



Auto 268/15

REVISION DE TUTELA-Práctica de inspección judicial sigue reglas del Código General del Proceso

Estas actuaciones exigen la elaboración de un acta por parte del funcionario judicial, la cual dé cuenta de los resultados de la diligencia, las demás pruebas que fueron decretadas en el marco de la misma y las conclusiones a las que arribó dicho funcionario. A su vez, este documento debe estar debidamente suscrito por las autoridades y personas que intervinieron en la diligencia.

PRACTICA DE PRUEBAS EN TRAMITE DE REVISION DE TUTELA-Procedimiento aplicable

(i) con el fin de lograr la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas; (ii) en tal evento, la Sala respectiva podrá ordenar la suspensión de términos del procesos, cuando ello fuere necesario; (iii) el magistrado sustanciador podrá, bajo los apremios legales y si fuere el caso, insistir en la práctica de las pruebas decretadas y no recaudadas. En este caso el magistrado sustanciador podrá poner en conocimiento a la Sala Plena o la Sala de Revisión en su caso, para que se adopten las medidas pertinentes; y (iv) para la práctica de pruebas, el magistrado sustanciador podrá comisionar a los jueces y magistrados con jurisdicción en el lugar. A su vez, de acuerdo con las enmiendas al Reglamento introducidas por el Acuerdo 1º de 2015 y que entraron a regir el 1º de julio del mismo año, (v) una vez recibidas las pruebas, estas serán puestas a disposición de las partes por un término máximo de tres días, a efecto que se pronuncien sobre las mismas.

PRACTICA DE PRUEBAS EN TRAMITE DE REVISION DE TUTELA-Límites

La oportunidad legal para que el magistrado sustanciador decrete pruebas en el trámite de revisión de la acción de tutela, concluye una vez se pone a consideración de la Sala la ponencia correspondiente.

TRAMITE DE REVISION DE TUTELA-Nulidad de auto que decretó inspección judicial fuera de la oportunidad legal

Referencia: Expedientes acumulados T-3.720.675 y T-3.779.765.

Acciones de tutela interpuestas por la Asociación de Trabajadores de Playa Blanca (T-3.720.675) y por Wilfrido del Río Estrada



(T-3.779.765) contra el Ministerio del Interior y Otros.

Magistrada Ponente (E):
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO

1. Que a través de comunicación del 7 de mayo de 2015, la Secretaría General de la Corte remitió a este Despacho los expedientes acumulados de la referencia, teniendo en cuenta que el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva había sido designado como nuevo ponente del fallo respectivo. Esto en virtud que la ponencia originalmente presentada por el Magistrado Alberto Rojas Ríos no fue aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala Octava de Revisión.
2. Que a través de auto del 5 de mayo de 2014, el Magistrado Alberto Rojas Ríos ordenó “la práctica de una inspección judicial en la vereda Playa Blanca, corregimiento de Barú departamento de Bolívar, para el día dieciocho (18) y diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce”. Esto “con el propósito de tener un mejor conocimiento de los hechos que ocasionaron la presente acción de tutela”.¹ Para practicar dicha diligencia, el mismo auto comisionó a un magistrado auxiliar, acompañado por dos empleados del Despacho del Magistrado Rojas Ríos.
3. Que en razón a que ni el Decreto Ley 2591 de 1991, ni el Acuerdo 5 de 1991 contemplan reglas particulares en lo que respecta a la práctica de la inspección judicial, el régimen aplicable es el contemplado en el Código General del Proceso. El artículo 238 de dicha normatividad regula el procedimiento respectivo, dentro del cual se prevé entre otros aspectos que (1) en la diligencia el juez (en este caso el magistrado auxiliar comisionado) identificará las personas, cosas o hechos examinados y expresará los resultados de lo percibido por él; (2) el juez, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar las pruebas que se relacionen con los hechos materia de la inspección; (3) cuando se trate de inspección de personas podrá el juez ordenar los exámenes necesarios; (4) el juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar otra medida que se considere útil para el establecimiento de los hechos; y (5) cuando se trate de predios rurales el juez podrá identificarlos mediante su reconocimiento aéreo, o con el empleo de medios técnicos confiables.

¹ Cuaderno Anexo número tres. Folio 5.



4. Que el cumplimiento de estas actuaciones exige la elaboración de un acta por parte del funcionario judicial, la cual dé cuenta de los resultados de la diligencia, las demás pruebas que fueron decretadas en el marco de la misma y las conclusiones a las que arribó dicho funcionario. A su vez, este documento debe estar debidamente suscrito por las autoridades y personas que intervinieron en la diligencia. +No obstante, revisado el expediente no fue encontrado dicho documento.

5. Que, en consecuencia, a través de Auto del 16 de junio de 2015, la Magistrada Sustanciadora (E) solicitó al Despacho del Magistrado Rojas Ríos que remitiera a este Despacho el documento original contentivo del acta de inspección judicial correspondiente a la prueba decretada mediante Auto del 5 de mayo de 2014 y practicada los días 18 y 19 del mismo mes.

En cumplimiento de lo solicitado, a través de comunicación del 18 de junio de 2015, el Magistrado Alberto Rojas Ríos remitió a este Despacho *“el cuaderno que contiene la inspección judicial decretada mediante Auto del 5 de mayo de 2014 y practicada los días 18 y 19 del mismo mes. La referida acta contiene un cuaderno con 35 folios y 3 cds de los cuales dos de ellos contienen archivos fotográficos y uno recauda material audiovisual.”*

6. Que revisado la documentación remitida, se encuentra que fue remitido un documento denominado “Realización de la Inspección Judicial”, el cual no cuenta con ninguna firma del magistrado auxiliar comisionado, los empleados de la Corte que acompañaron la diligencia, ni las demás personas ni autoridades que participaron en la misma. En la primera parte del documento, luego de reiterar el contenido del Auto que ordenó la práctica de la inspección judicial, se describe sucintamente el contenido del material audiovisual contenido en soporte electrónico, el cual está relacionado con la visita al área de Playa Blanca, con el fin de comprobar las condiciones de explotación económica de la zona, así como el ejercicio del uso de territorio por parte de las comunidades nativas. En ellas, se describe la situación de la zona y se entrevista a algunas personas, quienes no son identificadas legamente a través de sus documentos y quienes tampoco suscriben ningún texto que luego fuese incorporado al expediente. En ese sentido, en el documento remitido al despacho del Magistrado Sustanciador se hace referencia, a propósito de las declaraciones de miembros de la comunidad, y particularmente de Asotuplab, a declaraciones rendidas por “una persona”, o “uno de los representantes”, “miembros de la asociación”, “la directora de Corplaya”, “el abogado de FONADE”, etc. En ninguno de esos casos se procedió a identificar plenamente a dichas personas, ni menos se comprobó la calidad que ostentaban o su capacidad de representar a organismos públicos o privados. El documento remitido tampoco transcribe los testimonios recolectados, a fin que fueran suscritos por los intervinientes en la diligencia respectiva.

