

Derecho Probatorio en el Régimen de Derecho Público Colombiano*

Evidence Law in the Colombian Public Law Regime

Juan Esteban AGUIRRE ESPINOSA**

RESUMEN: La ley 1437 de 2011 y posteriormente con la reforma introducida por la ley 2080 de 2021, al actual código procesal administrativo y de lo contencioso administrativo conocido popularmente como C.P.A.C.A, estas disposiciones normativas, se convierten en una nueva herramienta procedimental en cabeza de los funcionarios del Estado, los jueces y magistrados, operadores judiciales y abogados litigantes para ejercitar de manera más enérgica el activismo procesal que busca equi-

* El subtítulo de esta investigación, que funciona para delimitar el tema es el siguiente: “La incidencia del código general del proceso en el régimen probatorio establecido la ley 1437 de 2011. Reformado por la ley 2080 de 2021, desde los postulados del debido proceso como derecho humano convencional y derecho fundamental en la constitución de 1991.”

** Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, especialista en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Ciencias Políticas, Magister en Derecho Universidad Católica Luis Amigó. docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas y de La Facultad de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó (Colombia). Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Ponente y conferencista Internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación DEHJUS Derecho, Justicia y Desarrollo Humano, categorizado A. Investigador categoría Asociado Min-ciencias. ORCID: 0001-9012-9585. Contacto: <aguirreesteban@gmail.com>. Fecha de recepción: 18/03/2021. Fecha de aprobación: 13/03/2022.

librar la balanza de la justicia irradiando los procesos judiciales en asuntos contencioso administrativos. Este escrito, pretende hacer una disertación acerca del régimen probatorio que en sede administrativa y jurisdiccional se introdujeron a partir de la ley 1437 de 2011 y su reforma mediante la ley 2080 de 2021, en los aspectos probatorios desde un análisis crítico.

PALABRAS CLAVE: Derecho probatorio; debido proceso; derecho procesal administrativo; derecho colombiano; Estado colombiano.

ABSTRACT: The Law 1437 of 2011 and later with the reform introduced by Law 2080 of 2021, to the current code of administrative procedure and contentious-administrative law popularly known as CPACA, these normative provisions, become a new procedural tool in the hands of State officials, judges and magistrates, judicial operators and trial lawyers to more energetically exercise procedural activism that seeks to balance the balance of justice by radiating judicial processes in contentious-administrative matters. This writing intends to make a dissertation about the evidentiary regime that in administrative and jurisdictional headquarters were introduced from Law 1437 of 2011 and its reform through Law 2080 of 2021, in the evidentiary aspects from a critical analysis.

KEYWORDS: Evidence Law; Due Process; Administrative Procedural Law; Colombian Law; State.

El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces,
fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma
del pasado y delante, el enigma del futuro.
Ese minúsculo cerco es la prueba.

Francesco Carnelutti

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Las últimas dos décadas han sido testigo de grandes cambios procesales dentro del Estado Colombiano, las reformas en los códigos adjetivos en materia procesal penal (ley 906 de 2004) Procesal laboral (Ley 1149 de 2007) Procesal Civil con la Expedición del Código general del Proceso (ley 1564 de 2012) y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo. (ley 1437 de 2011) incluyéndose la reforma realizada por la ley 2080 de 2021, han sido orientados con la finalidad de replantear muchas instituciones procesales, buscando el acercamiento de la administración de justicia a la ciudadanía, desde la oralidad como sinónimo de celeridad judicial.

En materia de procedimiento contencioso administrativo y proceso administrativo, desde el año 2006 el Consejo de Estado Colombiano emprendió un profundo análisis sobre la necesidad de reformar el decreto 01 de 1984 código contencioso administrativo de frente a las nuevas realidades constitucionales que planteo la Carta Política de 1991, buscándose una adecuación de los procedimientos administrativos y el proceso administrativo, a los postulados del debido proceso regulado por el artículo 29 de la Constitución Nacional, desde la creación de modelos actuales que regulen la relación ente el Estado y los particulares, desde la óptica de la constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia.

