia, cuando “a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas” (Sentencia T-949-03).

En posición asumida en este artículo, se considera que la relación entre el decreto oficioso de la prueba y el derecho a la prueba, se ve como una posibilidad que tienen las partes para acceder a la prueba -a pesar de verse cuestionada la imparcialidad judicial dada la prueba de oficio-; prueba oficiosa que igualmente es susceptible de controvertirse. Se puede aseverar que el derecho a la prueba es de tal entidad, que, inclusive, el juez debe protegerlo, aunque no se haya accionado por los sujetos legitimados para actuar, quienes están revestidos de dicho derecho; en consecuencia, la prueba de oficio pasa a ser parte del derecho subjetivo a la prueba.

2.1.5 Práctica de la prueba.

La práctica de la prueba es entendida como aquellos actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso (Devis, 2002, p. 270).

Dada la secuencia lógica de las fases probatorias, cada una en sí es esencial para las otras, hasta materializarse la prueba en la labor de la valoración. Por ello, cada fase se convierte en derecho subjetivo para las partes, pues ante la negación de una, a su vez, las otras se hacen insubstanciales. Entonces, si no hay práctica, el derecho a la prueba, en general, estaría siendo denegado, constituyendo esto un defecto fáctico.

En consecuencia, luego de decretar las pruebas no es admisible que el funcionario, arbitrariamente, se niegue a practicarlas, en tanto que la realización de la totalidad de estas diligencias se convierte en un derecho de los sujetos procesales. Como lo esboza la Corte Constitucional en Sentencia T-488 de 1999, la práctica de las pruebas constituye una de las principales actividades dentro del proceso judicial, en la medida en que se parte de la participación de los intervinientes legitimados para la conformación del convencimiento del fallador sobre los hechos materia del litigio.

2.2 Valoración de la prueba

Otra fase de la actividad probatoria, y se podría decir que la más importante por lo que representa en el proceso judicial, es la valoración de la prueba. Según Gascón y García (2003), valorar las pruebas significa evaluar si lo afirmado en el proceso, a través de los medios de prueba, puede aceptarse como verdadero, mediante un juicio de aceptabilidad efectuado por el órgano decisor.

La valoración de la prueba es una actividad fundamental, en tanto que la función de juzgar se ejerce con base en el resultado de las pruebas propuestas, admitidas, practicadas y apreciadas, en virtud de principios constitucionales y legales, lo que constituye una verdadera manifestación de tal función (Lluch, 2012, p. 464).

Adicionalmente, dice la Corte Constitucional en Sentencia T-237 de 1995 que si se rompe de forma ostensible la razonabilidad en la valoración de la prueba, el equilibrio procesal se altera y el juez de tutela no puede ser indiferente a esta circunstancia; es por ello que para las partes nace el derecho a la valoración racional de las pruebas.

Por la trascendencia que tiene la prueba en el proceso, y a su vez, la valoración en la actividad probatoria, es de colegir que la tarea de apreciación de las pruebas se torna en un derecho axial. Manifiesta la Corte en Sentencia T-100 de 1998 que una de las formas -y de las más graves- de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, y por tanto constitutiva de vía de hecho, radica precisamente en que el juez al decidir lo haga sin la debida valoración de las pruebas aportadas al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia.

A continuación, se plantean concretamente las subreglas relacionadas a las modalidades del defecto fáctico, acaecidas por la vulneración del derecho a que la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada (Parra, 2007, p.126):

- La falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso: sentencias T-100-98, T-504-98, T-242-99, T-555-99, SU-132-02, T-778-05, T-1090-05, T-808-06, T-458-07, T-078-10, T-717-11, T-015-12, T-117-13, T-148-13, T-317-13, T-523-13, T-832A-13, T-145-14.
- La valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y vulnera el debido proceso: sentencias T-442-94, T-329-96, T-488-99, T-694-00, T-025-01, SU-132-02, T-902-05, T-162-07, T-458-07, T-526-07, T-1100-08, T-1246-08, T-747-09, T-313-10, T-395-10, T-352-12, T-159-13, T-169-13, T-316-13, T-518-13, T-923-13, T-107-14.