En una segunda sección del documento se hace una relación de los documentos aportados por diversas organizaciones y entidades durante la diligencia judicial. Dichos documentos fueron remitidos, entre otras personas, por Playa Blanca Barú



S.A.S., la Corporación para el Desarrollo de Playa Blanca Barú – Corplaya, la Alcaldía Mayor de Cartagena, la Alcaldía Local del Corregimiento de Santa Ana de la Isla de Barú y la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias y el Consejo Comunitario de la Isla de Barú. Igualmente, hace referencia a las actas de consulta previa que dan cuenta de las reuniones celebradas entre las autoridades accionadas y los Consejos Comunitarios de Barú, Ararca y Santa Ana.

Finalmente, en una tercera sección del documento se da cuenta de la reunión sostenida entre el magistrado auxiliar comisionado, los empleados de la Corte, representantes de la Defensoría del Pueblo, al Viceministra de Turismo, la Directora Nacional de FONADE, el Director Nacional de Consultas Previas del Ministerio del Interior, el Director Nacional de Asuntos Étnicos del Ministerio de Justicia, junto con funcionarios de FONADE, el Jefe de la Oficina Jurídica del Distrito de Cartagena, el Alcalde Local de la zona y un Asesor de la Secretaría de Interior de dicha ciudad. Así, se hace mención de las intervenciones de cada uno, pero no existe ninguna firma, ni documento soporte que ratifique el contenido de lo sintetizado en el documento.

7. Que en lo que respecta a la práctica de la inspección judicial en sede de revisión de tutela, deben aplicarse armónicamente las normas previstas en el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 5 de 1992 – Reglamento de la Corte Constitucional. Igualmente, los vacíos en dicha normativa deberán ser resueltos por normas generales, en este caso el Código General del Proceso.

Sobre este particular se encuentra que el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 determina que la Corte designará tres magistrados de sus integrantes, para revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales de distrito judicial. A su vez, los artículos 57 y 58 del Reglamento de la Corte Constitucional regulan la práctica de pruebas en los procesos de revisión de tutela.

En cuanto al procedimiento aplicable, dichos preceptos indican que (i) con el fin de lograr la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas; (ii) en tal evento, la Sala respectiva podrá ordenar la suspensión de términos del procesos, cuando ello fuere necesario; (iii) el magistrado sustanciador podrá, bajo los apremios legales y si fuere el caso, insistir en la práctica de las pruebas decretadas y no recaudadas. En este caso el magistrado sustanciador podrá poner en conocimiento a la Sala Plena o la Sala de Revisión en su caso, para que se adopten las medidas pertinentes; y (iv) para la práctica de pruebas, el magistrado sustanciador podrá comisionar a los jueces y magistrados con jurisdicción en el lugar. A su vez, de acuerdo con las enmiendas al Reglamento introducidas por el Acuerdo 1° de 2015 y que entraron a regir el 1° de julio del mismo año, (v) una vez recibidas las pruebas, estas serán puestas a disposición de las partes por un término máximo de tres días, a efecto que se pronuncien sobre las mismas.



8. Que las normas anotadas, al igual que aquellas que fijan el procedimiento para la práctica de inspecciones judiciales en el Código General del Proceso, no determinan la oportunidad procesal en que resulta admisible el decreto de dicha prueba. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 170 del Código General del Proceso, el juez deberá decretar pruebas de oficio “en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar.” De otro lado, como se indicó en el numeral anterior, de conformidad con el Reglamento de la Corte las pruebas serán decretadas por el Magistrado Sustanciador.

La Sala de Revisión advierte que la fijación de un periodo probatorio preciso e identificable en el trámite de acción de tutela es un requisito que se deriva de la eficacia del principio de debido proceso, así como de la necesaria transparencia que debe imperar en todo procedimiento judicial. A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la extensión injustificada del periodo probatorio contradice el derecho al debido proceso. Al respecto, en la sentencia T-577/98 se expresó por la Corte que *“En tratándose de la dilación injustificada de términos, es preciso destacar la obligación que tienen las autoridades judiciales del cumplimiento de los deberes y de los términos previstos para cada procedimiento, como quiera que la dilación injustificada conlleva indudablemente a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Así las cosas, al configurarse esta situación, la acción de tutela resulta procedente, con el fin de entrar a revisar la posible dilación injustificada en que ha incurrido la funcionaria en la adopción de las decisiones a su cargo. || El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en nuestro Estatuto Fundamental en su artículo 29, se encuentra en armonía con el derecho a que se administre pronta y cumplida justicia, es decir, en la vigencia y realización del principio de celeridad procesal que debe regir las actuaciones de todos los funcionarios de la Rama Judicial. Por ende, cuando los funcionarios investidos de la potestad de administrar justicia dilatan indefinidamente las decisiones judiciales que deben proferir, incumplen los deberes que les son propios, conculcan el derecho fundamental mencionado y, ocasionan perjuicios a la parte afectada con esa dilación.”*

A partir de esta premisa, la Sala considera que si bien ni el legislador ni el Reglamento han previsto un término definido para el ejercicio de la facultad de decretar pruebas de oficio en el trámite de revisión de tutela, no es acertado concluir que esta facultad se extiende ilimitadamente en el tiempo. Ello debido a que tal interpretación afectaría irrazonable y desproporcionadamente el derecho al debido proceso, como ha sido delimitado por esta misma Corte. De allí que sea imperativo determinar el lapso en que resulta admisible el ejercicio de dicha facultad de las Salas de Revisión.

Sobre este particular, advierte la Sala dos parámetros interpretativos que permiten resolver la cuestión. En primer lugar, el Código General del Proceso determina, como se explicó anteriormente, que la potestad de decretar y practicar pruebas de oficio se extingue al momento de proferir sentencia. Si se tiene en cuenta que el



Decreto Ley 2591 de 1991 adscribe a las Salas de Revisión el procedimiento de los tribunales de distrito judicial, es evidente que la regla en mención les es aplicable. En segundo lugar, el artículo 57 Reglamento de la Corte prescribe que será el magistrado sustanciador quien tiene la competencia para decretar pruebas en el proceso de revisión de fallos de tutela. De esta denominación legal se sigue que el periodo probatorio expira una vez se ha presentado ponencia para fallo, en la medida en que en ese momento procesal el magistrado a cargo del caso inicia a obrar como magistrado ponente. Además, también es claro que la presentación de la ponencia supone no sólo la previa definición acerca de las cuestiones de interpretación constitucional y legal contenidas en los fallos objeto de examen, sino también la finalización del debate probatorio y la consecuente determinación de los elementos fácticos necesarios para adoptar la decisión judicial.

De otro lado, aunque para el momento en que se decretó y practicó la inspección judicial mencionada no había entrado en vigencia la reforma recientemente introducida en el Reglamento de la Corte, del hecho que esta enmienda prevea que las pruebas recaudas en sede de revisión deban ser trasladadas a las partes del proceso, se colige que las mismas no pueden ser practicadas luego de haberse presentado ponencia. Esto debido a que luego de esa instancia cualquier observación de los sujetos procesales carecería de toda eficacia, pues sus conclusiones no podrían reflejarse en el texto del proyecto de fallo.