Con base en los trabajos adelantados por la Comisión de Reforma de la jurisdicción administrativa se logró por parte del Consejo de Estado y el Gobierno nacional la presentación al congreso de la Republica de Colombia, el nuevo proyecto de Código el 17 de noviembre de 2009, el cual fue aprobado y sancionado mediante ley 1437 de 2011: Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, se conformó la comisión de reforma de la jurisdicción administrativa, integrado por el Ministro del Interior y de Justicia o su delegado, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, Los Magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y un Magistrado por cada una de las Secciones del Consejo de Estado. La mencionada ley fue producto del consenso entre el gobierno, magistrados y usuarios de la rama judicial, quienes hicieron parte de la Comisión.

La estructura del código consta de un libro primero que regula lo concerniente a los procedimientos administrativos y un segundo libro que regula el control judicial de las actuaciones de la administración. Controles en sede administrativa y en sede jurisdiccional.

Se resalta en primer lugar, el Código fue elaborado por los magistrados del Consejo de Estado, buscando fortalecer los poderes de los jueces, en detrimento de las facultades de las partes. Situación algo arbitraria y carente de legitimidad, buscando un código de enjuiciamiento en contravía, a los intereses del ciudadano.

Se pretende entonces en este texto establecer una mirada panorámica del régimen probatorio regulado por el C.P.A.C.A. desde el control en sede administrativa como en sede jurisdiccional. Partiendo desde el concepto de la constitucionalización del proceso. Como lo manifiesta la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2002, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño:

Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia

Desde esta perspectiva se puede afirmar que la prueba se convierte entonces en la piedra angular del proceso en cualquier jurisdicción, sin ser ajena al proceso contencioso administrativo en Colombia, antes de la expedición de la ley 1437 de 2011. Motivo por el cual se hace necesario citar varios doctrinantes que la conceptúan desde los siguientes conceptos:

Dellepiane define la prueba desde dos ópticas: La primera, que la concibe como sinónimo de ensayo, experimentación o revisión, orientada a establecer la existencia de hechos relevantes del proceso y la segunda, como acción de probar, relativa a la confrontación de cada parte con los medios probatorios allegados al proceso.¹

Para Taruffo, la prueba judicial es el instrumento que otorga al juez la información que le servirá para establecer si los enunciados sobre los hechos tienen sus bases cognitivas suficientes y adecuadas para considerarlos verdaderos, carácter racional de la prueba.

¹ Cfr. DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Editorial Temis, 2011.

En la misma perspectiva, según Rivera, la actividad de probar, entendida como aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma la convicción del juez debido a que le permite verificar los hechos a que se refiere.

Sin embargo, esas relaciones, dentro del C.P.A.C.A. buscaron extender esas realidades del debido proceso en materia jurisdiccional, al procedimiento administrativo regulado por el nuevo código. Regular las relaciones entre el Estado y los Ciudadanos en lo administrativo y en la segunda parte los procesos judiciales que adelantan los ciudadanos contra el Estado. Como se abordará a continuación.

II. RÉGIMEN PROBATORIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA INCIDENCIA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

La estructura del código consta de un libro primero que regula lo concerniente a los procedimientos administrativos y un segundo libro que regula el control judicial de las actuaciones de la administración. Controles en sede administrativa y en sede jurisdiccional.

En sede administrativa, establece el C.P.A.C.A. en su artículo 40 que regula las Pruebas en los siguientes términos:

Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

Frente a las situaciones en sede administrativa, en materia probatoria se continua con los medios de pruebas tradicionalmente aceptados, haciéndose remisión expresa al procedimiento civil, ahora regulado por el C.G.P., norma procesal que actualmente los regula en su artículo 165, de la siguiente forma:

MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

Sin embargo, del artículo 40 del C.P.A.C.A. citado, vale la pena hacer el siguiente reparo, por qué se establece que: “*Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos*”. Situación que deja al arbitrio del funcionario administrativo que decida qué pruebas considera pertinentes sin permitir al administrado, controvertir cuando le niegan determinadas pruebas que sean de importante valor probatorio para resolver el trámite, investigación y/o contienda entre el Estado-Administración y Ciudadano-Administrado, quedando el ciudadano sin recurso legal alguno para controvertir el auto que decreto las pruebas. Situación arbitraria, si se parte que el debido proceso como Derecho Humano Convencional y derecho fundamental en la Constitución de 1991, surge dentro de un contexto en materia contencioso administrativa, de garantizar la correcta producción de actos administrativos,

extendiéndose su cobertura a todo ejercicio que debe orientar la administración pública en cuanto a los fines y objetivos Estatales. Dejando a la intemperie los medios de impugnación que en materia probatoria le asisten al administrado.