- Cuando la decisión se toma sin haber sido practicadas, por tanto no valoradas, las pruebas necesarias para desatar la litis, existe vía de hecho por defecto fáctico: sentencias T-488-99, T-747-09, T-803-12.
- La sola omisión en la valoración o práctica de una prueba no constituye vía de hecho: sentencias T-025-01, T-974-03, T-077-09, T-319A-12.

De este cúmulo, tanto de acepciones conceptuales como de jurisprudencia, se sintetiza que la valoración de las pruebas es un ejercicio primordial de la actividad probatoria, dado que de allí se deriva la decisión sobre los hechos llevados al proceso. Dada esta importancia, y lo sensible que resulta esta labor, se puede notar la copiosa jurisprudencia alrededor de esta unidad.

En suma, el derecho a que se desarrolle de forma racional, estructurada y eficaz la valoración de la prueba, se rompe, configurándose un defecto fáctico, cuando el funcionario judicial adopta una decisión carente de respaldo probatorio, o cuando ignora una prueba que era determinante para la resolución del asunto debatido -lo que en todo caso debe demostrarse-, o cuando de forma defectuosa o arbitraria decide sobre la causa incurriendo notoriamente en un error probatorio.

Como resultado de este capítulo, y de acuerdo a la posición asumida en este artículo, se concluye que el derecho a probar opera en cada fase de la actividad probatoria, suponiendo esto la plena observancia de la norma jurídica, lo que permite su realización, pues si cada fase es condición de validez y coherencia lógica de la subsiguiente, hasta llegar a la valoración probatoria por parte del juez, significa esto que el quebrantamiento de una sola bastaría para violarse el derecho a la prueba, lo que debe ser objeto de refutación.

Por tanto, debe exigírsele al órgano jurisdiccional y al legislador, en la medida de lo posible jurídicamente, la máxima protección de este derecho en aras de defender los intereses de las personas al interior de un proceso judicial, derecho respaldado por la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, se considera que el derecho a presentar y solicitar pruebas y a controvertirlas, a que se admitan y decreten, a que se practiquen y valoren, sin más limitaciones que las impuestas constitucionalmente, y las contempladas de forma legítima por la ley, es fundamental, no una mera garantía procesal, dada la condición subjetiva de ese derecho, lo que implica su exigibilidad mediante las herramientas disponibles para hacerse efectivos los derechos fundamentales. De otro lado, cada una de las subreglas o *ratio decidendi* edificadas por la Corte Constitucional para salvaguardar este derecho, como precedente constitucional, son bien recibidas en la medida en que amplían su margen de protección.

3. Límites del derecho a la prueba

3.1 Pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba

Si bien el derecho a la prueba se torna fundamental, reconocido en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no tiene un carácter ilimitado o absoluto, puesto que este derecho es limitable siempre que se justifique en la necesidad de preservar otro principio fundamental. Además, el derecho subjetivo de probar se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, y conjuntamente, por algunas prohibiciones para investigar; y su ejercicio se reglamenta por la ley, con las formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria (Devis, 2002, p. 31).

De manera puntual, por pertinencia se entiende la relación existente entre el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (Lluch, 2012, pp. 280-281); de otro lado, la conducencia es la aptitud o idoneidad de un medio probatorio para demostrar legalmente la existencia de un hecho, a la luz de las normas que establecen la posibilidad de acudir a su utilización con tal propósito (Peña, 2008, p. 34); y la utilidad de la prueba hace alusión a que ésta preste un servicio o sea relevante para el proceso judicial en concreto (Devis, 2002, p. 264).

El derecho a la prueba debe responder a unas exigencias legales que lo limitan, pues no es admisible allegar todo tipo de pruebas a un proceso judicial; empero, lo que fuere pertinente, útil y conduzca a la demostración de los hechos objeto de debate está ligado a la garantía del derecho a probar, atendiendo a la subregla consistente en que cualquier negativa injustificada representa su violación, protegible con los mecanismos establecidos para ello.

3.2 Licitud de la prueba

La Corte Constitucional colombiana entiende los derechos fundamentales como derechos relativos, en tanto estos tienen limitaciones en relación a su protección, además de someterlos a la ponderación cuando se presentan colisiones de principios frente a casos concretos; el derecho a la prueba no es ajeno a ello.