De las consideraciones anteriores, la Sala concluye que, de ordinario, la oportunidad legal para que el magistrado sustanciador decrete pruebas en el trámite de revisión de la acción de tutela, concluye una vez se pone a consideración de la Sala la ponencia correspondiente. No obstante, también encuentra la Sala que la eficacia del principio de supremacía del derecho sustancial puede exigir que, en casos específicos y excepcionales, deban decretarse y practicarse pruebas luego de haberse presentado la ponencia correspondiente. Esta circunstancia, se insiste de carácter excepcional, procede cuando el material probatorio ordenado es imprescindible para resolver un aspecto de hecho intrínsecamente relacionado con la razón de la decisión, de manera que resulta dirimente para definir el sentido del futuro fallo. Esto implica, como es apenas natural, una carga argumentativa específica que justifique el carácter imperioso de la prueba.

Esta carga argumentativa, en criterio de la Sala, concilia la protección del derecho al debido proceso, vinculado con la obligación que el periodo probatorio no pueda extenderse injustificadamente, al punto que genere dilaciones injustificadas en el trámite judicial, con la protección del derecho sustancial en casos concretos. A su vez, conforme la reforma introducida al Reglamento de la Corte, el ejercicio de esta excepcional facultad probatoria deberá cumplir con el requisito de traslado a las partes de que trata el inciso primero del artículo 57.

9. Que en el caso analizado, en el auto del 5 de mayo de 2014 se hizo referencia expresa en el apartado de consideraciones que *“de conformidad con la constancia proferida por la Secretaría General de esta Corte, el proyecto de fallo del asunto de la referencia se registró el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), no*



obstante ante algunas inquietudes suscitadas por la magistrada y los magistrados que conforman la Sala Octava de Revisión de esta Corporación se concluyó que para mejor proveer y tener suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión, debía practicarse una inspección judicial.” Como se ha señalado, dicha inspección judicial se llevó a cabo los días 18 y 19 de mayo de 2014.

En ese sentido, la Sala encuentra que el decreto de la prueba de inspección judicial en el proceso de la referencia se hizo por fuera de la oportunidad legal para ello, pues fue realizada con posterioridad a que el entonces magistrado ponente presentara proyecto de fallo ante esta Sala de Revisión. Adicionalmente, también se encuentra que la única justificación para el decreto extemporáneo de la inspección judicial fue, en los términos del auto del 5 de mayo de 2014 *“para mejor proveer y tener suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión”*. Una justificación de este carácter amplio y genérico, en criterio de la Sala, no cumple con la carga argumentativa requerida para ejercer la facultad excepcional de decretar pruebas luego de haberse presentado la ponencia correspondiente. De allí que dicha actuación procesal afecte desproporcionadamente el derecho al debido proceso, al tornarse en una dilación injustificada del trámite de revisión.

10. Que además de la anterior situación, la Sala también encuentra que en la práctica de la inspección judicial en comento presenta serias falencias que le restan valor probatorio y, por ende, imposibilitan que pueda ser tenida en cuenta en el proceso, como pasa a explicarse:

10.1. En primer lugar, como se explicó en precedencia, no existe un acta formal de esa diligencia. Aunque el despacho del magistrado Alberto Rojas Ríos remitió un documento referido a la diligencia, el mismo no está suscrito ni por el magistrado auxiliar comisionado, ni por las personas que participaron en la inspección judicial. Por ende, no es posible comprobar en qué condiciones se llevó a cabo dicha inspección, las conclusiones a las que arribó y la comprobación acerca de quiénes participaron y en qué calidad lo hicieron, lo cual solo se puede verificar con la firma del documento respectivo.

10.2. En segundo lugar, el mencionado documento da cuenta de la intervención de representantes de diversas organizaciones y entidades estatales. Sin embargo, estas personas en su gran mayoría no son identificadas, ni menos fue comprobada la calidad en que actuaban, a través de la exhibición de poderes, actas de posesión, certificados de existencia y representación legal u otros documentos que sirvieran para ese propósito. En ese sentido, no hay manera de verificar si dichos representantes o funcionarios públicos actuaban en ejercicio de sus funciones, sean ellas legales o convencionales.

10.3. Aunque junto con el documento al que se ha hecho mención se acompañó material audiovisual, el mismo presenta las mismas carencias antes descritas. En él se hacen descripciones generales de la zona y se practican testimonios a pobladores y personas presuntamente afectadas con la problemática de Playa Blanca. Sin embargo, dichas personas no son identificadas, no se conocen sus



nombres, ni exhiben documentos de identificación. Por ende, no se cumplen con las condiciones mínimas que la ley exige para la práctica de testimonios. A este respecto, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 220 del Código General del Proceso, norma aplicable para el presente caso, el juez (en este caso el magistrado auxiliar comisionado) debe identificar al testigo con documento idóneo, lo cual fue pretermitido en el asunto analizado.

10.4. Aunque la Sala reconoce que la acción de tutela admite una extensa flexibilidad en sus procedimientos y que, a su vez, la actividad probatoria está basada en el reconocimiento de los principios de celeridad y buena fe, ello no implica que la práctica de pruebas no esté sometida a requisitos mínimos. Condiciones como la suscripción de actas y testimonios, la adecuada identificación de los testigos y la comprobación acerca de las calidades de quienes manifiestan actuar en nombre y representación de organizaciones o entidades públicas, son imperativas para garantizar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba. En el caso de la inspección judicial objeto de estudio, tales condiciones mínimas no fueron cumplidas.

11. Que habida cuenta que la inspección judicial fue decretada por fuera de la oportunidad legal para ello y, además, la práctica de dicha prueba fue realizada sin el cumplimiento de los requisitos mínimos que la ley prevé para el efecto, es necesario sanear el procedimiento con el fin de evitar futuras afectaciones al derecho al debido proceso. Ello a través de la declaratoria de nulidad parcial por parte de la Sala de Revisión.

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la **NULIDAD PARCIAL** de lo actuado en el proceso de revisión de los fallos contenidos en los expedientes acumulados T-3.720.675 y T-3.779.765, correspondientes a las acciones de tutela interpuestas por la Asociación de Trabajadores de Playa Blanca (T-3.720.675) y por Wilfrido del Río Estrada (T-3.779.765) contra el Ministerio del Interior y Otros. La declaratoria de nulidad parcial se restringe exclusivamente al Auto del 5 de mayo de 2014, así como al material probatorio recaudado en virtud de dicha decisión. Las demás actuaciones dentro de los procesos acumulados, tanto posteriores como anteriores mantendrán plena vigencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada la decisión, la Secretaría General de la Corte hará las anotaciones respectivas y remitirá el expediente al Despacho del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, a efectos que se redacte la sentencia definitiva.