Ahora en el segundo libro que regula el control judicial de las actuaciones de la administración, se buscó con el nuevo estatuto procesal en materia administrativa, configurar un régimen propio en materia probatoria, sin embargo, pese a los intentos, con la ley 1437 del 2011, se continua con una marcada incidencia del régimen procesal civil –ahora CGP- estableciéndose como válidos todos los medios probatorios regulados por el Código General del Proceso. Tal como lo señala el artículo 211 del C.P.A.P.A. en los siguientes términos: “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.”

Por expresa remisión del artículo 211 del C.P.A.C.A. es aplicable al proceso administrativo la carga de la prueba contenida en el C.G.P. regulada en el artículo 167: con respecto a la cual corresponde a las partes aportar los medios de prueba que acrediten el supuesto factico de las normas cuyo efecto jurídico pretenden que se les aplique. Simultáneamente se le concede al juez administrativo la iniciativa para decretar pruebas de oficio cuando así lo requiera en búsqueda de la verdad, tal como lo establece el artículo 213 del C.P.A.C.A.

Hechas las anteriores apreciaciones para que sean apreciadas por el juez o el magistrado, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. Tal como lo regula en C.P.A.C.A. en el artículo 212 en los siguientes términos:

En primera instancia en sede jurisdiccional, 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 reconvencción 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 decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero 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.

Realizando una sana *sindéresis* del artículo transcrito, se puede llegar a la siguiente conclusión, el C.P.A.C.A. regula la iniciativa probatoria de las partes en solicitar las pruebas que estimen pertinentes para solucionar la contienda presentada al juez o magistrado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sea en primera o en segunda instancia, conforme a las reglas pactadas. Donde se denota un principio de derecho procesal dispositi-

vo donde las partes restringen de cierta manera, pueden coartar en cierto modo la facultad oficiosa del juzgador. Sin embargo, acto seguido se establecen las siguientes reglas con respecto a las pruebas de oficio, establece el C.P.A.C.A.:

En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta.

De este artículo se puede resaltar que dentro del auto que las partes pueden solicitar solo por una vez pruebas que consideren pertinentes y conducentes para contraprobar las pruebas de oficio que señale el juez o magistrado. Creándose de esta manera una nueva oportunidad procesal para pedir pruebas por las partes dentro del litigio.

En el C.P.A.C.A. es clara su remisión de manera expresa las disposiciones del código general del proceso en cuanto a los medios de prueba, lo que inquieta es que el código procesal administrativo, da vigencia a nuevas posturas inquisitivas que facultan al juez y al magistrado para ejercer facultades de oficio. Contrariando a lo que establece Alvarado desde su postura de garantismo procesal quien niega la posibilidad de convivencia de los dos sistemas procesales –Dispositivo-Inquisitivo- afirmando que

son absolutamente antagónicos y que lo que es viable es que se alternen en el tiempo.² Así las cosas, se puede observar que los dos sistemas procesales si pueden convivir dentro de un estatuto procesal, tal como se corrobora en el C.P.A.C.A. cuando el juez o magistrado, luego de escuchar las alegaciones de las partes y antes de dictar sentencia, puede dictar un auto de medidas para mejor proveer, con miras a esclarecer los puntos difusos de la contienda y decretar pruebas de oficio que buscan dar certeza en su arbitrio para dictar su fallo o sentencia, conforme a los hechos que deben quedar probados dentro del proceso.

Señala Hunter frente a la iniciativa judicial de decretar pruebas de oficio, algunas claves para la plena compatibilidad entre la actividad probatoria del juez e igualdad procesal, estableciendo que una de esas claves es admitir que el decreto oficioso de pruebas es una potestad y no un deber, pues concebirlo bajo esta última modalidad, se irrespetaría la igualdad procesal al sustituirse la carga probatoria y sacar al juez de su condición de tercero supra partes, resaltándose que esta facultad es discrecional del juez que no puede suplir las deficiencias probatorias de las partes.³

Asimismo, el C.P.A.C.A regula expresamente en materia probatoria la exclusión de la prueba cuando fuese obtenida con violación al Debido proceso en el artículo 214 cuando se regula:

Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Iguales tratamientos recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.

² Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.