Se pueden citar dos concepciones teóricas de derechos fundamentales, la conflictivista y la coherentista, manifestando la primera, que la garantía de los derechos fundamentales puede sostener conflictos con otras normas del sistema jurídico, por lo cual para la configuración del contenido de estos derechos es necesaria la utilización de argumentos que permitan dirimir dichos conflictos mediante una ponderación (Lopera & Arias, 2010, p. 36). En cambio, se designa coherentista a la teoría que

propone que la determinación del contenido del derecho implica la definición de sus límites, previstos explícita o implícitamente en la disposición que los reconoce, debidamente interpretada en consonancia con el resto del sistema jurídico (p. 48).

Si se analizan los presupuestos de las anteriores concepciones teóricas, la Corte Constitucional se podría situar en la teoría conflictivista, en la medida en que se sirve del concepto de proporcionalidad como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales. Por tanto, en el marco de la teoría conflictivista, la prohibición de la prueba ilícita no es tratada como una prohibición definitiva, pues se plantean razones que permiten su excepción bajo determinadas circunstancias, que afectan otros derechos fundamentales; lo que se ahondará más adelante.

Una prueba debe considerarse “lícita” cuando no existe infracción de derechos fundamentales ni en la obtención preprocesal o extraprocésal del elemento probatorio, ni durante la práctica del medio de prueba, pues lo que en definitiva caracteriza a la prueba como ilícita es la vulneración de algún derecho fundamental (Picó, 1996, p. 61).

El remedio que plantea la Constitución Política de 1991 para evitar la vulneración de derechos fundamentales, es la cláusula -inciso 5° del artículo 29- según la cual “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”; de la que se deriva la cláusula o regla de exclusión probatoria, esto es, que ante la identificación de una prueba ilícita, en cualquier tipo de proceso judicial, el juez debe inadmitirla o excluirla para efectos de su valoración.

Ha de tenerse en cuenta que no toda irregularidad que se ocasione de cara a la obtención y práctica de la prueba desencadena en nulidad, sin que ello implique la violación del debido proceso. De otra parte, como lo indica el último inciso del artículo 29 de la Constitución, la nulidad solo se predica de la prueba -nulidad que, a pesar de ser de pleno derecho, debe ser declarada por el juez al interior del proceso- y no la del proceso en sí, salvo que la prueba haya sido obtenida mediante tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

También hay una salvedad frente al criterio relativo a que la nulidad solo afecta la prueba viciada, es decir, en el caso en que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes a partir de las cuales sea posible dictar sentencia, pues se concluiría que la decisión se fundó exclusiva o principalmente en la prueba que ha debido ser excluida; por lo que aquí se estaría en presencia de un vicio de nulidad o una vía de hecho por defecto fáctico.

Sin duda, una de las providencias más destacadas en el tema de la prueba ilícita, la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, es la Sentencia SU-159 de 2002, de la cual se pueden extraer las siguientes subreglas:

- La prueba ilícita y la prueba ilegal tienen como consecuencia su rechazo o no valoración y exclusión del proceso.
- La existencia de una prueba obtenida con violación del debido proceso afecta exclusivamente a la prueba viciada, no a todo el proceso.
- El juez debe excluir la prueba viciada, manifestando expresamente que esta no puede seguir siendo parte del expediente.
- Las irregularidades menores que no afecten el debido proceso en la producción de una prueba, no provocan la exclusión de las pruebas.
- La regla de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta y admite excepciones, con respecto a la prueba derivada.

Puntualmente, las excepciones a la regla de exclusión probatoria hacen referencia a las pruebas derivadas. Estas son, en términos simples, pruebas que se derivan de otra denominada principal o primaria; si ésta fue inconstitucionalmente obtenida, su ilicitud es comunicada, por lo general, a las pruebas derivadas, por lo que hay que examinar en qué circunstancias y condiciones las pruebas derivadas han de ser también excluidas o no del acervo probatorio. Dichas excepciones, basadas en diferentes doctrinas, son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el acto de voluntad libre (Sentencia SU-159-02).

Para concluir este acápite, se puede aseverar que el derecho a la prueba tiene a la prueba lícita como un verdadero límite constitucional y legal para su ejercicio, pero que dada su importancia dentro del proceso judicial, y apelando en muchas ocasiones a valores de verdad y justicia, puede prevalecer sobre otros derechos fundamentales, revistiéndose así con una sólida autonomía de cara al derecho fundamental al debido proceso.