Notifíquese y cúmplase,

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



Magistrada (E)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General



**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALBERTO ROJAS RÍOS
AL AUTO 268/15**

DECRETO OFICIOSO DE PRUEBAS EN TRAMITE DE REVISION DE TUTELA-Magistrado sustanciador tiene la facultad-deber de decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para llegar a la verdad (Salvamento de voto)

PRACTICA DE PRUEBAS EN TRAMITE DE REVISION DE TUTELA-Son procedentes las pruebas recaudadas con posterioridad al registro del proyecto (Salvamento de voto)

INSPECCION JUDICIAL-Requisitos de validez (Salvamento de voto)

ACTA DE INSPECCION JUDICIAL-Existencia no depende de la firma del funcionario (Salvamento de voto)

DEBIDO PROCESO-Anulación del material probatorio recaudado en la inspección judicial incurre en exceso ritual manifiesto (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes T-3.720.675 y T-3.779.765 (AC)

Acciones de tutela interpuestas por la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (T-3.720.675) y por Wilfrido del Rio Estrada (T-3779765) contra el Ministerio del Interior, el Ministerio de Turismo, FONADE, la Secretaría del Interior de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y la Defensoría del Pueblo

Magistrada Ponente:
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

EL PROCESO ES UN MEDIO PARA ALCANZAR LA VERDAD Y NO UN FIN EN SÍ MISMO

Salvo mi voto en la decisión asumida en esta oportunidad por la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. Lo hago con inmenso respeto por las decisiones adoptadas por cada una de las magistradas que la conforman. No comparto el sentido del Auto 268 de 2015, ni los argumentos que sustentaron la decisión. Por ello, considero necesario realizar algunas precisiones.



En la decisión objeto de este salvamento se expusieron dos razones para declarar la nulidad parcial de la inspección judicial que se realizó en el sector de Playa Blanca corregimiento de Barú, jurisdicción de Cartagena de Indias, el 19 de mayo de 2014. La primera de ellas, fue la ausencia de razones para decretar tal diligencia; la segunda fue la configuración de supuestas “*serias falencias probatorias*” del material recaudado en esa oportunidad.

Para sustentar las razones que me llevan a apartarme de la decisión proferida por la Sala, me referiré a la necesidad de efectuar la inspección judicial para solucionar las controversias que se suscitaron en los procesos de la referencia; luego me pronunciaré sobre el exceso ritual manifiesto en que incurre la Sala al exigir, en sede de tutela, un procedimiento riguroso en el recaudo probatorio.

I. El decreto de la inspección judicial fue necesario y tuvo fundamento en hechos probados.

La finalidad de todo proceso es la búsqueda de la verdad. Todas las acciones que se desarrollan en un litigio deben propugnar por el esclarecimiento de la realidad.

Llegar al convencimiento sobre la existencia de un derecho por parte de quien lo reclama no siempre es una tarea sencilla, máxime cuando se presentan varias versiones sobre un mismo hecho.

En el asunto de la referencia, la indeterminación que a mi juicio se presenta sobre la naturaleza del grupo de personas que interpuso la acción de tutela, es un asunto relevante que no podía ser resuelto a través del material probatorio que fue recaudado con anterioridad a la presentación de la ponencia el 12 de noviembre de 2013.

Las observaciones presentadas por mis compañeros de Sala, así como los documentos que fueron allegados al proceso por parte de los miembros de los Consejos Comunitarios de Santa Ana, Ararca y Barú, fomentaron mi inquietud sobre el problema suscitado entre quienes dicen constituir una comunidad nativa, objeto de protección especial por su carácter étnico de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, y los integrantes de los Consejos Comunitarios en la isla de Barú.

Debido a las diferencias insalvables entre lo que exponían cada una de las partes del proceso, así como los terceros intervinientes al ser potencialmente afectados con la decisión (los referidos Consejos), consideré pertinente y necesario verificar los hechos de manera personal, en compañía de los magistrados que en su momento integraban la Sala Octava de Revisión.

Se advierte en el expediente, por ejemplo, versiones contradictorias entre los accionantes que dicen ser nativos y los pobladores de la zona que pertenecen a los Consejos Comunitarios de Santa Ana, Ararca y Barú, como paso a explicar:



“los verdaderos nativos pertenecientes al Consejo Comunitario de Santa Ana que trabajan en Playa Blanca han venido siendo desplazados y perjudicados gravemente por la llegada de gente que no es de la isla y que en los últimos años invadió la playa montando negocios ilegales en ella. Esta gente se ha desplazado hasta Barú desde el interior del país, desde zonas de María la Baja y los Montes de María y hasta del extranjero.

No existe una relación de los NO NATIVOS con la comunidad, no nacieron en nuestra isla, tienen costumbres y creencias diferentes y nosotros no los aceptamos ni reconocemos como miembros de las comunidades de la Isla de Barú. No comparten con nosotros nuestras fiestas, no comparten nuestros problemas del día a día en la comunidad y ni siquiera viven entre nosotros porque viven aislados en la playa en las construcciones ilegales que levantaron abusivamente. Ellos no hacen parte de nuestra comunidad negra y están en contra de los intereses de los nativos que se encuentran en la playa.”².

En mi criterio, esa situación constituyó un argumento suficiente para decretar una inspección judicial al lugar de los hechos, la cual no tuvo oposición alguna, debido a que los magistrados que conformaban la Sala Octava de Revisión encontraron pertinente la misma.

Sin embargo, el auto que declaró la nulidad de tal diligencia y cuestionó su pertinencia 13 meses después de su práctica, señaló que:

“la única justificación para el decreto extemporáneo de la inspección judicial fue, en los términos del auto del 5 de mayo de 2014 “*para mejor proveer y tener suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión*”. Una justificación de éste carácter amplio y genérico, criterio de la Sala, no cumple con la carga argumentativa requerida para ejercer la facultad excepcional de decretar pruebas luego de haberse presentado la ponencia correspondiente. De allí que dicha actuación procesal afecte desproporcionadamente el derecho al debido proceso, al tornarse en una dilación injustificada del trámite de revisión.”³.

Esa afirmación, desconoce la situación fáctica que generó la diligencia de inspección, así como los esfuerzos que en conjunto con mi Despacho hemos realizado para solucionar el asunto objeto de examen. Tampoco tuvo en cuenta que, en un primer momento, todos los magistrados que conformamos la Sala Octava, consideramos conveniente desplazarnos hasta el lugar de los hechos, pero, debido a compromisos impostergables, fue imposible cumplir tal cometido, razón

² Intervención de los representantes de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Santa Ana y Ararca Folio 32. Cuaderno principal de la demanda.

³ Auto 268 de 2015. Folio 6.



por la cual comisioné a un Magistrado auxiliar y a dos funcionarios de mi despacho para recaudar ese elemento probatorio.

Tal accionar tiene sustento, en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 –reglamento interno de la Corte Constitucional-, normativa vigente al momento de decretar la práctica de la inspección judicial, el cual señalaba que “*para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera conveniente, decretará pruebas.*”. Esta facultad guarda armonía con el artículo 170 del Código General del Proceso⁴ el cual dispone que el juez tiene un deber de esclarecer los hechos objeto de controversia por medio del decreto de pruebas, teniendo como límite temporal para ello el momento en el cual profiera la sentencia, en efecto la disposición legal establece:

“Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez **deberá** decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y **antes de fallar**, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.”⁵.

Respecto a la oportunidad procesal para decretar una prueba la ponencia cae en una suerte de contradicción, pues en la página 5 señala que “*del principio de supremacía del derecho sustancial puede exigir que, en casos específicos y excepcionales, deban decretarse y practicarse pruebas luego de haberse presentado la ponencia correspondiente.*”, para luego en a folio 7, exponer “*habida cuenta que la inspección judicial fue decretada por fuera de la oportunidad legal para ello ... es necesario sanear el procedimiento con el fin de evitar futuras afectaciones al derecho al debido proceso. Ello a través de la declaratoria de nulidad parcial por parte de la Sala de Revisión.*”.