³ Cfr. HUNTER AMPUERO, Ivan, “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil”, *Revista Ius et praxis*, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Talca, , núm. 2, 2017, p. 69.

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.

OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA EN EL C.P.A.C.A que deben ser tenidos en cuenta:

- COMISION PARA LA PRACTICA DE PRUEBAS Y DILIGENCIAS. Artículo 117, SUSPENSION DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS. 181. Numeral 2, DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO EN CUALQUIERA DE LAS INSTANCIAS. Artículo 213 Numeral 3, NOMBRAR PERITOS POR FUERA DE LA LISTA DE AUXILIARES DE LA JUSTICIA. Artículo 218. Numeral 4, INTERROGAR A LOS PERITOS EN AUDIENCIA INICIAL. Artículo 220. Numeral 5, AMPLIAR LOS TERMINOS PARA LA CONTRADICCION DEL DICTAMEN. Artículo 222, DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES PARA ASEGURAR LA PRUEBA. Artículo 229.

III. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL A LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La prueba está sujeta al debido proceso, el cual es un principio derivado desde la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad, desde la Convención Americana de Derechos Humanos, y juntamente con el desarrollo y al alcance que les han dado a estas garantías las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, en armonía con los artículos 2° al 14 del Código General del Proceso, en los cuales se encuentran previstos los principios del derecho procesal y probatorio, tales como la legalidad, el acceso a la justicia, la intermediación y el debido proceso, entre otros.

En relación a la extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo, la honorable Corte Constitucional ha manifestado que ello no implica que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública:

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

La extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero, a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y, de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3º del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-034 de 2014, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

El hecho que las actuaciones administrativas deban guardar además de los principios constitucionales, aquellos que rigen la función administrativa como la celeridad y economía en sus actuaciones, ello no implica el desconocimiento total de las garantías al debido proceso en sede administrativa. Toda actuación de la administración pública debe realizarse de acuerdo al debido proceso, y se debe permitir al administrado interponer los recursos de Ley que agoten la vía administrativa y presentar con ellos las pruebas que pretenda hacer valer (Artículo 77 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011), y seguidamente acudir al control en sede judi-

cial contencioso administrativo de tales decisiones; ello permitirá a su vez observar, entre otros aspectos, que tales decisiones hayan sido adoptadas con base en las pruebas e informes disponibles y obrantes de manera legal en el respectivo expediente, según lo señala el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 42. Contenido de la decisión. 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.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

Uno de los derechos que personas tienen ante las autoridades administrativas, se encuentra el de permitirle al administrado aportar elementos de prueba en cualquier actuación administrativa y a que estos sean valorados por las autoridades, tal y como lo señala el artículo 5°, numeral 8° de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: 8. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente.

Las autoridades administrativas tienen expresamente prohibido no practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas, y tienen el deber de practicar las que sean necesarias, con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado o aquellas que busquen su exoneración en las actuaciones administrativas sancionatorias, garantizando con

ello el principio de imparcialidad en la producción y apreciación de la prueba.

Siguiendo en el tema de actuaciones sancionatorias de orden administrativo, el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone en relación a las pruebas aportadas por el investigado que “no se atenderán las practicadas ilegalmente”.

Si para la obtención de los medios probatorios aportados en las actuaciones administrativas, estos se han producido con violación de derechos fundamentales o violación de los requisitos formales propios fijados por el legislador, tales elementos probatorios deberán ser excluidos mediante acto administrativo motivado y no se tendrán en cuenta al momento de tomar una decisión. Al respecto el Código Único Disciplinario Ley 734 de 2002, en el artículo 140 definirá la prueba practicada ilegalmente como prueba inexistente, señalando lo siguiente:

Artículo 140. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

Se encuentran excluidas en materia administrativa, y por lo tanto se consideran inconstitucionales aquellas pruebas que se han obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, de la dignidad humana, y todos aquellos valores que dan contenido a las garantías procesales.