Se asume aquí que si bien deben defenderse de manera contundente las garantías procesales fundamentales, bajo el marco de un Estado Constitucional de Derecho, también es bien vista la ponderación con respecto a las excepciones de las pruebas derivadas de la prueba principal, ilícitamente obtenida o practicada, para casos concretos, en pro de la verdad y la justicia; no obstante, para ello se tendrían que definir de forma profusa los criterios para su operatividad, pues tal como han funcionado hasta ahora se deja un margen amplio para su aplicación y para la discrecionalidad del juez, poniéndose desde luego en riesgo las garantías constitucionales, cuestión esta como consecuencia de la actitud omisiva del legislador.

3.3 Legalidad de la prueba

Podría considerarse prueba legal, aquella que cumple con los requisitos legales preceptuados en la materia, esto es, el cumplimiento de las debidas formas y ritualidades, tanto para su obtención como para su incorporación al proceso judicial; o visto de forma opuesta, la prueba ilegal, que incluye los actos de investigación y actos probatorios propiamente dichos, es aquella en cuya obtención o práctica se ha infringido la legalidad ordinaria, dado que no se han observado las formalidades legales establecidas para ello.

Por ende, otro de los límites constitucionales y legales del derecho a probar, es precisamente la legalidad en cuanto a las formas y procedimientos para fijar una determinada prueba en un proceso judicial, inclusive, en lo que esto pueda incumbir con referencia a la prueba de oficio -como garantía fundamental del acto de administración de justicia-; lo que redundaría justamente en el derecho a la prueba de cada una de las partes, terceros o intervinientes.

Como resultado de este capítulo, y como se demuestra aquí, si bien las medidas que limitan el derecho a probar son severas, verbigracia, la nulidad señalada en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, por voluntad del Constituyente, también se denota cierta flexibilización en otras medidas, como la que se refiere a que no toda irregularidad en la producción de la prueba devendría en exclusión probatoria, o las excepciones a la admisión de pruebas derivadas de pruebas directas ilícitamente obtenidas.

Una de las posturas a las que se llega en este estudio, es congruente con los planteamientos de la Corte Constitucional, en este caso, con lo que tiene que ver con la admisibilidad excepcional de la prueba derivada de la prueba directa ilícitamente obtenida, en tanto, si bien se podría contemplar la vulneración del derecho a la prueba de la parte afectada con dicha admisión, esto es, su derecho de defensa y contradicción, al igual que otros derechos fundamentales, *contrario sensu* se satisface el derecho a probar de la parte a quien aprovecharía; dándose para ello, desde luego, las exigencias de tal excepcionalidad.

De otro modo, la verdad en el proceso judicial, que es uno de sus fines, estaría restringida en extremo, y en muchos casos la realización de la justicia material, el acceso a la administración de justicia y la obtención de una reparación integral, se harían ilusorios.

Conclusiones

1) La prueba es aquel elemento que le lleva la convicción al juez para que éste decida. Es por ello que la prueba se constituye en un derecho fundamental, pues su aportación o contradicción hace valer tanto derechos sustanciales como procesales.

2) El derecho a la prueba es un derecho subjetivo dado que genera una situación ventajosa para quien pretende hacerlo valer, esto es, habilita al sujeto -parte procesal- para reclamar a otro -órgano jurisdiccional- el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer. Asimismo, la fundamentalidad de este derecho se manifiesta en cada una de las fases probatorias.

3) El derecho a la prueba tiene un carácter fundamental, en tanto es individual, inherente a la persona, es de aplicación directa e inmediata, justiciable mediante mecanismos constitucionales, como la acción de tutela, regulable mediante ley estatutaria, y es un derecho de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Por otro lado, puede ser protegido a través de figuras como el desconocimiento del precedente, la excepción de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad, en el evento en que una disposición legal lo vulnere.

4) La prueba no sólo es importante desde la perspectiva epistemológica, sino que es de gran importancia para el Estado colombiano, desde lo constitucional, pues es de los pocos Estados que ha consagrado en este plano la prueba como derecho; gracias a la voluntad del Constituyente de 1991.