En todo caso es claro que, para la ponente -a pesar de la contradicción expuesta-, la nulidad del Auto del 5 de mayo de 2014 y con ello de la *diligencia de inspección judicial*, se produjo porque tal prueba fue ordenada por fuera de la oportunidad procesal para ello.

Así las cosas, adoptando un criterio insular -porque incluso la otra magistrada que conforma la Sala Octava aclaró su voto sobre tal aspecto, toda vez que no estuvo de acuerdo con el mismo-, afirmó que luego de presentar **proyecto** de fallo no pueden decretarse pruebas, sustentando su argumento en el nuevo reglamento interno de la Corte, el cual no estaba vigente al momento en que se practicó la diligencia, toda vez que ésta se efectuó con un año de anterioridad. De esta manera, el Auto 268 de 2015 pretende crear una nueva modalidad de nulidad, que consiste en la aplicación retroactiva de una disposición en materia probatoria.

Pero aún, si en gracia de discusión se validara la tesis expuesta por la Magistrada Ponente – inaceptable desde una perspectiva protectora del derecho fundamental al debido proceso, artículo 29 de la Constitución-, tampoco es posible motivar la

⁴ En adelante CGP.

⁵ Énfasis agregado.

decisión de declarar la nulidad de la inspección judicial, por decretar su práctica con posterioridad al momento en el que se presenta ponencia, con base en el nuevo reglamento interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015, el cual carece del atributo de publicidad y por tanto es debatible que esté surtiendo efectos a la fecha).

En efecto, el Acuerdo 02 de 2015 establece la obligación de trasladar las pruebas que practique la Corte Constitucional, a los extremos litigiosos de la acción de tutela sometida al proceso de revisión. Ello **no implica**, como lo afirma el Auto 268 de 2015 que “[teniendo en cuenta que] *las pruebas recaudas en sede de revisión deban ser trasladadas a las partes del proceso, se colige que las mismas no pueden ser practicadas luego de haberse presentado ponencia. Esto debido a que luego de esa instancia cualquier observación de los sujetos procesales carecería de toda eficacia, pues sus conclusiones no podrían reflejarse en el texto del proyecto de fallo.*”.

Tales aseveraciones dan cuenta de las serias falencias argumentativas del Auto 268 de 2015, no sólo por las contradicciones lógicas en la construcción de sus premisas, sino por la falta de sustento constitucional, legal y jurisprudencial para ello. Precisamente, sobre el último de los elementos, se echa de menos en la providencia, un análisis sobre las decisiones proferidas por la Corte Constitucional donde se exponga que la práctica de pruebas luego de presentar ponencia ante la respectiva Sala, pero antes de proferir sentencia, es una anomalía procesal de tal entidad, que debe ser conjurada con la máxima sanción que impone el derecho: la nulidad.

Por supuesto, la falta de sustento de la decisión adoptada tiene una razón de ser: la Corte Constitucional, ha decretado pruebas con posterioridad al registro de la ponencia, lo sigue haciendo y lo hará, toda vez que el juez en su obligación de buscar la verdad y perseguir la justicia, tiene que llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre los hechos sometidos a su estudio.

Por ejemplo, en el marco de la acción de inconstitucionalidad D-10371 en el que se alegó que las disposiciones pertinentes del Código de Infancia y Adolescencia en materia de adopción contrariaban la Carta al no permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo, se solicitaron pruebas con posterioridad al registro del proyecto. En efecto, tal proyecto se registró el 10 de diciembre de 2014 y el 24 de marzo de 2015 se profirió un Auto que ordenaba la práctica de pruebas⁶.

⁶ El registro de tal actuación señala: “24 de marzo de 2015. Se recibe auto que ordena SOLICITAR al Secretario General del Congreso de la República que, en el término máximo de tres (3) días, certifique a la Corte Constitucional, allegando los soportes correspondientes, cuáles han sido las iniciativas y proyectos legislativos presentados y tramitados en esa Corporación en relación con: (i) los derechos y deberes de las parejas del mismo sexo y (ii) la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo, indicando cuál ha sido el resultado de dichas iniciativas. Al tiempo, se ordena SOLICITAR al Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia que, de ser posible, en el término de cinco (5) días, ilustre a la Corte Constitucional de los siguientes aspectos: (i) cuáles son los estándares internacionales de derechos humanos relativos al interés superior del menor y su adopción por parejas del mismo sexo; (ii) si disponen de estudios empíricos en relación con los efectos que para el desarrollo integral de un menor puede tener el hecho de ser adoptado por parejas de un mismo sexo; y (iii) cuál es la postura institucional al respecto. Para tal fin se le enviará copia de la demanda presentada por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas.”



Ahora bien, teniendo en cuenta que el Auto 268 de 2015 expuso que no había fundamento para decretar la inspección judicial, es necesario precisar que las comunidades étnicas de la isla de Barú solicitaron ante la Corte Constitucional que no se accedieran a las pretensiones de los accionantes, toda vez que se trataba de personas ajenas a la región y a su cultura –incluso expusieron que los demandantes eran extranjeros que amenazaban su integridad cultural como pueblo-, aunado al hecho que las pruebas recaudadas antes de la inspección judicial no se pronunciaron respecto a la dinámica social entre la población nativa y los miembros de ASOTUPLAB, sino a los patrones de poblamiento de ese territorio desde los tiempos de la Colonia –el cual corresponde a las poblaciones reconocidas en consejos comunitarios de la isla, pero no a los demandantes, pues las ocupaciones realizadas por estos son recientes-, se hizo necesaria la inspección judicial.

Así las cosas, como el juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio y de conformidad con el artículo 170 del CGP la oportunidad procesal para ello se agota en el momento en el que profiere sentencia, debe concluirse que la inspección judicial decretada por medio del Auto del 5 de mayo de 2014 –esto es antes de producirse la providencia judicial-, se encuentra ajustada a los términos establecidos por el legislador.

II. El material probatorio recaudado en la inspección judicial está soportado en medios de prueba válidos.

¿Qué es el procedimiento sino un medio para llegar a la verdad? Las formas jurídicas tienen un propósito claro: llevar al juez al convencimiento más allá de toda duda razonable. El proceso sin una motivación carece de sentido, pues su finalidad debe ser la búsqueda de verdad en aras de la justicia.

Consideraciones relativas a la sacralización de las formas, aun cuando la facticidad permita encontrar un equilibrio, entre el debido proceso y el recaudo de la prueba, me obligan, en este otro aspecto, a salvar mi voto también.

Con el propósito de valorar los argumentos expuestos en el Auto objeto de este salvamento de voto, es pertinente realizar la siguiente pregunta: ¿Es nula la inspección judicial realizada en el sector de Playa Blanca en el corregimiento de Barú jurisdicción de Cartagena de Indias, al no haberse suscrito un documento de *acta de inspección judicial*, a pesar que tal diligencia se encuentra soportada, en su integralidad, en medios tecnológicos audiovisuales y fotográficos?

Para resolver este cuestionamiento debe analizarse: (i) los requisitos para la validez de una inspección judicial; y (ii) la existencia de un acta de inspección judicial.