La corte Constitucional en Sentencia C-225 de 2017, ha señalado como garantía del debido proceso se encuentra la presunción de inocencia, en dicha providencia se resumen algunos aspectos probatorios que las autoridades públicas debe tener en cuenta en los procedimientos administrativos sancionatorios:

(i) corresponde al Estado la carga de desvirtuar la inocencia, a través de la prueba de los elementos de la responsabilidad, incluida la

culpabilidad. (ii) A pesar de existir libertad de medios probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia, sólo son admisibles medios de prueba respetuosos del debido proceso y acordes a la dignidad humana. (iii) Nadie puede ser obligado a contribuir para que la presunción de inocencia que lo ampara, sea desvirtuada; (iv) La prueba necesaria para demostrar la culpabilidad debe tener suficiente fuerza demostrativa, más allá de toda duda razonable, la que en caso de persistir, debe resolverse mediante la confirmación de la presunción y (v) durante el desarrollo del proceso o del procedimiento, la persona tiene derecho a ser tratado como inocente. Para la jurisprudencia, la presunción de inocencia es, a la vez, fundamento de la proscripción de principio de la responsabilidad objetiva. A pesar de tratarse de una garantía esencial del derecho fundamental al debido proceso, la presunción de inocencia, como los otros derechos y garantías constitucionales, no constituyen potestades absolutas reconocidas a un individuo.

En los procedimientos administrativos y mayormente en aquellos de carácter sancionatorio, se le permite al interesado aportar y solicitar pruebas incluso al momento de recurrir las decisiones administrativas interponiendo los recursos, dando las mismas garantías que fueron otorgadas desde la actuación administrativa inicial.

IV. CONTROL JUDICIAL DEL AUTO QUE DENIEGA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS PROFERIDO EN PRIMERA INSTANCIA POR LOS JUECES ADMINISTRATIVOS

De conformidad con la remisión ya mencionada del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, en materia probatoria en lo no regulado se aplica la regulación contenida en el Código General del Proceso, entre otros los artículos 168 y 169, los cuales señalan:

Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

Artículo 169. Prueba de oficio ya petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. (...)

La garantía del derecho de defensa está condicionada a cumplir ciertos requisitos establecidos por la Ley, los cuales garantizan el debido proceso, asegurando que tanto los medios de prueba aportados por las partes y aquellos aportados oficiosamente por el juez sean conducentes y pertinentes.

Como lo señala el artículo 168 de la Ley 1564 de 2011, con el fin de que la solicitud de decretar y/o practicar alguna prueba no sea rechazada de plano, dicha prueba debe cumplir con los siguientes requisitos: *i) Licitud, ii) eficacia, iii) pertinencia y iv) necesidad.*

En cuanto a la *licitud*, los medios de prueba aportados han debido ser practicados guardando las formalidades propias exigidas por el legislador, de otro modo para garantizar el debido proceso, tal solicitud deberá ser rechazada de plano.

El numeral 9º del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, señala que uno de los autos que son apelables proferidos en primera instancia por los jueces administrativos, es el que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, cuya apelación solo procederá de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

Por su parte, el artículo 214 del Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo regula el trámite del recurso de apelación de dicho auto en los siguientes términos:

Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.
2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.
3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.
4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.

La oportunidad legal de interposición del recurso de apelación contra el auto que deniegue la práctica de alguna prueba, será al momento de la audiencia de inicial el cual debe ser sustentado en la misma audiencia, dando traslado a cada una de las partes.

Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

10. Decreto de pruebas. Sólo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y 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. (...)

V. APORTE DE PRUEBAS RECOBRADAS EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN SEDE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos, de acuerdo a las siguientes causales establecidas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido preferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada.

Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

En esta instancia cuando se pretenda presentar Recurso de Revisión sustentado en la causal primera del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, no es posible aportar un medio de prueba recobrado distinto al medio de prueba documental, en relación a aquellos que el recurrente no haya podido aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

VI. DERECHO A LA PRUEBA COMO DERECHO HUMANO

El régimen probatorio al interior del procedimiento administrativo en las entidades que conforman la administración pública, implica el reconocimiento de una serie de garantías tanto previas como posteriores en cada actuación administrativa, tanto desde la expedición como de la ejecución de un procedimiento o acto administrativo.

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparejen consecuencias para los administrados.

En consonancia mediante Sentencia C-146/15, Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sostuvo que:

Esta garantía se ve reforzada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En el ámbito del sistema universal de derechos hu-

manos, la Declaración Universal consagra en sus artículos 10 y 11 el derecho al debido proceso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo contempla en sus artículos 14 y 15; y en el ámbito del sistema regional de protección, la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre lo reconoce en los artículos XVIII y XXVI y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 (garantías judiciales) que se complementa, bajo la interpretación de la Corte Interamericana, junto con el artículo 25 (protección judicial).