5) La violación del derecho a la prueba constituye causal de procedibilidad de acción de tutela contra sentencias judiciales por defecto fáctico, con base en subreglas jurisprudenciales que constituyen hoy precedente en el sistema jurídico colombiano.

6) Los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran trazados sus límites en sí mismos. A su vez, el derecho a la prueba encuentra en el mismo texto constitucional su principal límite, cual es la nulidad de toda prueba obtenida con violación del debido proceso, es decir, la nulidad de la prueba por elementos o medios utilizados para su consecución o práctica con violación de otros derechos fundamentales. No obstante, a pesar de esto, existen excepciones a la regla de exclusión probatoria.

7) Existen tensiones entre el derecho a probar y el acceso a la justicia, y el derecho al debido proceso. El acceso a la justicia jalona, apoya, promueve ese derecho a probar, mientras que el debido proceso lo limita, teniendo en cuenta que

es un límite que no desnaturaliza ese derecho a probar; lo mismo que los juicios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

8) El decreto de la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano, con excepción en materia penal, es un deber del juez, que desde la perspectiva del derecho a probar, puede ser vista como una posibilidad que tienen las partes para acceder a la prueba en tanto la búsqueda de la verdad como uno de sus fines.

9) Existe copiosa jurisprudencia en la que se evidencia la vulneración del derecho a la prueba. Ello supone que el Estado debe intervenir, pues además de que se menoscaba un derecho fundamental, se convierte en un problema generalizado que afecta al total de la administración de justicia, en tanto el defecto fáctico alegado prolonga aún más los procesos judiciales.

10) No hay duda que en Colombia existen garantías jurídicas para asegurar el cumplimiento del derecho a la prueba y un control constitucional del mismo, no obstante, uno de los obstáculos más visibles para que ese cumplimiento sea efectivo en todos los casos es la falta de esfuerzos presupuestales y logísticos del Estado, viendo el derecho a la prueba desde la perspectiva de un derecho prestacional. En este sentido, la Corte ha sido tímida en cuanto a afrontar de manera más contundente el derecho a la prueba, aunque en este punto se debata sobre la facultad del órgano jurisdiccional para intervenir en el gasto público; pero esto desarrollaría parte de los principios del Estado Social de Derecho.

11) Se reitera, la delimitación conceptual del derecho a la prueba es relevante tanto para las partes, en tanto establece cómo y cuándo pueden probar los hechos debatidos; como para el juez, dado que le ofrece los criterios para admitir o rechazar una prueba, decretarla, practicarla y valorarla. Por ello, es de suma importancia, por lo que abarca un aspecto que incumbe a cada ciudadano por la naturaleza misma del derecho a probar, el cual representa una conquista histórica.

Referencias

- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público*, 1 (12), 185-212.
- Arango Rivadeneira, R. & Alexy, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Borrego, C. (2011). *Garantías Constitucionales y las Pruebas Penales*. Caracas: Editorial Livrosca.

- Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- Gascón Abellán, M. & García Figueroa, A. (2003). *Interpretación y argumentación jurídica*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- Lopera Mesa, G. P. & Arias Holguín, D. P. (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- López Medina, D. E. (2006) *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- Lluch, X. A. (2012). *Derecho probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba judicial Análisis y valoración*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Picó i Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Ibáñez.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 064 (143), 181-206.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-055 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-393 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-442 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-006 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-237 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-329 (1996)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-100 (1998)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-504 (1998)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-087 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-242 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-488 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-555 (1999)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-589 (1999)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-1270 (2000)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-694 (2000)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1395 (2000)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-025 (2001)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-132 (2002)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-159 (2002)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-949 (2003)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-974 (2003)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-778 (2005)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-902 (2005)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1090 (2005)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-171 (2006)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-808 (2006)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-396 (2007)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-162 (2007)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-458 (2007)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-526 (2007)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1100 (2008)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1246 (2008)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-077 (2009)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-264 (2009)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-747 (2009)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-078 (2010)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-313 (2010)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-395 (2010)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-717 (2011)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-015 (2012)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-319A (2012)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-352 (2012)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-803 (2012)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-117 (2013)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-148 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-159 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-169 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-316 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-317 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-518 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-523 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-832A (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-923 (2013)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-107 (2014)
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-145 (2014)