1. Requisitos para la validez de una inspección judicial



De conformidad con el artículo 107 del Código General del Proceso, las audiencias y diligencias deben sujetarse a un conjunto de reglas expuestas en ese precepto normativo. Tratándose de una inspección judicial debe entenderse que se trata de una *diligencia* sobre la cual recaen tales previsiones legales.

Las razones en que se sustentó la nulidad de la diligencia de inspección judicial, del 19 de mayo de 2014 en el sector de Playa Blanca, corregimiento de Barú, jurisdicción de Cartagena de Indias, decretada por Auto del 5 de mayo de esa anualidad, apelan a la inexistencia de un acta formal en la cual se reportaran las actuaciones que se desarrollaron en la visita *in situ*.

En el presente salvamento de voto demostraré que la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Octava de Revisión de Tutelas no tuvo fundamento legal ni constitucional, toda vez que se pretende imputar a la *inspección judicial* un rigorismo procesal que no está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Para sustentar mi afirmación analizaré cada una de las reglas previstas para la celebración de la referida diligencia, como paso a exponer:

1.1 La diligencia se inició a la hora señalada en el Auto del 5 de mayo de 2014 -que ordenó la inspección judicial-.

Expone el artículo 107 del CGP que “*las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes.*”. En efecto, la diligencia inició a las 8: 00 a.m. del 19 de mayo de 2014, con la comparecencia de los funcionarios de la Corte Constitucional, comisionados mediante el Auto del 5 de mayo de 2014, en compañía de la Policía Nacional y con la asistencia del Teniente de Fragata Andrés Puello Calle, en representación de la Armada Nacional; Juan Pablo Estrada el representante del FONADE; Irma Junieles, como defensora regional de la Defensoría del Pueblo. Con posterioridad se integraron a la inspección, la representante de la parte accionada Floralba Padrón Pardo y; Wilfrido del Río Estrada y María del Carmen García García, representantes de la parte accionante -ASOTUPLAB-.

1.2 En la diligencia se respetó la regla de concentración, esto es, se adelantó sin solución de continuidad, se reservó el tiempo suficiente para que los accionantes y accionados intervinieran en la diligencia, respetando la garantía fundamental del debido proceso, aunado a la verificación de las condiciones del lugar al interior de la Playa como en la misma, estableciendo sus condiciones de habitabilidad y las dinámicas sociales de quienes interactúan en ese territorio⁷.

1.3 En la inspección judicial se garantizó un tiempo de intervención para cada una de las partes que garantizó la igualdad. Las intervenciones fueron menores a

⁷ 2. Concentración. Toda audiencia o diligencia se adelantará sin solución de continuidad. El juez deberá reservar el tiempo suficiente para agotar el objeto de cada audiencia o diligencia.



20 minutos y en todo caso se respetó el derecho que tienen los sujetos procesales de participar en las decisiones que les afectan⁸.

1.4 La diligencia judicial fue registrada en medios audiovisuales y fotográficos, para garantizar la fidelidad de la información recaudada. De esta manera, todas las personas que participaron en la misma, tienen certeza sobre la grabación de sus testimonios. De esa manera, se dio cumplimiento al numeral 4° del artículo 107 del CGP como se puede observar: “*Grabación. La actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado.*”.

Como prueba de ello, se registraron:

- a. doscientos cincuenta y cinco (255) archivos fotográficos.
- b. veintiún (21) videos con audio.

1.5 Se cumplió con el criterio de publicidad, toda vez que los accionantes, así como los accionados, pudieron acompañar toda la diligencia sin restricción de ningún tipo. En todo caso, la Defensoría del Pueblo acompañó en todo momento la inspección judicial, garantizando el derecho fundamental al debido proceso para cada una de las partes involucradas en la acción de tutela⁹.

1.6 El funcionario judicial que presidió la inspección judicial, así como el equipo de auxiliares de la justicia que acompañó la misma, no incurrieron en ninguna de las prohibiciones que señala el numeral 6° del artículo 107 del CGP, como pasa a exponerse:

1.6.1 Las intervenciones que realizaron las partes del proceso nunca fueron sustituidas por escritos, sino que se dejó constancia de las mismas en los medios probatorios audiovisuales.

1.6.2 El acta que consignó las intervenciones, los videos, las fotos y las pruebas de la inspección judiciales, se limitó a consignar el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia y la relación de los documentos que se presentaron.

1.6.3 A pesar que no era obligatorio llevar un registro de las actuaciones en un acta formal, -teniendo en cuenta que se registraron por medio de videos y se llevó registro del lugar por medio de fotografías-, se complementó la información en el acta de inspección judicial. El inciso segundo, del numeral 6° del artículo 107 del CGP, señala que la elaboración de tal documento es facultativo del juez, no es una

⁸ 3. Intervenciones. Las intervenciones de los sujetos procesales, no excederán de (20) minutos, salvo disposición en contrario. No obstante, el juez de oficio o por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

⁹ 5. Publicidad. Las audiencias y diligencias serán públicas, salvo que el juez, por motivos justificados, considere necesario limitar la asistencia de terceros. El Consejo Superior de la Judicatura deberá proveer los recursos técnicos necesarios para la grabación de las audiencias y diligencias.



obligación, no mucho menos es un requisito *sine qua non* para reputar la existencia de una inspección judicial.

En efecto, la disposición legal señalada prescribe:

“Solo cuando se trate de audiencias o diligencias que deban practicarse por fuera del despacho judicial o cuando se presenten fallas en los medios de grabación, el **juez podrá ordenar** que las diligencias consten en actas que sustituyan el sistema de registro a que se refiere el numeral 4 anterior o que la complementen.”.

1.6.4 Ahora bien, aunque el inciso 3° del numeral 6° del artículo 107 del CGP, indica que el *acta será firmada por el juez y de ella hará parte el formato de control de asistencia de quienes intervinieron.*, ello no indica que la ausencia de firma del funcionario judicial en la misma, devenga en la inexistencia de la inspección judicial, máxime si la recopilación de la información en el *acta* es facultativa del juez.

En efecto, la diligencia de inspección judicial fue tan objetiva y transparente, que cualquier autoridad que haya acompañado la misma puede dar testimonio de ello – La Defensoría del Pueblo, la Policía Nacional, la Armada Nacional-, e incluso las partes dentro del proceso, puede atestiguar que el acta judicial, aun sin la firma del funcionario judicial, contiene todas las actuaciones que se surtieron en el momento de la diligencia. Es de tal entidad el conocimiento público sobre la realización de la inspección judicial que cualquier interesado puede solicitar una copia de las grabaciones o del acta.

En síntesis, la inspección judicial al sector de Playa Blanca, corregimiento de Barú jurisdicción de Cartagena de Indias, existió toda vez que se cumplieron todos los requisitos señalados en el artículo 107 del CGP. Como se expuso, su existencia no depende de la suscripción de un acta formal y como tal debió ser valorada al interior del proceso toda vez que es un medio de prueba válido, pertinente y necesario para resolver la controversia suscitada en la acción de tutela objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

2. La existencia de un acta de inspección judicial

Consideraciones relativas a la inexistencia de un *acta formal* que supuestamente permita comprobar las condiciones en las que se desarrolló la inspección, llevaron a la mayoría de la Sala Octava a declarar la nulidad de la misma, mediante el Auto 268 de 2015. Como expuse, la existencia de la inspección judicial no deviene de la suscripción de un documento, sino de su celebración y la observancia de los preceptos legales establecidos en el artículo 107 del CGP.