En ese orden, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías establecidas en el artículo 8 (el derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial, el derecho a un plazo razonable, el derecho a la defensa, el derecho a conocer las razones suficientes sobre una decisión, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete y a recibir comunicación previa y detallada de la acusación, el derecho a recibir asistencia consular, el derecho a recurrir la decisión ante un juez o instancia superior, entre otras) deben ser igualmente observadas en procedimientos de carácter administrativo. Al respecto, desde el caso Baena Ricardo contra Panamá de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el derecho a las garantías judiciales se refiere “al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos”. De ese modo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal aplicable en cualquier orden y ámbito, incluyéndose el derecho fundamental a la prueba, como derecho humano.

Desarrollar el artículo 29 de la Constitución política, el debido proceso y el Derecho a la prueba, no solo se aplica a los procesos procedimientos y actuaciones administrativas. Sin embargo,

se nota que las disposiciones de la ley 1437 de 2011 conservan las facultades oficiosas y discrecionales de los jueces y magistrados en materia de justicia administrativa.

Resalta Ramírez que la constitucionalización del derecho a la prueba se da en la etapa de la pos-guerra, pues su regulación era eminentemente legal y que, en el caso colombiano, es la carta de 1991 la que al establecer en el artículo 29 las reglas del debido proceso aplicables a todo tipo de actuaciones, incluye el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se aduzcan en su contra. Incluyéndose los derechos convencionales ratificados por Colombia que regulan la materia.⁴

Se consagra en la ley 1437 de 2011, en primer lugar, una bilateralidad del procedimiento administrativo. En materia de solicitar las pruebas por las partes, pero una discrecionalidad del fallador para llegar a la certeza y a la verdad con las medidas de mejor proveer ejerciendo las facultades oficiosas que le otorga el C.P.A.C.A.

Según Tirado, hablando acerca de la historia del proceso dispositivo: Los pueblos griegos y romanos, se caracterizaron por radicar en las partes el inicio del trámite y la iniciativa probatoria y dejar al juez como fallador de la causa. Sin embargo, las nuevas tendencias procesales adoptadas por el legislador en Colombia para configurar los procedimientos administrativos y los procesos contencioso administrativos, entregan nuevas facultades que riñen con las concepciones del sistema dispositivo, configurándose lo que denomina la doctrina como activismo judicial, el cual se puede corroborar desde la elaboración del C.P.A.C.A. siendo un estatuto procesal creado por los jueces y para los jueces.

Lejos de las pretensiones que inspiraron el código procesal administrativo en Colombia, se puede evidenciar que los parámetros para los litigantes en el ejercicio de la prueba judicial en el

⁴ Cfr. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Bogotá, Editorial Externado de Colombia, 2009.

procedimiento de lo contencioso administrativo, se limitaron por parte del legislador a remitir a las disposiciones que, en materia procesal civil, regulan la prueba, toda vez que el código general del proceso, en materia residual, suple las falencias del CPACA.

VII. CONCLUSIONES

Primera: El derecho a la prueba en el procedimiento administrativo, queda a potestad del funcionario estatal, toda vez que el auto que las decreta no tiene recursos.

Segunda: La ley 1437 de 2011, regulo básicamente las oportunidades procesales para solicitar y practicar pruebas, dejando en manos de la ley 1564 de 2012, el ejercicio de los medios probatorios aceptados dentro de los procedimientos administrativos y el proceso jurisdiccional.

Tercera: El Código fue elaborado por los magistrados del Consejo de Estado, buscando fortalecer los poderes de los jueces, en detrimento de las facultades de las partes. Situación algo arbitraria y carente de legitimidad, buscando un código de enjuiciamiento en contravía, a los intereses del ciudadano.

Cuarta: Dentro del proceso judicial administrativo, conviven dos modelos procesales antagónicos, en una primera parte, el sistema dispositivo y un sistema discrecional publicista por parte de los jueces y magistrados de la jurisdicción administrativa con las denominadas pruebas de oficio.

Quinta: El derecho a la prueba en Colombia ostenta el grado de derecho fundamental desde los postulados del debido proceso en sintonía con su proclamación como DDHH desde las disposiciones de la Convención Interamericana de derechos humanos.