Ahora bien, aunque el Auto 268 de 2015 confunde la *diligencia de inspección judicial* con el *acta de inspección judicial*, es preciso anotar que se trata de dos instrumentaciones jurídicas diferentes.



En relación con la primera de ellas, expuse que su existencia es independiente de la firma de un documento que contenga el material recaudado en la misma, máxime cuando se encuentra registrada por medio de material audiovisual y fotográfico. De esta manera, no es correcto afirmar como lo sostiene la posición mayoritaria de la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional que la existencia de la inspección “*solo se puede verificar con la firma del documento respectivo*”.

De otra parte, respecto a la existencia de un *acta de inspección judicial*, pasaré a emitir pronunciamiento, no sin antes plantear el problema que debe resolverse el caso en concreto:

¿Es nula el *acta de inspección judicial*, cuando no fue suscrita por el funcionario o funcionarios con jurisdicción para llevar a cabo tal diligencia?

Para resolver este interrogante hare una breve referencia sobre: (i) la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas; la ausencia de firma del acta de inspección judicial puede ser subsanada sin afectar la existencia de la misma; (ii) la configuración de un exceso ritual manifiesto en la valoración de las pruebas recaudadas en la diligencia de inspección judicial.

2.1 La prevalencia del derecho sustancial sobre las formas; la ausencia de firma del acta de inspección judicial puede ser subsanada sin afectar la existencia de la misma.

2.1.1 En la Sentencia T-264 de 2009¹⁰, la Corte Constitucional señaló que los jueces tienen autonomía para valorar el material probatorio con base en la sana crítica. Sin embargo, tal libertad no puede desconocer la justicia material por un exceso ritual probatorio que se oponga a la prevalencia del derecho sustancial; que el sistema de libre apreciación es proporcional, mientras no sacrifique derechos constitucionales más importantes, y que “tiene operancia” aun tratándose de actos sujetos **a formas sustanciales**.

“(…) en el desarrollo de la sana crítica, el juez, se sujete [debe sujetarse] a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, por ejemplo, **la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas**”¹¹.

El derecho sustancial, supone la subordinación de los procedimientos al derecho material, toda vez que éstos son sólo medios para lograr la justicia. En la sentencia T-513 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), se expuso:

“[l]as citadas cláusulas de derecho fundamental establecen diversas garantías que se complementan entre sí. Sin embargo, puede generarse una tensión aparente entre el respeto por la plenitud de las formas del juicio y la prevalencia del derecho sustancial, que supone una subordinación de los

¹⁰ Reitera la posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-1306 de 2001.

¹¹ Énfasis añadido.

procedimientos al derecho material. La solución a esta tensión se encuentra en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas”.¹².

Para el Legislador la prevalencia del derecho material sobre el formal, ha sido un asunto de la mayor relevancia. El artículo 11 del Código General del Proceso, dispone que el objeto de los procedimientos es la efectividad del derecho sustancial, por lo cual el juez debe abstenerse de exigir formalidades superables con base en la verificación de su función. Para tal efecto señala:

“INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.”¹³.

2.1.2 En ese sentido, es pertinente cuestionar si ¿el juez puede decretar la nulidad de la inspección judicial porque no se firmó el acta recopila la información recaudada en la misma, aun cuando existe material audiovisual que registra la actuación? ¿No resulta superfluo condicionar la validez de una prueba a la suscripción de un documento, cuando hay certeza sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se recopiló, gracias a que la misma puede revisarse una y otra vez porque que se encuentra en medios digitales? ¿En pleno siglo XXI se da primacía a la firma de documento que valide una actuación, cuando la tecnología da por cierto los hechos que se encuentran en el mismo?

Estos interrogantes tienen lugar porque el Auto 268 de 2015 afirma que “*no existe un acta formal de esa diligencia*”, toda vez que no fue firmado. Es decir, la providencia judicial de la cual me aparto condiciona la existencia de una prueba a la firma del documento¹⁴.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-264 de 2009, señaló que, en el evento de presentarse un debate sobre la existencia de una prueba, el juez debe adoptar una decisión que no incurra: “(i) *ni en exceso ritual manifiesto, (ii) ni en una falta de valoración de las pruebas desconociendo la obligación legal y constitucional de apreciarlas en su conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su valoración o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente.*”.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-513 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Pág. 16.

¹³ Ley 1564 de 2012. Énfasis añadido.

¹⁴ Al respecto el Auto 268 de 2015 señala: “[n]o existe un acta formal de esa diligencia. Aunque el despacho del magistrado Alberto Rojas Ríos remitió un documento referido a la diligencia, el mismo no está suscrito ni por el magistrado auxiliar comisionado, ni por las personas que participaron en la inspección judicial. Por ende, no es posible comprobar en qué condiciones se llevó a cabo dicha inspección, las conclusiones a las que arribó y la comprobación acerca de quiénes participaron y en qué calidad lo hicieron, lo cual solo se puede verificar con la firma del documento respectivo.”. Folio 6.



2.1.3 En el caso específico de la ausencia de firma de un documento por parte del funcionario que realiza la inspección judicial, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no se configura una causal de nulidad:

“En efecto ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en precisar que la falta de firma del funcionario judicial como producto del simple olvido en manera alguna tiene la potencialidad para comprometer la existencia o la validez de la mencionada diligencia, **toda vez que dicha omisión no significa en manera alguna que la prueba no se hubiere practicado** o que el funcionario no hubiere concurrido a su recaudo.”¹⁵.

En otra oportunidad señaló que la falta de firma del funcionario no torna la prueba inexistente si hay suficientes evidencias para determinar que la recaudó:

"...la falta de firma del funcionario en un acta, resolución o providencia judicial no necesariamente suscita la inexistencia o la nulidad de lo actuado, en la medida en que el expediente cuente con los suficientes elementos de juicio para concluir que fue en realidad el servidor público, y no cualquier otro, quien adelantó la diligencia o profirió la decisión".

2.1.4 Finalmente, frente a la misma hipótesis, el Legislador en el artículo 288 del Código General del Proceso, dispuso que si una providencia no había sido suscrita tal situación podía subsanarse, de oficio o a petición de parte, mientras se conservara el expediente. También señaló que la irregularidad se entendería saneada siempre que haya sido firmada por la mayoría de los integrantes de la Sala y, en caso contrario, debía enviarse a quien la profirió para que la ratificara o la expediera nuevamente.

2.2 La configuración de un exceso ritual manifiesto en la valoración de las pruebas recaudadas en la diligencia de inspección judicial.

2.2.1 Las razones que fundamentan la decisión de nulidad de la diligencia, revisten una observancia excesiva, ritualista e innecesaria. En efecto la citada providencia señaló que:

“[l]a práctica de la inspección judicial en comento presenta serias falencias que le restan valor probatorio y, por ende, imposibilitan que pueda ser tenida en cuenta en el proceso, como pasa a explicarse: 10.1. En primer lugar, como se explicó en precedencia, no existe un acta formal de esa diligencia. Aunque el despacho del magistrado Alberto Rojas Ríos remitió un documento referido a la diligencia, el mismo no está suscrito ni por el magistrado auxiliar comisionado, ni por las personas que participaron en la inspección judicial. Por ende, no es posible comprobar en qué condiciones se llevó a cabo dicha inspección, las conclusiones a las que arribó y la comprobación acerca de quiénes

¹⁵ Casación 19918 del 27 de mayo de 2004. Ver también casaciones 11544 del 7 de marzo de 2000, 12955 del 23 de julio de 2001 y 24180 del 30 de septiembre de 2005



participaron y en qué calidad lo hicieron, lo cual **solo se puede verificar con la firma del documento respectivo.**¹⁶.

A pesar de que en el expediente reposan videos que prueban la participación de funcionarios de la Corte Constitucional en la inspección judicial, así como una constancia proferida por la Defensoría del Pueblo¹⁷ en la que se registró quienes asistieron a la diligencia, el Auto 268 de 2015 no tuvo en cuenta tales elementos de juicio y declaró la nulidad de la actuación.

Como se observa en el material audiovisual recaudado en la visita *in situ*, las personas que delegué para el recaudo de la prueba portaron su carné en todo momento y gracias a los medios tecnológicos de los cuales se dispuso en la diligencia, se puede identificar a los funcionarios de la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la Policía Nacional, la Dirección Naval de la Armada Nacional, el FONADE, la Alcaldía de Cartagena y ASOTUPLAB, que participaron en la inspección judicial. Estos hechos controvierten las aseveraciones realizadas en el Auto 268 de 2015, según las cuales fue imposible establecer “*quiénes participaron y en qué calidad lo hicieron*”¹⁸.

2.2.2 En el asunto de la referencia se presenta una tensión entre las formalidades procesales y la primacía del derecho sustancial, pero la propia Corte Constitucional ha señalado, que su solución consiste en asumir “*las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas*”¹⁹.

Si la búsqueda de la verdad es la finalidad de todo proceso ¿por qué prevalece la firma de un documento sobre el material audiovisual recaudado y que muestra unos hechos de manera espontánea? Debe tenerse en cuenta que las pruebas recaudadas reflejan el estado actual de Playa Blanca, las dinámicas sociales, los problemas de territorio, la situación ambiental y el rol que juegan las instituciones en la solución de los casos en concreto.

En caso que la firma fuera un requisito *sine qua non* para reputar la existencia de la prueba (exigencia que constituye un exceso ritual manifiesto, cuando la inspección está documentada en fotografías y videos que certifican la ocurrencia de la misma) puede procederse sin más consideraciones, a la convalidación del documento que recopila la misma, por medio de la firma de los funcionarios de la Corte Constitucional, que se encuentran plenamente identificados en la misma.

2.2.3 El desconocimiento del material probatorio recaudado afecta el debido proceso, no solo de los accionados, sino de los accionantes, quienes no solicitaron la nulidad de la inspección judicial, toda vez que por formalidades se les negaría

¹⁶ *Ibíd.* Folio 7. Énfasis agregado.

¹⁷ La Defensoría del Pueblo, en el acta por medio de la cual realiza un censo a las personas que trabajan y viven en Playa Blanca, identificó a los funcionarios de la Corte Constitucional, con sus nombres, apellidos y cargos.

¹⁸ Folio 7.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-386 de 2010, que reiteró lo dispuesto en las Sentencias T-1306 de 2001 y T264 de 2009T-264 de 2009.



su derecho constitucional a ser escuchados y tomar parte en las decisiones que afectan su desarrollo.

No se demostró que la metodología para recaudar las pruebas en la inspección judicial, vulneraron los derechos fundamentales de las partes, toda vez que fueron escuchadas, en un proceso transparente el cual quedó documentado en material audiovisual, del cual fueron testigos las instituciones referenciadas.

A su vez, el Auto que declaró la nulidad parcial de la inspección judicial, **no señaló una causal de nulidad expresa para ello**, pues solo refiere el artículo 220 del Código General del Proceso, en el que se indica que deben identificarse las personas que rindan testimonio en la diligencia, lo cual es condición de eficacia probatoria en procesos ordinarios, más no de su validez. Así las cosas, **la referida nulidad carece de motivación y de sustento constitucional, legal e incluso jurisprudencial, toda vez que las causales para su procedibilidad son taxativas y el Auto que anula la inspección judicial no cita ninguna**. Por ello, aseverar que la falta de suscripción del documento tiene como consecuencia la máxima sanción que el derecho impone, es un argumento que carece de fundamento.

De esta manera, las circunstancias en las que se recaudó la prueba de inspección judicial a lo sumo podrían generar la irregularidad de la misma, la cual, como expuse, puede ser subsanada sin mayores consideraciones. La nulidad propuesta sólo se configura cuando sobre el material probatorio recae la ilicitud y tal accionar nunca tuvo lugar.

En síntesis, considero que las formalidades exigidas en el Auto que declara la nulidad de la inspección judicial, en el trámite de la tutela que ocupa el juicio de la Sala, constituyen un ritualismo que la propia Corte Constitucional ha criticado de manera contundente, máxime cuando las mismas se erigen como óbice para la protección de garantías *ius fundamentales* y llevar al convencimiento sobre la existencia de una situación a todas luces cierta y verificable, como en el caso del asunto de la referencia. Reitero que el proceso tiene como propósito la búsqueda de la verdad, en el cual el procedimiento es un medio para alcanzar tal objetivo y no un fin en sí mismo.

De esta manera, salvo mi voto en la decisión adoptada.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado



**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
AL AUTO 268/15**

**PRACTICA DE PRUEBAS EN TRAMITE DE REVISION DE
TUTELA**-No debe limitarse la actividad probatoria al registro del proyecto de fallo (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes acumulados
T-3720675 y T-3779765

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila

Con el acostumbrado respeto, formulo aclaración de voto al auto 268 de 2015.

Estoy de acuerdo con la propuesta de nulidad de esta diligencia. Creo que, en efecto, la inspección judicial no reunió los requisitos procesales que tal diligencia implica.

Sin embargo, aunque es cierto que debe fijarse una oportunidad para la práctica de pruebas en sede de revisión, establecer como regla que ello no puede ocurrir cuando se ha presentado proyecto ante la Sala, genera un problema, por cuanto impide a los demás integrantes (Sala Plena o de Revisión), plantear la necesidad de practicar pruebas cuando estas sean necesarias. Por lo general, los demás integrantes de la Sala sólo conocen y estudian el caso una vez es presentada la ponencia. Decir que sólo antes de este momento se pueden practicar pruebas es confinar la decisión sobre la práctica de las mismas sólo en quien sustancia, cuando todos los jueces que participan en la decisión han de tener la posibilidad de requerir su práctica.

Adicionalmente, la Sala Plena en varios asuntos sometidos a su análisis, ha autorizado vinculaciones de terceros (cuando lo ha encontrado necesario), la práctica de pruebas e incluso la celebración de audiencias públicas²⁰ luego de registrado el proyecto de fallo.

Fecha ut supra,

²⁰ En tanto la audiencia pública, además de un espacio de participación, es una fuente de pruebas para la decisión, la regla que pretende fijarse en este auto desconocería el anterior precedente de Sala Plena.



MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada