SU768-14

Sentencia SU768/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Significado y sentido de la labor/DIRECCION DEL PROCESO JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”. Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

PRUEBA DE OFICIO EN LOS ESTATUTOS PROCESALES-Facultad del juez para distribuir las cargas procesales

PRUEBA DE OFICIO-Importancia/DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO-Relevancia constitucional

En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.

FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ-Deber de practicar pruebas de oficio en los procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo

JUEZ DE TUTELA Y PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD EN MATERIA PROBATORIA

La oficiosidad del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo. La jurisprudencia ha enseñado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”, sobre todo cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad, como ocurre con la población desplazada, frente a los cuales el juez “no puede escatimar en razones ni medios de prueba para que la justicia se materialice”. Y es precisamente a fin de lograr la efectividad de los derechos fundamentales que se pretende conseguir por medio de esta acción constitucional, que el Decreto 2591 de 1991 faculta al juez a pedir informes a la autoridad o entidad accionada respecto de la solicitud de amparo impetrada en su contra, e impone la consecuencia jurídica de presunción de veracidad de los hechos narrados por el

accionante, cuando el informe solicitado a la parte accionada no fuere rendido dentro del plazo determinado.

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-
Tratados internacionales vinculantes para el Estado colombiano

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-En el
Código de procedimiento civil

SISTEMA MIXTO DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO
COLOMBIANO-Consagra simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la
diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero

El ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en lo que se ha hecho partícipe. En principio, dispone que el derecho extranjero es investigado de oficio por la autoridad judicial (C.P.C., art. 188), como si se tratara de su propio ordenamiento (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). Sin embargo, también acepta la colaboración de las partes (C.P.C., art. 188) para que estas puedan alegar y probar su existencia y contenido (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). De este modo, el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas.

CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO-Relevancia, calidad de las partes y
disponibilidad de la norma como criterios del juez en su análisis

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto sustantivo
por cuanto hubo desconocimiento del deber de impulso oficioso del juez en la obtención
del derecho extranjero para determinar propiedad de barco en acción de reparación

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Vulneración del debido proceso y

acceso a la administración de justicia por falta de impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico por omisión en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de la legitimación en la causa en el derecho extranjero que determinan propiedad de barco

Expediente: T-3.955.581.

Referencia: Acción de tutela de Joseph Mora Van Wichen contra la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Asunto: La carga de la prueba del derecho extranjero y la labor del juez en el Estado Social de Derecho.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en el expediente T-3.955.581.

I. ANTECEDENTES.

Joseph Mora Van Wichen interpone acción de tutela contra la sentencia proferida por la Subsección C, Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital y el debido proceso, al haberse confirmado el fallo de instancia que negó las pretensiones dentro de la demanda de reparación directa promovida por el actor contra la Nación.

1. Hechos y relato contenido en el expediente[1].

A. Antecedentes:

1. El accionante manifiesta que el barco de su propiedad, Zeetor, matriculado en el puerto hondureño de San Lorenzo, arribó a Colombia el 31 de diciembre de 1991 con un cargamento de harina de pescado. Fue recibido legalmente por la Capitanía del Puerto de Buenaventura. A su llegada, asegura, fueron verificados todos los documentos que por convenios internacionales debía tener la motonave.
2. No obstante, sostiene que su agente Navieros de Occidente Ltda. le incumplió lo acordado en relación con el cargamento y el pago de los fletes, ya que los cobró al dueño de la carga pero no los transfirió correctamente. Como consecuencia de lo anterior, la Capitanía del puerto de Buenaventura negó la autorización de zarpe, en decisión del 20 de enero de 1992, aduciendo que la embarcación tenía deudas pendientes con Colpuertos.
3. Pone de presente que estando en el Puerto de Buenaventura, el señor Juan Montes de Oca, Capitán del Zeetor para ese entonces, realizó las liquidaciones de algunos créditos laborales a favor de la tripulación, las cuales fueron homologadas con la firma del Capitán de Puerto. Uno de los créditos resultantes fue el de un tripulante de nombre Reinaldo Escultero, quien esgrimió estos documentos como título ejecutivo ante el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Buenaventura en demanda que interpuso contra Joseph Mora y la compañía Pacific Coasting S.A., solidariamente.
4. Afirma que el 10 de abril de 1992 el Juzgado 2º Laboral de Buenaventura profirió orden de embargo y secuestro del Zeetor, en razón a las acreencias alegadas por el tripulante Escultero, medida cautelar que si bien fue posteriormente anulada estuvo vigente por más de cuatro años y dio origen a una serie de calamidades e infortunios que comprometieron gravemente su estabilidad física, emocional, familiar y económica.
5. Relata que desde mayo de 1992 hasta finales de 1993 se vio forzado a permanecer en el país, por cuanto se expidió en su contra una orden de prohibición de salida por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como resultado de una indagación por un presunto hurto de un bote de rescate. Embarcación de su propiedad que había sacado a tierra, asegura, para protegerlo del vandalismo.
6. Asegura que en febrero de 1998, intentando proteger su barco de cinco ladrones, estos

le ocasionaron múltiples heridas en la cabeza e incluso le enterraron un destornillador en el pecho, luego de lo cual se apropiaron de lo que pudieron llevarse en canoas.

7. Sostiene que durante todo este tiempo y debido a la inmovilización del único patrimonio que tenía para subsistir, sus ahorros disminuyeron radicalmente hasta el punto de tener que recurrir a la caridad de vecinos. Igualmente, relata que su situación familiar se deterioró considerablemente en tanto su compañera sentimental e hijos residían en Perú, país que no pudo volver a frecuentar mientras intentaba resolver sus problemas judiciales en Colombia.

B. Demanda de reparación directa contra la Nación:

8. Con fundamento en los sucesos e infortunios descritos anteriormente, especialmente el embargo y secuestro judicial del barco (el cual en el transcurso del proceso fue totalmente desvalijado y se lo “comió el mar”, en palabras del accionante[2]), el señor Joseph Mora Van Wichen interpuso acción de reparación directa en 1997 contra la Nación (Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura), alegando un error judicial. Explicó que dentro del proceso laboral se libró un mandamiento de pago sin examinar que el título era uno de aquellos que la ley denomina complejos, por lo que debía verificarse con los libros de registro del Buque y, en todo caso, la medida no era procedente por tratarse de un buque con bandera extranjera[3].

9. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en fallo del 15 de diciembre de 2000, negó las pretensiones de la demanda. En su sentir, (i) no se determinó quién era el propietario de la motonave Zeetor por la cual se reclamaban los perjuicios, si era de la compañía Panameña Pacific Coasting S.A., del señor Joseph Mora Van Wichen, o de ambas partes; (ii) no se precisó en qué calidad se solicitaban los daños, si como propietario, poseedor o tenedor; y lo más importante, (iii) de acuerdo con el artículo 1442 del Código de Comercio, debió haberse probado “cuáles son los requisitos de la legislación de Honduras para demostrar la propiedad de ese bien, cuestión que le correspondía a la parte demandante que es la interesada en que se le paguen perjuicios por los daños de la nave de bandera extranjera”[4].

10. En su oportunidad, el apoderado judicial del señor Mora interpuso recurso de apelación. Con respecto a la legitimación en la causa por activa, propuso como argumento

principal la propiedad de Pacific Coasting S.A. sobre la moto nave Zeetor y subsidiariamente la posesión que ejercía el mandante (Joseph Mora Van Wichen) sobre el buque, la que igualmente daría derecho a reclamar perjuicios en forma total. Señaló que dentro del expediente obraba copia auténtica de la “patente definitiva de navegación”, que equivalía al título de propiedad de la motonave Zeetor y fungía como el pasaporte en cada puerto a donde llegaba la motonave. Aseguró además que esta patente, junto con otros documentos de salubridad y seguridad, dieron lugar a que se generara una constancia que por ser pública tenía todo el valor probatorio: el acta de visita.

De igual manera, el apoderado resaltó que en dos procesos anteriores (el de ejecución laboral adelantado en contra del señor Mora y una acción de tutela a su favor), tales documentos fueron suficientes para acreditar la propiedad del barco. Por ello opinó que “no sería jurídicamente bien visto que en dos procesos la justicia sí tuviera como prueba de la propiedad de unos documentos idóneos, y así le generara toda la confianza al demandante y ahora, después de cuatro largos años, se pretenda sostener que no se tiene o no se probó la titularidad”[5].

i. Copia auténtica del original de la escritura de adjudicación por remate de la motonave Zeetor, de fecha 22 de mayo de 1989, con todas las legalizaciones del caso establecidas por el Código de Procedimiento Civil.

ii. Copia auténtica del original del registro de la matrícula de la motonave Zeetor en Honduras con todas las legalizaciones del caso establecidas por el Código de Procedimiento Civil.

iii. Copia auténtica del original de la patente definitiva de navegación.

11. En auto del 29 de octubre de 2001, el Consejero Ponente negó la solicitud de pruebas. Explicó que el periodo probatorio en segunda instancia era excepcional, dado que sólo se podían decretar pruebas en los eventos previstos en el artículo 214 del C.C.A., y que en este caso la petición se hizo por fuera de tales supuestos.

No obstante, al resolverse el recurso de súplica, la Sala consideró que respecto a la prueba trasladada de los documentos aportados en la acción de tutela le asistía razón al señor Mora, en tanto la misma había sido solicitada y decretada en la primera instancia, pero no

contestada en debida forma por la entidad judicial oficiada. En virtud de lo anterior, ofició al Juzgado Segundo Penal del Circuito para que remitiera copia del proceso de tutela instaurado por Joseph Mora Van Wichen contra el Juzgado 2º Laboral del Circuito[6].

En cuanto a las pruebas que se solicitaron fueran decretadas de oficio, aseveró que “en su momento la Sala hará uso de la facultad prevista en el artículo 169 del C.C.A. y 179 del C. de P. C. si lo considera necesario”[7].

12. Mediante auto de fecha 26 de julio de 2004, el Consejo de Estado negó la solicitud de prelación del fallo elevada por el Ministerio Público, quien a su vez actuó en atención a la solicitud efectuada por la Embajada de Holanda. El demandante insistió en el beneficio a través de sendas peticiones radicadas el 23 de noviembre de 2007, 12 de febrero de 2008, 6 de agosto de 2008, 8 de agosto de 2008 y 9 de febrero de 2009, las cuales fueron rechazadas sistemáticamente por el Consejo de Estado[8]. Finalmente, en auto del 26 de marzo de 2009, la Corporación accedió a la prelación formulada[9].

13. El 22 de julio de 2009[10] la Sección Tercera profirió un auto en el cual, atendiendo el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, dispuso incluir como pruebas de oficio los siguientes documentos: (i) Escritura de adjudicación por remate de una motonave, otorgada por el Décimo Octavo Juzgado de Primera Instancia Civil de Lima, a favor de la Pacific Coasting Sociedad Anónima, suscrita en la ciudad de Lima el 22 de mayo de 1989; (ii) Patente definitiva de navegación, República de Honduras, número L0322948; y (iii) Testimonio - Instrumento número cincuenta y tres (53) otorgado en Tegucigalpa, Honduras, el 24 de mayo de 1990, por el notario del Distrito Central.

14. Dentro del trámite de la demanda de reparación directa el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, profirió fallo de segunda instancia el 9 de mayo de 2012. Esta sentencia -objeto de la presente acción de tutela- confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido que el accionante no demostró su legitimación por activa.

La Sección Tercera expuso que la legislación comercial había instituido una regulación propia, que a su vez desarrollaba los convenios internacionales suscritos por Colombia, en relación con la transmisión de la propiedad de naves marinas. Se trataba de un régimen excepcional consagrado en el Código de Comercio (art. 1427), que reemplazaba la

consensualidad de los actos que versan sobre bienes muebles, “por la solemnidad de la escritura pública para el perfeccionamiento de los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre naves mayores y determinó que la tradición se efectuará mediante la inscripción de dicho título en la capitanía del puerto”[11].

Respecto a la tradición, la sentencia precisó que el artículo 1442 prescribía que la propiedad sobre las naves matriculadas o construidas en país extranjero se probaría por los medios que estableciera la legislación correspondiente de cada país. En opinión de la Sección Tercera, este postulado simplemente recogió “el principio general según el cual a los bienes muebles se les aplican las leyes del lugar al cual pertenecen, entendido éste como un verdadero respeto y defensa de la nacionalidad del buque extranjero, de donde nace su derecho a recibir el tratamiento legal que su Nación de origen le ofrece”[12].

Una vez aclarado lo anterior, surgía un segundo problema jurídico relacionado con la prueba de la ley extranjera. Para el Consejo de Estado, la carga probatoria correspondía al actor, quien derivaba su interés procesal del derecho de propiedad que ostentaba sobre la denominada nave Zeetor. De manera que estaba “obligado a acreditar dos elementos esenciales, el primero de ellos, [1] la legislación hondureña vigente en materia de adquisición del derecho real de dominio sobre naves y, el segundo, [2] el cumplimiento pleno de dicha legislación”[13].

La Sección Tercera respaldó esta postura en el principio de la “sumisión voluntaria”[14], según el cual era razonable pensar que el accionante conocía la legislación extranjera y tenía fácil acceso a ella en la medida en que se sometió a dicho Derecho cuando matriculó su nave en la nación de Honduras. En razón a lo anterior, descartó la necesidad de un impulso oficioso por parte del juez administrativo, por cuanto estas facultades “no fueron establecidas para invadir la esfera de los intervinientes en el proceso sino para velar por la justicia (...) sin que pueda perderse de vista que nos encontramos en un sistema judicial esencialmente rogado y en cuyo ejercicio se requiere la intervención de un profesional del Derecho”[15].

C. Demanda de tutela:

15. Inconforme con la decisión, Joseph Mora Van Wichen ejerció, el 4 de junio de 2012,

acción de tutela contra la providencia emitida. De la multiplicidad de argumentos formulados por el señor Mora es posible identificar que su reclamo principal gira en torno a la vulneración del debido proceso. En primer lugar, esgrimió que sí se aportaron los medios de prueba idóneos para dar cuenta de la propiedad sobre el barco, particularmente dos escrituras públicas que se hicieron llegar al proceso oportunamente.

Recalcó que tales documentos eran suficientes para atestiguar el dominio sobre el buque de acuerdo con la legislación vigente, especialmente el artículo 1442 del Código de Comercio, en virtud del cual “no hay ninguna otra exigencia en la prueba de la propiedad de un barco: es con el título y el modo. El uno la escritura de compra y el otro la de matrícula”[16]. En este sentido, el accionante consideró que el Consejo de Estado había errado al declarar que el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Comercial Internacional no estaba vigente para Colombia, puesto que si bien fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia el 18 de junio de 1987, su contenido fue nuevamente recogido por la Ley 33 de 1992.

El señor Mora aseguró que el Consejo de Estado debió haber ordenado a las “autoridades competentes la llegada de la ley extranjera al proceso, es decir, si lo consideraba irrestrictamente necesario para decidir el caso de fondo, ha debido solicitarla”. Por último, alegó la violación al mínimo vital y a una vida digna al encontrarse en una situación ostensible de debilidad. Sostuvo que la falta de reconocimiento de sus derechos constituía un perjuicio irremediable por cuanto representaban los únicos ingresos destinados a solventar sus necesidades básicas y las de su familia, de quienes se había visto forzado a separarse. Manifestó que todos estos daños físicos y morales se han visto agravados por la excesiva mora de la justicia colombiana, la cual prolongó más allá de lo razonable la concreción de sus aspiraciones de reparación.

2. Trámite procesal.

Mediante auto del 20 de junio de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, admitió la demanda de tutela, notificó a los demandados (Consejo de Estado y Tribunal Administrativo del Valle del Cauca) y corrió traslado al Ministro de la Defensa Nacional, al Ministro de Justicia y a los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura para que se pronunciasen acerca de los hechos materia de la

acción, como terceros interesados.

3. Contestación de las entidades vinculadas.

3.1 El Consejero ponente de la sentencia allegó memorial de contestación en el que solicitó negar la petición de tutela. Explicó que el requerimiento del señor Mora, lejos de plantear una verdadera cuestión de importancia constitucional, pretendía reabrir el debate que se surtió.

Con respecto a la discusión de fondo, advirtió que la lectura del artículo 1442 del Código de Comercio debía realizarse conjuntamente con el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, para concluir que “si el juez no conoce la legislación del país de origen de la nave, se encuentra imposibilitado para corroborar la idoneidad de los documentos aportados como prueba de la propiedad y su autenticidad”. Consideró, en consecuencia, que la legislación extranjera “como todos los hechos y elementos que procesalmente se debaten requiere su acreditación probatoria”[17].

3.3 La Directora de la Unidad de Asistencia Legal de Administración Judicial señaló que el amparo debía ser negado en tanto dentro del proceso de reparación directa el accionante no demostró el daño causado ni mucho menos el nexo causal con un supuesto error judicial. En este sentido, la tutela no podía emplearse para revivir una acción legal ya denegada.

II. DECISIONES DE INSTANCIA.

1. En providencia del 19 de julio de 2012, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, declaró improcedente la petición de amparo. Consideró que a través de este mecanismo excepcional no era posible cuestionar las providencias que dictaban los órganos de cierre de cada jurisdicción:

“Si bien la Sala considera que la acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, no ocurre lo mismo con las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional –órganos de cierre de cada jurisdicción- y por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –como máxima autoridad en materia jurisdiccional disciplinaria-. Las providencias judiciales de los órganos de cierre no pueden cuestionarse por medio de la acción de tutela,

pues eso sería tanto como admitir que se prolongue la discusión, en detrimento del principio de seguridad jurídica. Los órganos de cierre en cada jurisdicción son los encargados de fijar las reglas que permiten a los jueces de inferior jerarquía resolver los conflictos jurídicos”[18].

2. En segunda instancia, la Sección Quinta rectificó la postura en torno a la procedencia de la acción de tutela, al precisar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012, unificó la diversidad de juicios que existían al interior del Consejo de Estado sobre la materia. Explicó que a partir de esta providencia, “la Corporación debe modificar su criterio sobre la improcedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, estudiar las que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”[19].

Al estudiar el caso concreto, declaró que la acción de tutela del señor Mora satisfacía los requisitos generales de procedibilidad tanto de inmediatez como de subsidiariedad. Explicó que los argumentos del actor no encajaban en las causales taxativas contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, referente al recurso extraordinario de revisión, vigente para la época de tramitación del proceso; y por este motivo la acción de tutela era el único medio de defensa judicial efectivo.

No obstante, al entrar en el análisis de fondo, concluyó que no le asistía razón al señor Mora debido a que: (i) las providencias enjuiciadas se encontraban enmarcadas en el principio de autonomía judicial que ostentan los jueces de la República; (ii) el ad quem sí valoró las pruebas allegadas a la actuación y fundamentó la decisión de declarar la falta de la legitimación en la causa justamente en la ausencia de demostración de la calidad de propietario invocada, cuya carga probatoria concernía al demandante; (iii) la Ley 33 de 1992, aprobatoria de los tratados de Montevideo, no señalaba lo que pretendía el actor sobre la oficiosidad en cabeza de los jueces. Por las consideraciones expuestas, modificó el fallo de instancia que rechazó el amparo solicitado y en su lugar lo negó.

III. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1. Mediante auto del 11 de octubre de 2013, el Magistrado sustanciador dispuso, con la finalidad de allegar al proceso de tutela elementos de juicio relevantes, solicitar a la

Subsección C, Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Consejo de Estado enviar a esta Corporación el expediente número 76001-23-31-000-1997-03251-01, número interno 20507, de Joseph Mora Van Wichen contra la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Defensa.

2. En oficio C-2013-2766 recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 29 de noviembre de 2013, se allegó la prueba solicitada en siete cuadernos relacionados así:

- Cuaderno principal: folios 1119-1689.
- Cuaderno 1: folios 1-43.
- Cuaderno 2: folios 1-277.
- Cuaderno 3: folios 2-262.
- Cuaderno 4: folios 01-77.
- Cuaderno 5: folios 1-511.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos materia de revisión. El estudio por la Plenaria fue decidido bajo los lineamientos del artículo 54 A del Reglamento Interno de esta Corporación.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1 A partir de los antecedentes referidos, la Sala observa que el ciudadano belga Joseph Mora Van Wichen presenta un extenso relato relacionado con su llegada al puerto de Buenaventura (Colombia), a bordo de un barco con bandera hondureña, en diciembre de 1991. Transportaba un cargamento de harina de pescado para lo que esperaba fuera un paso transitorio por el país.

No obstante, aduce que desde los primeros días de su arribo se vio expuesto a un sinnúmero de infortunios, incluidas demandas laborales producto de una supuesta acción desleal del capitán del barco, una investigación penal, la prohibición de salir del país, varios hurtos (uno de los cuales casi cobra su vida) y lo más grave, un largo proceso de embargo sobre su embarcación, el Zeetor. Cúmulo de situaciones que finalmente concluyeron en la desaparición del barco[20].

Ante lo que considera fueron un suma de errores judiciales y administrativos, inició un proceso de reparación directa contra la Nación, el cual fue desestimado por el Consejo de Estado al establecer que si bien el actor aportó extemporáneamente algunos elementos relacionados con la titularidad sobre el barco, no acreditó la normatividad hondureña bajo la cual se adquirió el dominio del bien ni su vigencia para el caso concreto, carga que le correspondía como parte interesada.

Hoy, dos décadas después, manifiesta que su estabilidad emocional, familiar y económica está gravemente comprometida por la desaparición del único patrimonio que tenía para subsistir. Recurre, como último recurso, a la acción de tutela. Considera que los fallos de la justicia colombiana configuran una vía de hecho al no haber interpretado correctamente la normatividad nacional e internacional en torno a la prueba del derecho extranjero y al haber omitido valorar las pruebas debidamente aportadas al proceso que atestiguaban su propiedad sobre el Zeetor.

2.2 Las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, fungiendo como jueces de tutela, denegaron el amparo invocado. Sostuvieron, en términos generales, que las providencias enjuiciadas se encontraban enmarcadas en el principio de autonomía que ostentan los jueces de la República, especialmente los tribunales de cierre. Asimismo, resaltaron que dentro del proceso de reparación directa sí fueron valoradas las pruebas allegadas, pero que las mismas no eran suficientes para acreditar el dominio sobre el barco de acuerdo al derecho hondureño. Aspecto que no podía ser remediado invocando los poderes oficiosos del juez administrativo.

2.3 De la reseña fáctica transcrita, así como de las pruebas recolectadas por esta Corporación, se advierte que la vulneración denunciada por el ciudadano belga denota una dificultad de raigambre constitucional, relacionada con el derecho fundamental al debido

proceso, que podría abstraerse en el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión judicial que niega las pretensiones de un demandante bajo el argumento que este no acreditó ni aportó el derecho extranjero conforme al cual se estructura su pretensión?

Para dar respuesta a lo anterior la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales; (ii) el rol del juez en el Estado social de derecho; (iii) la prueba del derecho extranjero en la doctrina y el derecho comparado; (iv) la prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano; finalmente, (v) resolverá el caso concreto.

3. La procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 Aspectos generales.

Desde los primeros pronunciamientos de esta Corporación[21], como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución Política de 1991 (art. 241), se ha venido señalando que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales[22]. Esta postura descansa sobre un sólido fundamento normativo, los artículos 2 y 86 de la Carta que reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, así como el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la obligación de los Estados parte de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos.

La supremacía de la Constitución se traduce en la “omnipresencia”[23] del texto Superior en todas las áreas jurídicas y en la responsabilidad de las autoridades judiciales dentro de los procesos ordinarios, como primer escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente, podrá el juez constitucional intervenir cuando advierta la trasgresión del mandato constitucional.

La Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia C-543 de 1992, si bien declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, previó también la

procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales al afirmar lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (Subrayado fuera del original).

No obstante, es evidente un desarrollo jurisprudencial sobre la materia. En un comienzo, la Corte Constitucional recurrió al concepto de la “vía de hecho”, definida como la actuación judicial absolutamente caprichosa o carente de cualquier fundamento jurídico. Posteriormente, el precedente se rediseñó para dar paso a los “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales” e incluir aquellas situaciones en las que “si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”[24]. Esta nueva aproximación fue sistematizada por la sentencia C-590 de 2005, mediante la cual la Corte explicó que el juez constitucional debe comenzar por verificar las condiciones generales de procedencia, entendidas como “aquellas cuya ocurrencia habilita al juez de tutela para adentrarse en el contenido de la providencia judicial que se impugna”[25]. Tales requisitos genéricos son:

“(i) si la problemática tiene relevancia constitucional; (ii) si han sido agotados todos los recursos o medios -ordinarios o extraordinarios- de defensa de los derechos, a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable o que los recursos sean ineficaces en las circunstancias particulares del peticionario; (iii) si se cumple el requisito de la inmediatez

(es decir, si se solicita el amparo pasado un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación); (iv) si se trata de irregularidades procesales, que ellas hubieran tenido incidencia en la decisión cuestionada, salvo que de suyo afecten gravemente los derechos fundamentales; (v) si el actor identifica debidamente los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados y si -de haber sido posible- lo mencionó oportunamente en las instancias del proceso ordinario o contencioso; (vi) si la providencia impugnada no es una sentencia de tutela"[26].

A continuación, el juez de tutela podrá conceder el amparo solicitado si halla probada la ocurrencia de al menos una de las causales específicas de procedibilidad, que la Corte ha organizado de la siguiente forma[27]:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como

mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Ahora bien, tratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, esta Corporación ha reconocido que el amparo resulta “más restrictivo, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional”[28].

En estos eventos, particularmente excepcionales, la intervención del juez constitucional no debe entenderse como un argumento de autoridad[29]. El control realizado en sede de revisión de tutela no supone una corrección del fallo ordinario o administrativo desde un punto de vista legal, sino desde una perspectiva constitucional, a diferencia del ejercicio de otras Altas Cortes cuya labor inmediata gira en torno a la aplicación del marco legal vigente. Este diseño institucional es el que realmente legitima a la Corte Constitucional como órgano de cierre en los temas constitucionales:

“[S]i bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquella, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales”[30].

3.2 Defecto sustantivo.

Esta Corporación[31] ha explicado que el defecto sustancial o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”[32]. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar esta anomalía

conforme a las siguientes situaciones:

“(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional ‘no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador’; (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma, al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o ‘la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes’ o cuando en una decisión judicial ‘se aplica una norma jurídica manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial’; (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes; (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza ‘para un fin no previsto en la disposición’; (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso, (vii) cuando se desconoce la norma aplicable al caso concreto; (viii) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; (ix) ‘cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia’; o (x) ‘cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso[33]”.

3.3 Defecto fáctico.

Este defecto guarda relación con las “fallas en el fundamento probatorio”[35] de la sentencia judicial atacada. Corresponde al juez constitucional establecer si al dictarse la providencia el operador judicial desconoció “la realidad probatoria del proceso”[36]. Para la Corte[37], el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión negativa como positiva[38]. Desde la primera perspectiva, se reprocha la omisión del fallador en la

“valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”[39]. La segunda aproximación “abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”[40]. Como ejemplos de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado los siguientes casos:

(i) Omitir el decreto o la práctica de las pruebas, siendo estas conducentes, pertinentes y útiles, lo que deriva en una insuficiencia probatoria en el proceso judicial,

(ii) Omitir la valoración de las pruebas, ya sea porque el juzgador no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva,

(iii) Valorar las pruebas de forma inadecuada, arbitraria, irracional, caprichosa o con desconocimiento de las reglas de la sana crítica y,

(iv) No excluir y valorar pruebas ilegales o indebidamente recaudadas”[41].

La Corte Constitucional ha advertido que la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento, debe ser “de carácter extremadamente reducido”[42]. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio. La Corte ha subrayado que “en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia”[43].

En razón de lo anterior y entendiendo que la autonomía judicial alcanza su máxima expresión en el análisis probatorio, el defecto fáctico debe satisfacer los requisitos de irrazonabilidad y trascendencia[44]: (i) El error denunciado debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto”[45], y (ii) debe tener “incidencia directa”, “trascendencia fundamental” o “repercusión sustancial” en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta[46].

4. El Juez en el Estado social y democrático de derecho.

4.1. La representación iconográfica de la justicia y su simbología.

La justicia es tradicionalmente representada como una mujer que viste toga grecorromana

y que sostiene en una de sus manos la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella y le permite proceder equitativamente; en su otra mano, blande una espada como símbolo de la fuerza que respalda el cumplimiento de sus veredictos; y en algunas imágenes se incluye, adicionalmente, una venda que sugiere el análisis incorrupto e imparcial frente a los litigantes[47].

Pero la venda no siempre estuvo allí. En un comienzo, incluso, esta era asumida negativamente como una profunda limitación para cualquier persona así agobiada con la falta de visión. En un grabado atribuido a Durero y que ilustra la obra de Sebastian Brant de 1494, "La nave de los necios", aparece uno de los necios (que siempre visten sombreros con orejas de asno) poniéndole la venda a la justicia y, por ende, induciéndola al error y a la estulticia[48].

Es probable que el imaginario común de la justicia de ojos vendados, como aquel frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, no represente a cabalidad el ideal del Juez dentro del Estado social y democrático de derecho. Como se procederá a explicar en el siguiente acápite, la Constitución de 1991 reclama una justicia que se quite la venda y observe la realidad de las partes y del proceso; una justicia que no permanezca inmóvil sino una activa y llamada a ejercer una función directiva del proceso en aras de alcanzar una decisión acorde con el derecho sustancial.

4.2. La dirección del proceso judicial en el marco del Estado social de derecho.

En el devenir de las sociedades, particularmente con la aparición de los Estados modernos, la rama judicial del poder público denota especial trascendencia ante el inevitable surgimiento de conflictos, producto del choque de intereses particulares, del ejercicio de la autoridad estatal o de la simple aplicación de las normas a un caso concreto. El aparato de justicia implica entonces todo un andamiaje para el reconocimiento y satisfacción de un derecho, para la solución de disputas en torno a estos y finalmente para el mantenimiento de la armonía social[49].

Sin embargo, la consecución de una sociedad pacífica que pueda canalizar sus diferencias a través de los medios estatales no ha obedecido a un único modelo de administración de justicia. Históricamente, al menos desde la perspectiva de occidente, han existido dos

sistemas distintos –y por momentos opuestos- en torno a la dirección del proceso judicial: el dispositivo y el publicista o inquisitivo.

En líneas generales podría decirse que los ordenamientos establecidos en los códigos luego de la Revolución francesa y hasta bien entrado el siglo XX estaban caracterizados por una comprensión privatista e individualista de los fines del proceso. A esta comprensión los autores la empezaron a llamar “principio dispositivo”, para acentuar la capacidad de los litigantes de asumir la iniciación, el impulso y la terminación del proceso civil, con el que se buscaba únicamente la protección de derechos de naturaleza individual.

Es entonces la iniciativa de las partes la que desde esta visión prevalece y determina el rumbo del proceso judicial. Son ellas las que disponen del derecho. Este sistema se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo iure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt concedes nihil ab iudicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*)[50].

No obstante, la teoría del liberalismo decimonónico que soportaba el principio dispositivo fue severamente criticada. Desde finales del siglo XIX surgió en Europa la “publicización” del proceso, un fenómeno que buscaba “corregir el excesivo individualismo y la falta de igualdad material entre las partes que acuden a la justicia estatal a resolver sus conflictos”[51]. El principal aporte de esta nueva doctrina consistió en advertir que si bien era cierto que en los procesos jurídicos se discutían y definían derechos individuales, también lo era que la sociedad, en su conjunto, tenía un interés legítimo en lograr soluciones igualitarias, acordes con la realidad y justas.

En la obra “El derecho civil y los pobres”[52] (1890) del jurista austriaco Anton Menger, es posible observar ya el germen de un nuevo modelo. Este comienza por denunciar cómo la supuesta igualdad de las partes ante la ley y la fría objetividad del juez determinan el infortunio de quienes tropiezan con los tecnicismos y las desventajas materiales reproducidas dentro del sistema judicial:

“La nueva legislación procesal civil ha seguido sin reservas el camino opuesto al de la legislación económica y social de estos últimos tiempos. Un siglo hace se creía que, dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos, y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta el infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción [...]

Nuestra reciente legislación procesal civil se halla aún bajo el imperio de aquella vieja filosofía, no pudiendo desconocerse que la ciencia del derecho es, de todas las disciplinas, lo que permanece más inmóvil y adelante con más retraso, pareciéndose en esto a ciertas ciudades de provincia en las cuales las modas en desuso en la capital se aceptan como otras tantas novedades [...]

Está, sin duda, en la naturaleza de las cosas, que el Juez no pueda obligar a nadie a defender sus derechos privados, supuesto que estos, según el concepto fundamental del moderno Derecho civil, constituyen un asunto privado de los interesados. Pero cuando el interesado ha presentado al Juez una demanda manifestando así la voluntad de defender su derecho, parece que este debía aplicar todos los medios legales para hacer triunfar el derecho lesionado. Sin embargo, no se obra así. El Tribunal, según la legislación procesal civil vigente en todos los Estados civilizados, aun después de iniciado el litigio, debe ser impulsado particularmente a realizar todos los actos importantes, como el mecanismo de un reloj, que es preciso también impulsarlo para que se mueva, aunque sea por breves momentos.

Esas condiciones jurídicas son cómodas y beneficiosas para las clases ricas, porque cultas como son y bien acondicionadas, si hace falta, pueden tomar oportunamente la iniciativa. En cambio los pobres, que para defender su derecho tropiezan con un mecanismo tan complicado como es el procedimiento, sin consejo y malamente representadas, deben recoger de la pasividad judicial gravísimos perjuicios”[53].

La preocupación por la pasividad del juez y el interés por alcanzar decisiones justas, no solo

medidas por el rasero del procedimiento formal sino consultando la realidad de las partes, conllevó a una paulatina reformulación del papel del funcionario judicial, quien dejó de ser un espectador pasivo para convertirse en un verdadero protagonista en la realización de los fines públicos del proceso. Un funcionario dispuesto a investigar la verdad, prescindiendo incluso de la actividad de las partes. Por tanto, facultado para iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio tendiente a buscar la verdad[54].

“Artículo 2. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”.

En esta medida resulta inevitable pensar que los redactores del Código de Procedimiento Civil se anticiparon al Constituyente de 1991[57], en aspectos determinantes como la dirección del proceso en cabeza del juez y los poderes con que este fue investido para lograrlo. En efecto, como lo dice el artículo 37 del mismo estatuto, el primer deber del juez es el de “dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal”, al tiempo que “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”. Esta disposición representa el objetivo dual, aunque difícil de alcanzar, de una justicia que, al mismo tiempo, sea genuinamente eficiente y genuinamente justa[58]:

“La mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes -principio dispositivo- y el poder oficioso del juez -principio inquisitivo-, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso”[59].

Tal reconfiguración del proceso que revitalizaba y empoderaba al funcionario judicial, encontró fuerte respaldo en la Constitución Política de 1991. La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un “orden justo”[60], la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial[61] y como un derecho

fundamental de cada persona[62], así como la prevalencia del derecho sustancial[63], significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material.

Mandato que cobra especial sentido en el contexto colombiano, en el cual, dadas las particularidades de su andamiaje institucional, todos los jueces son constitucionales, y en atención a las condiciones históricas de violencia y exclusión hace que recaiga sobre la justicia una pesada tarea[64] al tiempo que herramientas ingeniosas de acción[65].

Es importante aclarar que el ordenamiento constitucional colombiano no aboga por la superación plena del principio dispositivo; de hecho, cada rama del derecho ajusta de forma particular la tensión entre el principio inquisitivo y el dispositivo. En reiterada jurisprudencia esta Corporación se ha referido a la amplia potestad de configuración que le asiste al legislador para definir los procesos judiciales y sus características[66].

Lo que resulta cierto, en todo caso, aunque nuestro ordenamiento permita un sistema mixto[67], es que los jueces de la República “son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo”[68]. En el marco del Estado social y democrático de derecho constituido para la realización de un orden justo, se reclama un mayor dinamismo del juez y una especial sensibilidad con la realidad viviente que le rodea. Al analizar la constitucionalidad de la Ley estatutaria de justicia, la Corte explicó este propósito así:

“Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la

demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos"[69] (subrayado fuera del original).

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el "frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley"[70], convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales[71]. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.

El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero[72]. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se

logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”[73]. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”[74].

Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

4.3. La prueba de oficio en los estatutos procesales.

Los poderes en cabeza del juez, en aras del impulso oficioso de los procesos, cualesquiera que sean[75], han venido siendo reiterados por los diversos estatutos procesales[76]. En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), se lee que “los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos”[77], al tiempo que les encomienda el deber expreso de “dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal”, así como “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”[78]. Más específicamente, dispone que el juez puede decretar pruebas de oficio cuando “las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”[79]. En la misma dirección, el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) señala que “en cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”. Incluso, “en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda”[80].

Más recientemente, los nuevos estatutos han seguido y fortalecido el propósito del

constituyente en este sentido. El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) dispone que el juez debe hacer uso de los poderes que le otorga “para lograr la igualdad real de las partes”[81]. Asimismo, prescribe que será el funcionario, por regla general, el encargado de “adelantar los procesos por sí mismo”[82]. Para ello, deberá decretar las pruebas de oficio “cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”[83]. Es preciso destacar que el señalado estatuto introduce una suerte de carga dinámica de la prueba al establecer, en su artículo 167, la potestad del juez para distribuir las cargas procesales, “exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

De forma análoga, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) señala en relación con la función administrativa que, en virtud del principio de imparcialidad, “las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna”[84]. La imparcialidad no se erige entonces como una excusa para la inacción y la pasividad, sino como un compromiso con el derecho sustancial. Postulado que es sintetizado para la función jurisdiccional por el artículo 103, al establecer que los “procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”[85]. Desde esta perspectiva, que supera la mera legalidad[86], el Código autoriza el decreto de pruebas de oficio en cualquiera de las instancias cuando se “considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”[87].

En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas[88]. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la

verdad, ergo con el derecho sustancial”[89].

El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación[90], el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes[91].

Con relación a la jurisdicción civil, por ejemplo, mediante sentencia T-417 de 2008 la Corte evaluó la constitucionalidad de una providencia judicial que le ponía fin a un proceso civil, negando las pretensiones de la demandante bajo el entendido de que no estaban demostrados los hechos fundantes de la demanda. La razón que llevó al juez ordinario a tomar esa decisión, fue que en el curso del proceso se aportaron dos dictámenes técnicos contradictorios, y no un dictamen pericial que permitiera llegar al convencimiento necesario para decidir. La Corporación advirtió que en un contexto como ese “es deber del juez de primera o de segunda instancia decretar un peritaje cuando exista contradicción entre experticias emitidas por instituciones o profesionales especializados y si el juez no cumple este deber incurre en vía de hecho por omisión por cuanto impide que se establezca la verdad de los hechos materia del proceso”.

En este mismo sentido, en la sentencia T-264 de 2009 la Corte concedió la tutela contra la providencia de un juez que, en el marco de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, les negó a la demandante y a sus hijos la personería para demandar porque no acreditaron con un medio de prueba conducente sus calidades de cónyuge e hijos de la persona por cuyo fallecimiento reclamaban reparación. La Corte Constitucional indicó que aunque la copia de una sentencia penal no era conducente para acreditar la relación de parentesco exigida por la ley para demandar, era indicio suficiente de la legitimidad y en tal orden era deber del juez decretar las pruebas necesarias para cumplir con la formalidad exigida. Con ello se trasgredieron los derechos fundamentales de la peticionaria y sus hijos menores a la verdad del proceso y a la justicia material (a obtener un fallo de fondo). De esta manera, “bajo el manto de una sentencia de fondo

desestimatoria, es decir, contraria a las pretensiones de la actora en virtud de su falta de legitimidad para actuar, escondió una sentencia inicua, en razón al desinterés de la autoridad judicial por acercarse a la verdad real". La Corte añadió:

"Situaciones similares a la sucedida en esta oportunidad han llevado a la Corte a referirse a los fallos inhibitorios manifiestos e implícitos. La Corporación ha explicado que el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia comporta la garantía de la obtención de una respuesta de fondo por parte de los jueces, quienes, a su vez, se hallan obligados a evitar a toda costa fallos que, basados en obstáculos formales, impidan la vigencia del derecho material o de los derechos subjetivos. Esto ocurre tanto en los fallos que son inhibitorios de forma manifiesta como en aquellos que lo son de forma implícita, es decir, bajo la apariencia de un pronunciamiento de mérito (sentencia T-134 de 2004, citada)".

La Sala Plena de esta Corporación ha reprochado la proliferación de fallos inhibitorios con los cuales el juez pone fin a un proceso, "pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, 'resolviendo' apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste"[92]. Tal proceder resulta ser la antítesis a la función judicial y al papel activo del juez en la búsqueda de la verdad y de la genuina realización de los valores del Estado social de derecho.

En materia contenciosa administrativa, el razonamiento de la Corte ha sido similar. En providencia T-817 de 2012 se estudió si un juez de la república podía desconocer los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de una persona, cuando ésta no aportó en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho donde fue llamada como litisconsorte necesario, el registro civil de matrimonio para acceder a la sustitución pensional de su difunto esposo, y aquel no decretó de oficio la prueba ad substantiam actus que se requería para garantizar los derechos sustanciales. La Corte consideró que las autoridades judiciales accionadas "incurrieron en defecto por exceso ritual manifiesto (el cual tiene relación directa con el defecto fáctico que alega el actor), al dejar de hacer uso de la facultad que les otorga la norma procesal para decretar la prueba de oficio solicitando la aportación del respectivo registro civil de matrimonio, con el fin de establecer si la señora Clara Nancy Herrera en verdad figura como cónyuge del causante José Antonio Cárdenas Pachón para, a partir de la información obtenida, proveer el fondo del asunto con mayores elementos de

juicio”.

En el estudio de un proceso electoral, sentencia T-654 de 2009[93], la Corte recordó que aunque el deber del juez de decretar pruebas de oficio no esté enunciado puntualmente en el ordenamiento, en determinados casos concretos es posible advertir que la Constitución obliga al juez a ordenar tales pruebas: “La fuente específica de ese deber sería, entonces, la fuerza normativa de los derechos fundamentales, que en ocasiones demandan una participación activa del juez en su defensa y protección efectiva”.

En virtud de lo anterior, la oficiosidad del juez cobra mayor fuerza en el escenario de la acción de amparo. La jurisprudencia ha enseñado que “en el trámite de la acción de tutela la oficiosidad del juez ha de ser un criterio determinante para la consecución de su objetivo, esto es, el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales”[94], sobre todo cuando se encuentran en discusión los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad, como ocurre con la población desplazada, frente a los cuales el juez “no puede escatimar en razones ni medios de prueba para que la justicia se materialice”[95]. Y es precisamente a fin de lograr la efectividad de los derechos fundamentales que se pretende conseguir por medio de esta acción constitucional, que el Decreto 2591 de 1991 faculta al juez a pedir informes a la autoridad o entidad accionada respecto de la solicitud de amparo impetrada en su contra, e impone la consecuencia jurídica de presunción de veracidad de los hechos narrados por el accionante, cuando el informe solicitado a la parte accionada no fuere rendido dentro del plazo determinado.

5. La prueba del derecho extranjero en la doctrina y el derecho comparado.

5.1 Asistimos a un mundo en creciente proceso de globalización, impulsado principalmente desde la economía y la integración de los mercados. No obstante, desde un punto de vista jurídico la comunidad internacional “mantiene un elevado grado de fraccionamiento”[96]. Esto afecta directamente la continuidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares de distintos Estados y las expectativas de seguridad en su resolución legal.

Ante esta necesidad latente surge el derecho internacional privado, cuya finalidad central radica en proveer una respuesta adecuada y justa a los problemas a los que las personas se ven expuestas como consecuencia de la existencia de una pluralidad de ordenamientos independientes. En tal escenario, “la potencial aplicación de un Derecho distinto al del foro

se convierte en la piedra angular de todo el modelo de Derecho internacional privado de base conflictual"[97]. Así, las preguntas centrales giran en torno a ¿Cuál derecho debe ser aplicado ante una disputa entre nacionales de distintos Estados?; ¿Qué juez es competente para aplicarlo?; ¿Cómo debe ser probado este derecho?

5.2 Empíricamente, un reciente estudio del Instituto Suizo de Derecho Comparado[98] demuestra que la multiplicidad y dispersión de ordenamientos legales repercute en la baja tasa de litigantes europeos que recurren a elementos del derecho extranjero, dentro de procesos civiles adelantados en sus países de origen, pese a que estos fueran relevantes para la decisión. Una muestra representativa obtenida entre los abogados de países de la Unión Europea evidenció que alrededor de una tercera parte de los encuestados expresamente reconoció que suelen evitar traer al proceso argumentos relacionados con componentes de derecho extranjero.

La principal razón es el difícil acceso a la normatividad foránea, ya sea por razones de idioma, disponibilidad, o los costos relacionados con su obtención. La búsqueda por medio de internet genera aún muchas inquietudes sobre su calidad; y los canales diplomáticos, por su parte, no se han desarrollado eficazmente o son desconocidos por los litigantes[99]. Otra razón que desincentiva en la práctica el uso del derecho extranjero es el temor de los abogados por que la invocación del mismo conlleve a retrasos y demoras procedimentales.

Estos obstáculos bien podrían trasladarse al contexto colombiano, donde pese a la falta de estudios concretos es posible pensar que el uso del derecho extranjero es mínimo.

5.3 Jurídicamente, al interior del continente Europeo han surgido dos modelos principales y con resultados divergentes en torno a la aplicación del derecho extranjero por parte de tribunales nacionales. En el fondo de esta discrepancia subyace una distinción conceptual entre la postura que asume al derecho extranjero como un asunto de derecho y otra que lo considera como una cuestión de hecho. A partir de esta clasificación se definen aspectos tan relevantes como (i) la manera en que el derecho extranjero ingresa a un proceso nacional y (ii) si el mismo es objeto de prueba.

En principio, los hechos deben ser alegados por las partes interesadas, mientras que las cuestiones de derecho deben ser asumidas, de oficio, por los jueces; regla de distribución

del trabajo procesal presente desde el derecho romano, bajo el aforismo latino “Da mihi factum, dabo tibi ius”[100]. Asimismo, las cuestiones fácticas han de ser probadas por las partes, particularmente por aquellas a quienes les resulta favorable; mientras que si resulta ser un asunto de derecho opera la máxima “iuris novit curia”[101], bajo la cual el conocimiento y aprehensión de una norma recae exclusivamente sobre el juez[102].

El primer modelo, representado en países como Austria, Bulgaria, Estonia, Francia, Italia, Holanda, Polonia, España, Eslovenia y Alemania, ha optado por entender al derecho extranjero como una cuestión de derecho. En aquellos Estados el ordenamiento jurídico confiere a los jueces el deber de establecer, ex officio, el contenido y alcance del derecho extranjero. No obstante el rol activo que desempeña la autoridad judicial, estos sistemas no descartan la asistencia de las partes interesadas en la constatación de las normas extranjeras, ya sea como resultado de un requerimiento judicial o bajo su propia iniciativa (ver por ejemplo Francia y Holanda)[103].

El segundo modelo, consistente con la tradición anglosajona, dispone que la carga de la prueba sobre el derecho extranjero recae exclusivamente sobre las partes. Desde el siglo XVIII el sistema inglés ha dispuesto que el derecho foráneo debe ser tratado como una cuestión fáctica[104]. Por ello, el rol de los jueces en estados como Gran Bretaña, Letonia, Irlanda y Luxemburgo está seriamente limitado. Cualquier investigación o conocimiento personal del juez en relación al derecho extranjero está prohibido, así como lo está cualquier referencia a disposiciones no sometidas a consideración por los interesados[105].

Existe un tercer modelo que presenta una alternativa intermedia a las aproximaciones tradicionales. Es una suerte de sistema de colaboración entre las partes y el juez que permite examinar, caso a caso, la forma más eficiente de determinar el derecho extranjero, teniendo en cuenta criterios como: las características y relevancia del caso, los recursos económicos de las partes y el conocimiento personal del juez. Este modelo se viene implementado en países como Finlandia y Suecia[106].

5.4 Subsidiariamente, ante la imposibilidad de establecer en un término razonable el contenido de una norma extranjera, la solución más extendida ha sido acudir al derecho local (“law of the forum”) del país donde se está llevando a cabo el proceso. Esta medida

se encuentra expresamente consagrada en Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido, Rumania, Eslovenia y Suecia.

Aunque menos frecuente, existe otra solución adoptada en Alemania, Portugal y Holanda, consistente en buscar una norma o principio dentro del ordenamiento jurídico más afín (“most closely connected legal order”).

6. La prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico colombiano.

El ordenamiento jurídico colombiano reúne un conjunto de disposiciones tanto internacionales como locales que regulan la aplicación del derecho extranjero en los procesos que se adelanten en el país. A continuación, se presentan las normas más relevantes y posteriormente se realizará un análisis sobre las mismas.

6.1 Tratados internacionales vinculantes para el Estado Colombiano.

6.1.1 Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado[107].

Este tratado fue acordado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 8 de mayo de 1979 en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Se proyecta como un esfuerzo regional para atender los inconvenientes que puedan surgir con ocasión del conflicto de competencia entre diversas leyes invocadas para regular una misma situación jurídica. Aboga por una aplicación armónica que procure realizar las finalidades específicas de cada una de las legislaciones[108]. En relación con la naturaleza y aplicación del derecho extranjero consagra la siguiente regla:

“Artículo 2

Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

Nótese cómo la Convención asimila, en principio, la norma extranjera con una cuestión de

derecho y, en esta medida, sitúa la responsabilidad principal de su aplicación en cabeza de los jueces. Sin embargo, no descarta la posibilidad de que las partes interesadas en el proceso puedan participar en la prueba del contenido de la disposición extranjera.

Ahora bien, la Convención, ateniendo el principio de soberanía nacional, contempla dos excepciones al traslado de normas extranjeras, en casos que el Estado receptor la considere manifiestamente contraria a sus principios de orden público (artículo 5[109]) o cuando se haya invocado con intención fraudulenta (artículo 6[110]).

6.1.2 Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero[111].

Este tratado también fue suscrito en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979, dentro del contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA). Tiene por objeto “establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos” (artículo 1º). En razón de lo anterior, consagra un conjunto de directrices en favor de una colaboración efectiva entre los Estados firmantes.

Las autoridades jurisdiccionales directamente o a través de la autoridad central del Estado requirente (artículo 7º) quedan facultadas para solicitar los elementos probatorios o informes sobre texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho (artículo 2º). Solicitud que obliga al Estado requerido a responder la consulta (artículo 6º).

La Convención, en todo caso, consagra una excepción a este deber de cooperación “cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía” (artículo 10).

6.1.3 Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo (1889).

Ambos instrumentos fueron adoptados el 12 de febrero de 1889 en una conferencia suscrita en Montevideo, Uruguay. Por medio de la Ley 40 de 1933 el Congreso de la República de Colombia autorizó al gobierno a adherir a los mencionados tratados. No

obstante, medio siglo después de estar plenamente perfeccionados y vigentes los tratados de Montevideo, dicha ley fue demandada por un ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia. Esta Corporación, mediante fallo proferido el 18 de junio de 1987, la declaró inexecutable por considerar que le había otorgado al ejecutivo autorizaciones para funciones que constitucionalmente le correspondían sin necesidad de ley, y por tanto había asumido una competencia que la Constitución no le otorgaba y que tampoco le exigía el Derecho Internacional[112].

Ante la importancia de tales convenciones, su contenido fue nuevamente ratificado por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 33 de 1992, declarada executable en sus aspectos formales mediante sentencia C-276 de 1993 de la Corte Constitucional.

El señor Joseph Mora Van Wichen, en múltiples memoriales, invoca el contenido del artículo 2º para fundamentar el deber de oficiosidad por parte de los jueces en la obtención de la prueba sobre el derecho extranjero. En su tenor literal, esta disposición señala lo siguiente:

“Artículo 2º: Su aplicación [las leyes de los Estados contratantes] será hecha de oficio por el Juez de la causa, sin perjuicio de que las Partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada”

Si bien el sentido de la norma resulta claro, es necesario advertir que la misma no puede ser invocada con efectos vinculantes dentro del ordenamiento jurídico nacional. Lo primero que hay que aclarar es que esta disposición se encuentra contenida en el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889. Dicho Protocolo, a diferencia del tratado matriz, no fue sometido a ratificación por parte del Congreso de la República. En este sentido, el Estado Colombiano no ha adherido al Protocolo Facultativo, cuyas normas, en consecuencia, no resultan obligatorias para el país.

En efecto, los tratados internacionales constituyen actos jurídicos complejos, en cuya conformación participan las tres ramas del poder público, proceso que ha sido conceptualizado por esta Corporación como “la triada constitucional de los tratados”[113].

Ello significa que ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad pueden asumir compromisos internacionales de manera autónoma o sin el concurso y aprobación de las demás autoridades competentes bajo el esquema de la Carta Política de 1991[114].

No obstante, el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 no es un evento de acuerdo simplificado. Es evidente, en el caso específico del artículo 2º transcrito anteriormente, que el Protocolo introduce una obligación nueva de oficiosidad que excede o, por lo menos amplía, el compromiso legalmente adquirido por los Estados firmantes de los Tratados de Montevideo de 1889. Así, no resulta válido justificar la obligatoriedad del Protocolo para Colombia como si este fuese un simple desarrollo o precisión del compromiso internacional adquirido originalmente en virtud de los Tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional.

En esta misma línea, debe explicarse que la Convención sobre derecho internacional privado (también conocido como Código Bustamante), aducida por el accionante a su favor[116], tampoco se encuentra vigente para el Estado Colombiano. Esta Convención suscrita el 20 de febrero de 1928, en la Sexta Conferencia Internacional Americana en La Habana, jamás fue ratificada por nuestro país. En todo caso vale decir que estos instrumentos internacionales ofrecen una guía sobre la orientación regional en materia de prueba y acreditación del derecho extranjero.

6.2. El Código de Procedimiento Civil.

Para la época en que se resolvió la demanda de reparación directa se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)[117]. Su artículo 188 reglamenta la prueba sobre el derecho extranjero así:

“Artículo 188. Normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras.

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen”.

El primer inciso establece de forma general que la responsabilidad frente a la prueba del derecho extranjero recae tanto en la autoridad judicial (de oficio) como en la iniciativa de las partes procesales. El segundo y tercer inciso regulan qué tipo de prueba resulta idónea en este campo. Tratándose de una norma extranjera escrita, consagra que debe aportarse copia total o parcial expedida por la autoridad competente del respectivo país y debidamente autenticada por las autoridades locales, aunque también otorga la posibilidad que la norma sea expedida por el Cónsul de ese país en Colombia; si la disposición foránea no se encuentra escrita, la prueba idónea será el testimonio de dos o más abogados del país de origen[118].

6.3 Conclusión: El sistema mixto de prueba del derecho extranjero en el ordenamiento colombiano.

La creciente interdependencia de las comunidades nacionales dentro de un escenario global formula un desafío mayúsculo para el orden jurídico. Uno de los principales obstáculos que enfrenta el derecho internacional privado ante la multiplicidad y superposición de sistemas legales radica, entonces, en encontrar una respuesta objetiva sobre cuál sistema jurídico debe ser aplicado y cómo se prueban las normas extranjeras que resulten relevantes para la resolución de un caso concreto.

Históricamente se han gestado dos modelos predominantes. El primero, cuyo máximo representante es el Reino Unido, asume el derecho extranjero como una cuestión fáctica. En ese sentido se convierte en una carga procesal exclusiva de las partes interesadas a quienes les corresponde probar su vigencia y contenido, no pudiendo el juez interferir de manera alguna en su obtención. Del otro lado, el modelo continental alemán entiende la norma extranjera como asunto de derecho, razón por la cual el juez adquiere la misión, ex officio, de auscultar su alcance para el caso concreto, incluso cuando las partes no han invocado su aplicación.

El ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en lo que se ha hecho partícipe. En principio, dispone que el derecho extranjero es investigado de oficio por la autoridad judicial (C.P.C., art. 188), como si se tratara de su propio ordenamiento (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2). Sin embargo, también

acepta la colaboración de las partes (C.P.C., art. 188) para que estas puedan alegar y probar su existencia y contenido (Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, art. 2).

De este modo, el derecho extranjero no se aborda como una simple cuestión fáctica en tanto existe una responsabilidad expresa en cabeza de las autoridades judiciales en su consecución, pero tampoco es un asunto de puro derecho, por cuanto el ordenamiento colombiano reconoce que su contenido, alcance y vigencia puede ser alegado, probado y discutido también por las partes interesadas.

¿Cómo entender un sistema que como el colombiano consagra simultáneamente los poderes oficiosos del juez junto con la diligencia de las partes en la obtención del derecho extranjero? El principio probatorio según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (C.P.C art. 177), no resulta suficiente en la medida que el derecho extranjero no se puede reducir a un asunto fáctico y el propio legislador consagró expresamente los deberes oficiosos del juez en este campo.

Una respuesta satisfactoria habría de comenzar por reconocer que el análisis debe efectuarse caso a caso, en tanto el ordenamiento jurídico no estableció prevalencia alguna -al menos no expresamente- entre el deber oficioso del juez y la actividad de las partes en la obtención del derecho extranjero. En segundo lugar, se hace necesario fijar unos criterios que permitan determinar razonablemente una justa y eficiente distribución de las cargas procesales en el caso concreto[119]. A manera de guía, el juez debería considerar los siguientes criterios dentro de su análisis:

(i) Relevancia:

Es posible que en el caso concreto el derecho extranjero resulte ser un elemento accesorio dentro de la disputa contenciosa o las pretensiones de las partes, evento en el cual adquiere mayor sentido la diligencia de las personas interesadas en su demostración. En caso contrario, cuando la legislación extranjera constituye un aspecto central dentro del examen judicial del cual depende el goce efectivo de los derechos[120], el impulso oficioso del juez debe ser mayor en atención a la primacía del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad.

(ii) Calidad de las partes:

Cuando la parte interesada en la prueba del derecho extranjero es una persona natural o jurídica con fácil acceso a la norma foránea (p.e. porque es una multinacional con sede y representación en el otro país), el deber oficioso en cabeza de las autoridades jurisdiccionales se reduce. Por el contrario, cuando se está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, con recursos financieros y profesionales limitados, cobra mayor fuerza la intervención del juez en la obtención del derecho extranjero con el propósito de asegurar la vigencia de un orden justo[121] y la prevalencia del derecho sustancial[122].

(iii) Disponibilidad de la norma:

En atención al principio de celeridad en la administración de justicia y el deber de lealtad procesal[123], las partes interesadas deben allegar desde un comienzo la prueba del derecho extranjero que respalde su pretensión, más aún cuando este se encuentre disponible y resulte de fácil acceso (p.e. porque está en el mismo idioma y existe una referencia oficial en internet). En caso contrario, el juez debe ser más activo en la búsqueda del derecho extranjero, haciendo uso de los canales diplomáticos a los que puede acudir por medio de la Cancillería, especialmente con los países con los que se haya acordado un convenio de cooperación sobre la materia[124].

El análisis conjunto de los anteriores tres criterios (relevancia, calidad de las partes y disponibilidad de la norma) permitirá que el operador judicial decida razonablemente, en un caso concreto, la carga de la prueba en la obtención del derecho extranjero y el alcance de la colaboración que las partes interesadas deben satisfacer. De esta manera será posible determinar, incluso, la eventual configuración de una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ante la omisión del juez en su deber oficioso y el sacrificio del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia y obtener una decisión de fondo[125].

7. Análisis del caso concreto.

Según fue reseñado, Joseph Mora Van Wichen interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna y al mínimo vital,

con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de mayo de 2012, mediante la cual confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido que el accionante no había demostrado su legitimación por activa dentro del proceso de reparación directa iniciado en contra de la Nación.

7.1. Causales genéricas de procedibilidad.

7.1.1. Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas.

En el proceso objeto de estudio el Consejo de Estado desestimó las pretensiones de reparación invocadas por el ciudadano belga en contra de la nación colombiana. El accionante esgrime que debido a excesivos formalismos e inaplicación del impulso oficioso por parte del juez administrativo se le obstruyó el acceso efectivo a la administración de justicia.

En caso de hallarse fundados los cargos, la negación de la demanda de reparación directa atentaría contra principios rectores de la administración de justicia como el acceso efectivo a la misma, la celeridad y el deber oficioso en cabeza de las autoridades jurisdiccionales. Además, la prueba del derecho extranjero es un aspecto incipiente en la jurisprudencia nacional, por lo que merece un desarrollo ulterior.

En consecuencia, el asunto sometido a consideración de la Sala Plena tiene evidente relevancia constitucional.

7.1.2. Agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

Contra la decisión objeto de controversia constitucional no proceden recursos ordinarios, por tratarse de una apelación resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de un proceso de reparación directa.

Aunque cabría pensar en el recurso extraordinario de revisión dispuesto en el artículo 185 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), vigente para la época de los hechos, debe recordarse que el principio de subsidiariedad ordena el agotamiento de los medios judiciales de defensa idóneos y efectivos para resolver la controversia, y no aquellos que claramente no posean esas características. Al respecto, fue la propia Sección Quinta del Consejo de Estado la que, actuando como juez de tutela,

estableció que las causales taxativas del recurso de revisión no cubrían el reclamo presentado por el señor Mora:

“Cabe destacar que los argumentos presentados por la parte actora, a saber: (i) desconocimiento de las pruebas aportadas al expediente que daban cuenta de la propiedad del barco y de los perjuicios económicos -materiales y morales-, que sufrió como consecuencia del tiempo que estuvo retenido en el puerto de Buenaventura; y (ii) la no aplicación al caso concreto de la Ley 33 de 1992 que aprobó los Tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho de Comercio Internacional firmados en Montevideo el 22 de febrero de 1889; no se encuentran incluidos en las causales taxativas contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de tramitación del proceso, lo cual habilita al Juez Constitucional para abordar el fondo del asunto”[126].

En este sentido, resultaría irrazonable exigir al peticionario la carga procesal de acudir a un recurso que no está diseñado para soportar la controversia constitucional planteada.

7.1.3. Cumplimiento del requisito de la inmediatez.

Toda vez que la providencia de segunda instancia atacada es de fecha 9 de mayo de 2012 y la demanda de tutela se radicó el 4 de junio de la misma anualidad, se satisface el requisito de inmediatez, en tanto fue presentada en un término razonable.

7.1.4. No se discute una irregularidad procesal.

Del relato y consideraciones presentadas por el señor Joseph Mora Van Wichen se desprende que su reclamo constitucional no tiene por objeto una irregularidad procesal sino la debida aplicación de las normas que regulan la prueba del derecho extranjero en nuestro país.

7.1.5. El accionante ha identificado de forma razonable los hechos que generan la violación.

La Sala encuentra que el accionante presentó de una forma suficiente y razonable los argumentos que se dirigen a denunciar el supuesto yerro cometido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, al descartar sus pretensiones por no haber allegado la prueba del derecho hondureño que demostraría su propiedad sobre el “Zeetor”. Cuestión que también

fue alegada por el accionante dentro del trámite correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

7.1.6. No se trata de sentencia de tutela.

La presente acción de tutela no se dirige contra una providencia de la misma naturaleza, sino contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, como segunda instancia en un proceso de reparación directa.

7.2. Causales específicas de procedibilidad.

Según se desprende del expediente de tutela y de las consideraciones desarrolladas en los capítulos anteriores, (i) se configuró un defecto sustantivo debido a que la interpretación del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil que realizó la Sección Tercera no se ajusta a la Constitución. Además, el Alto Tribunal omitió el análisis de otras disposiciones aplicables al caso, como lo es la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Esto, a su vez, condujo a (ii) un defecto fáctico en el momento en que el juez administrativo no valoró otras pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos denunciados.

7.2.1 Defecto sustantivo: desconocimiento del deber de impulso oficioso del juez en la obtención del derecho extranjero.

1. Para descartar las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera, en resumen, que si bien el accionante allegó algunos documentos que demostrarían su propiedad sobre el buque “Zeetor”, no acreditó debidamente el derecho extranjero (en este caso hondureño) bajo el cual habría adquirido el dominio. Destacó al respecto:

“la sala encuentra que aunque el demandante allegó, extemporáneamente, algunos documentos con los que pretendía demostrar su titularidad sobre la motonave, no acreditó la normatividad bajo la cual se adquirió el dominio del bien ni su vigencia, aspecto éste que impide determinar si tales documentos son o no las pruebas idóneas para acreditar la titularidad del dominio sobre la nave de bandera hondureña, motivo suficiente para declarar no probada la legitimación en la causa por activa, como acertadamente lo hizo el a quo, y

en consecuencia negar las pretensiones de la demanda”[127].

Ahora bien, para fijar la carga de la prueba en la obtención de la legislación extranjera que acredita el dominio, el Alto Tribunal considera que esta recae exclusivamente sobre el accionante Joseph Mora Van Wilchen. Para ello hace referencia: (i) al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la carga de la prueba concierne al demandante; (ii) al artículo 188 del mismo estatuto, que dispone que el texto de leyes extranjeras debe ser presentado al proceso en copia auténtica, expedida por la autoridad competente del respectivo país o por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma debe venir autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores; y por último, (iii) descarta la aplicación del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Bustamante de 1928, por cuanto estos “instrumentos no han sido ratificados por Colombia y en consecuencia no son vinculantes para nuestro Derecho interno”. A partir de esto, concluye que la obtención del derecho extranjero recae exclusivamente sobre el demandante:

“Al respecto, como se dijo ab initio, el actor, que deriva su interés procesal del derecho de propiedad que ostenta sobre la denominada nave ZEETOR, tiene la carga probatoria que debe surtirse con plena observancia de los rigores legales contenidos en la norma transcrita, de manera que está obligado a acreditar dos elementos esenciales, el primero de ellos, [1] la legislación hondureña vigente en materia de adquisición del derecho real de dominio sobre naves y, el segundo, [2] el cumplimiento pleno de dicha legislación”[129].

2. En principio, le asiste razón al Consejo de Estado al explicar que “la propiedad de las naves matriculadas o construidas en país extranjero, se probará por los medios que establezca la legislación del correspondiente país”[130]. Sin embargo, se aleja injustificadamente del ordenamiento jurídico colombiano al estipular, en el caso concreto, que la carga probatoria sobre dicho derecho extranjero recae exclusivamente en el señor Joseph Mora.

En primer lugar, el artículo 177 que enuncia el principio general probatorio no puede entenderse aisladamente de otras disposiciones aplicables al caso, como lo es el artículo 188, que regula específicamente la prueba sobre normas jurídicas de alcance no nacional y leyes extranjeras. Esta disposición, a diferencia de la lectura parcial que realiza la Sección Tercera, señala expresamente que el texto de tales normas “se aducirá al proceso en copia

auténtica de oficio o a solicitud de parte”.

De otra parte, la providencia atacada omitió considerar la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, debidamente ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 21 de 1981. En su artículo 2º, esta ordena que “[l]os jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

Es por todo lo anterior que la sentencia proferida el 9 de mayo de 2012 incurrió en un defecto sustantivo al haber optado por una interpretación regresiva e incompleta del artículo 188 C.P.C. que contraría los postulados de la prevalencia del derecho sustancial y la vigencia de un orden justo, consagradas como cláusulas rectoras de la administración de justicia. No es válido concluir que el accionante es el único encargado de allegar al proceso la prueba sobre el contenido y alcance de una norma extranjera, cuando el propio Código de Procedimiento Civil advierte la responsabilidad oficiosa de los jueces locales en su obtención. Postulado que además es reiterado por el tratado ratificado mediante la Ley 21 de 1981 que dispuso que los jueces debían aplicar el derecho extranjero como si se tratara de su propio ordenamiento.

3. Ahora bien, en el capítulo 5º de esta providencia se evidenció cómo el ordenamiento jurídico colombiano se inclina por una alternativa intermedia, de acuerdo con la cual el derecho extranjero no se asume como una simple cuestión fáctica, pero tampoco como un asunto de puro derecho. Por ello, autoriza que este pueda ser investigado tanto de oficio por la autoridad judicial como alegado y probado por las partes interesadas. Posibilidad que debe ser valorada caso a caso.

Atendiendo a las particularidades del presente expediente y a la condición vulnerable en que se encuentra el accionante Joseph Mora Van Wichen, la obtención oficiosa del derecho extranjero cobraba mayor sentido, mientras que la pasividad del Consejo de Estado al respecto trasgredía gravemente su derecho fundamental al debido proceso.

En primer lugar, la prueba del derecho hondureño en relación con la transmisión de la propiedad sobre naves era de suma importancia para el caso concreto. Tanto así que la

Sección Tercera se abstuvo de examinar los elementos de la responsabilidad del Estado y valorar el fondo de la demanda impetrada por el ciudadano belga, ante la supuesta falta de certeza sobre la propiedad del barco. De este modo, el impulso oficioso se hacía necesario para garantizar un verdadero acceso a la justicia.

En segundo lugar, la especial condición de Joseph Mora Van Wichen justificaba una intervención más activa por parte del juez administrativo. En efecto, el ciudadano belga, cuando llegó a Colombia en 1991, tenía 50 años de edad[131] y era un naviero que esperaba estar unos pocos días en el puerto de Buenaventura para depositar un cargamento de harina de pescado. No obstante, una serie de disputas con su tripulación e inconsistencias en el pago de impuestos lo forzaron a permanecer muchos años más.

Durante estas más de dos décadas en nuestro país, el señor Mora se vio expuesto a una prohibición del DAS para salir de Colombia por el supuesto robo de un bote salvavidas del "Zeetor"[132], múltiples procesos laborales iniciados en su contra y varios hurtos, uno de los cuales, asegura, casi le cobra la vida mientras dormía en el buque. A esto se sumó un malestar emocional "por la forzosa separación con mis hijos (tanto los menores, como los mayores de edad), y separado del resto de mi familia, situaciones estas, que me afligieron como persona y más, siendo yo extranjero aquí en Colombia, sin vínculos familiares ni personales"[133]. Del progresivo distanciamiento familiar[134] dan cuenta las comunicaciones que vía electrónica intentó mantener con sus hijos[135], quienes incluso dudaban que un proceso pudiera durar tanto en Colombia y pensaban que era una excusa para no regresar al Perú con ellos.

A nivel económico podría afirmarse que una persona que alega ser dueña de un buque de carga internacional con capacidad de 950 toneladas, tiene ampliamente satisfecha su estabilidad financiera. Joseph Mora, por el contrario, relata que el barco era su único activo y fuente de ingresos, por lo que al ser embargado y posteriormente desvalijado y puesto fuera de servicio[136], su familia y él quedaron sin nada[137]. Denuncia que encuentra respaldo en las notas de prensa local que se escribieron sobre su infortunio en Colombia y que relatan cómo se alojó en el hotel Felipe II, de Buenaventura, hasta que los ahorros se agotaron y tuvo que regresar a su cabina en el Zeetor[138], cómo se vio obligado a rematar su casa en Miraflores (Perú) por 40.000 dólares, vender dos automóviles[139] y finalmente retirar a sus niños del colegio en Perú[140].

Tan precaria se volvió su situación que fue cobijado judicialmente con el amparo de pobreza[141]. Incluso, se hizo necesaria la ayuda de vecinos como Hercilia Carabalí Sinisterra[142] y Hernán Morales Morales[143], quienes en declaraciones extra juicio aseguraron haber colaborado por medio de rifas y ayudas en especie (comida, alojamiento y transporte) a la subsistencia del ciudadano Belga.

Bajo estas condiciones, exigir al accionante allegar al proceso la legislación hondureña, debidamente autenticada, sobre transmisión de la propiedad, resultaba desproporcionado e ignoraba las capacidades y recursos de un ciudadano extranjero, quien había perdido su única fuente de ingresos y agotado sus ahorros tras un largo proceso judicial[144]. En efecto, al momento en el que el Consejo de Estado falló el recurso de apelación, el señor Mora tenía más de 70 años de edad y el “Zeetor” había claudicado finalmente bajo el océano pacífico. Denegar en este punto, y luego de más de 12 años que duró el proceso en conocimiento de la Sección Tercera, la demanda de reparación por falta de prueba del derecho extranjero constituye una vía de hecho que no solo se aparta del ordenamiento legal colombiano sino que desconoce los principios constitucionales que abogan por un efectivo acceso a la administración de justicia, mediante decisiones de fondo y que consulten la realidad material, así como la protección reforzada a los sujetos de especial consideración.

7.2.2 Defecto fáctico: Omisión en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

La postura de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual la prueba del alcance y vigencia del derecho extranjero recae exclusivamente sobre la parte interesada, conllevó asimismo a la configuración de un defecto fáctico, en su dimensión negativa. En la sentencia del 9 de mayo de 2012 se omitió la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de la legitimación en la causa alegada por el señor Joseph Mora Van Wichen, específicamente los siguientes documentos aportados al proceso y reconocidos como prueba, en su momento, por la Sección Tercera[145]:

(i) La Escritura de adjudicación por remate de una motonave, otorgada por el Décimo Octavo Juzgado de Primera Instancia Civil de Lima, a favor de la Pacific Coasting Sociedad Anónima. Lima 22 de mayo de 1989.

(ii) La patente definitiva de navegación, República de Honduras, No. L0322948.

(iii) Testimonio - Instrumento número cincuenta y tres (53) otorgado en Tegucigalpa, Honduras, el 24 de mayo de 1990, por el notario Municipio del Distrito Central.

Estos fueron descartados “ab initio” por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo al considerar que la ausencia de prueba sobre el derecho extranjero “[impedía] determinar si tales documentos son o no las pruebas idóneas para acreditar la titularidad del dominio sobre la nave de bandera hondureña”[146]. Al sostener esta postura, el Consejo de Estado se apartó del ordenamiento procesal colombiano y del impulso oficioso que este consagra en relación con la obtención del derecho no nacional. Resultaba necesario que el Consejo de Estado analizara tales elementos probatorios para poder concluir sobre la pertenencia del buque Zeetor y las pretensiones de fondo formuladas por el actor.

7.3 Conclusión y decisión a tomar para restablecer los derechos fundamentales.

El ordenamiento jurídico colombiano, tanto en su legislación interna como en los tratados regionales en los que se ha hecho partícipe, se ha inclinado por una alternativa intermedia en lo que se refiere a la obtención del derecho extranjero dentro de los procesos que se surtan en el territorio nacional. En efecto, el sistema colombiano prescribe que este debe ser investigado de oficio por la autoridad judicial, como si se tratara de su propio ordenamiento, aunque no descarta la colaboración de las partes interesadas, quienes podrán invocar y probar su existencia y contenido.

En consecuencia, ninguna autoridad judicial puede, sin vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y a la efectiva administración de justicia, desconocer su corresponsabilidad en la materia y pretender trasladar completamente esa carga a las partes procesales. Más aún, en los casos en que la norma extranjera resulta indispensable para la resolución de la disputa y es de difícil obtención para los particulares, debido a sus limitaciones financieras o logísticas.

En el expediente se observa una abierta restricción a la administración de justicia por parte de la sentencia atacada, la que no profiere una decisión de fondo, bajo la excusa de la inactividad probatoria del accionante, sino un fallo inhibitorio, bajo la apariencia de un

pronunciamiento de mérito[147].

Lo hasta aquí expuesto no implica reconocer que el señor Joseph Mora Van Wichen sea el legítimo propietario del buque “Zeetor”, ni mucho menos que se encuentre acreditada la responsabilidad del Estado colombiano por los daños patrimoniales y morales que se le hayan podido ocasionar. Estos elementos deberán ser valorados por el juez competente de lo contencioso administrativo, en este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo que la Corte Constitucional específicamente reprocha es que la sentencia atacada no haya entrado a resolver de fondo la demanda presentada por el ciudadano belga, con el argumento que este no aportó copia auténtica del derecho hondureño para demostrar la legítima transmisión de la propiedad sobre la nave. Si el fallador tenía alguna duda sobre el derecho extranjero aplicable, contaba con el tiempo y las competencias jurisdiccionales necesarias para auscultar su contenido.

En consecuencia, la Sala Plena dejará sin efectos la decisión objeto de censura, dictada por la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), por la cual se negaron íntegramente las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen.

Asimismo, en virtud del principio de eficacia en la administración de justicia, atendiendo la particular situación del demandante y dado el amplio tiempo transcurrido desde que presentó la demanda de reparación directa, se hace indispensable remitir el expediente nuevamente a la Subsección mencionada para que esta, luego de practicar las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, dicte sentencia de segunda instancia en el término máximo de tres meses, de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia y, concretamente, con estricto respeto del impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida el 18 de abril de 2013 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela (T-3.955.581) instaurada por Joseph Mora Van Wichen, mediante la cual se negó el amparo. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental al debido proceso.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la providencia proferida por la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia, el nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012), por la cual se negaron íntegramente las pretensiones del señor Joseph Mora Van Wichen, en el proceso de reparación directa adelantado contra la Nación.

CUARTO.- REMITIR el expediente a la Subsección C, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que dicte sentencia de segunda instancia, en el término máximo de tres meses, de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia y, concretamente, con estricto respeto del impulso oficioso que corresponde al juez en la obtención del derecho extranjero.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente con excusa

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA SU768/14

CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO-El deber contenido en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado de aplicar el derecho extranjero no puede confundirse con el deber de allegar el derecho

foráneo (Salvamento de voto)

CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO-No debió interpretarse que la expresión 'solicitud de parte' contenida en el artículo 188 del CPC se suplió por las múltiples dificultades que sufrió el actor, toda vez que no se observa una actitud mínimamente diligente del mismo en todo el proceso (Salvamento de voto)

CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL DERECHO EXTRANJERO-Deberes del juez en el marco del Estado Social de Derecho no relevan a los particulares de cumplir con carga de la prueba de forma diligente (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-3.955.581

Acción de tutela de Joseph Mora Van Wichen contra la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

Asunto: La carga de la prueba del derecho extranjero

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Con el acostumbrado respeto que me merecen las decisiones adoptadas por el Pleno de la Corte Constitucional, en esta ocasión, me permito manifestar mi disidencia frente a la concesión del amparo deprecado por el Señor Joseph Mora. Estimó la Sala que se vulneró el debido proceso del actor, cuando el juez contencioso, no incorporó al expediente el derecho extranjero que se requería para fundar una decisión frente a las pretensiones del demandante.

En mi sentir, las razones aducidas en la ponencia y apoyadas por la mayoría presentan las siguientes inconsistencias:

a. En relación con la normatividad que debió servir de fundamento al Consejo de Estado para acopiar el derecho extranjero, consideró la mayoría que el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, se constituye en fundamento de una obligación de la autoridad nacional, para recaudar el derecho

extranjero. Al respecto vale citar a tenor literal el precepto:

“Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuya derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada ” (negrillas fuera de texto)

Vista la disposición, se observa que el deber es de aplicación del derecho foráneo, el cual, no se puede confundir con un deber de allegar dicho derecho. Un deber, no implica per se la existencia del otro. Es cierto que la aplicación del derecho extranjero requiere el conocimiento del mismo, pero, no necesariamente quien está obligado a aplicarlo, está obligado a allegarlo. En la disposición citada, se advierte que se establece una potestad para las partes de alegar y probar el derecho externo invocado. Esta prerrogativa, se aviene correctamente con el espíritu del derecho privado, en el cual, quien alega sus intereses, generalmente debe actuar diligentemente, pues, la jurisdicción no es sustituida de la negligencia de las partes. En suma, quien tiene el interés, cuenta con la facultad para probar y alegar el derecho extranjero y, estando este en el expediente surge en esa circunstancia el deber para el juez, de aplicar dicha normatividad. Así pues, me aparto de la lectura de la disposición convencional, hecha por la mayoría en esta providencia y de las consecuencias extraídas de la misma.

b. Por lo que respecta al otro fundamento normativo citado en la ponencia, para censurar el actuar del Consejo de Estado, esto es, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil interpretado de consuno con el artículo 177 del mismo cuerpo legislativo, cabe decir que el último de los mandatos, indica que el derecho extranjero debe aducirse de oficio o a solicitud de parte, de lo cual, la ponencia concluye un imperativo legal para el Juez de aportar el derecho foráneo. Al hilo de la argumentación, el fallo prohijado por la mayoría, encuentra como soporte fáctico de ese deber en cabeza del Consejo de Estado, las dificultades personales a las que se vio enfrentado el accionante.

No se desconocen las vicisitudes que sufrió el actor, pero, lo que no resulta tan claro, es que ellas hubiesen impedido durante varios años, gestiones con miras a lograr probar el derecho hondureño. En la ponencia se indica que el proceso se inició en 1997 y, concluyó en 2012, pero no se encuentra en ella, reseña alguna que dé cuenta, durante ese

prolongado periodo de tiempo, de una actividad mínimamente diligente por parte del señor Mora respecto de la consecución de lo que aquí interesa. No se registran requerimientos a consulados o misiones diplomáticas, no se tiene noticia del uso de pedimentos por vía electrónica o comunicaciones por correo o, por vía telefónica o, fax, a autoridades del país centroamericano; lo que permitiría inferir y verificar una actitud diligente por parte del interesado. La decisión mayoritaria se contrae a referir los momentos adversos que agobiaron el actor y, sin más, hace responsable al Juez Contencioso de aportar el derecho extranjero. No parece pues esta forma de razonar, la que más armonice los deberes del juez con la carga de la prueba que incumbe a las partes.

c. Finalmente, resulta necesario advertir que las profusas consideraciones sobre el Estado Social de Derecho, no alcanzan a ser el fundamento directo de una obligación judicial a hacer uso de la facultad oficiosa en el marco de controversias de orden patrimonial, en las cuales, no aparece probada la diligencia del actor. La cláusula del Estado Social de Derecho, es sin duda, determinante y obligatoria en la lectura del ordenamiento jurídico, pero, no se constituye en un precepto que releve a los particulares del cumplimiento de sus deberes legales cuando de reclamar sus intereses económicos se trata. Sin duda, esta consideración puede ser matizada acorde con las peculiaridades del caso concreto, pero, en esta oportunidad, tales particularidades no ofrecen la claridad deseable para llegar a la conclusión a la que la providencia llegó. Lo que no es de recibo, es el uso generalizado de la cláusula del Estado Social de Derecho como un expediente que quepa invocar frente a situaciones procesales tan particulares como las reglas de la carga prueba, cuando estas se incumplen por falta de diligencia de los interesados. Las directrices del Estado Social de Derecho no se oponen a esas específicas regulaciones probatorias. Por el contrario, las prohíben al ser expresión de la responsabilidad y autonomía del individuo.

Es pues, la falta de fuerza persuasiva de lo expuesto en la ponencia, lo que explica y justifica mi disidencia.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] El presente capítulo resume la narración hecha por el actor, así como otros elementos fácticos y jurídicos observados en el expediente, los cuales se consideran relevantes para comprender la complejidad del caso.

[2] Cuaderno de tutela, folio 2.

[3] Cuaderno Principal, folio 1280.

[4] Cuaderno Principal, folio 1146.

[5] Cuaderno Principal, folio 1156.

[6] Proceso instaurado por el señor Mora con el objetivo que se le permitiera darle mantenimiento al buque Zeetor y prevenir la salinidad corrosiva.

[7] Cuaderno Principal, folio 1235.

[8] Según recuento realizado por el propio Consejo de Estado en la sentencia. Cuaderno Principal, folios 1658 y siguientes.

[9] Cuaderno Principal, folio 1526.

[10] Cuaderno Principal, folio 1535.

[11] Cuaderno Principal, folio 1667.

[12] Cuaderno Principal, folio 1668.

[13] Cuaderno Principal, folio 1668.

[14] Biocca Cárdena Basz, Lecciones de Derecho Internacional Privado, parte general. Ed. Universidad, Buenos Aires - Argentina, pág. 126. Citado en el fallo.

[15] Cuaderno Principal, folio 1669.

[16] Cuaderno de tutela, folio 15.

[17] Cuaderno de tutela, folio 93.

[18] Cuaderno de tutela, folio 132.

[19] Cuaderno de tutela, folio 170.

[20] “Hoy 2012, se lo comió el mar, fue totalmente desvalijado, desapareció, no existe” aseguró el accionante en su escrito de tutela. Cuaderno de tutela, folio 2.

[21] Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

[22] Recientemente la Sala Plena reiteró esta línea jurisprudencial en la sentencia SU-195 de 2012.

[23] Corte Constitucional, sentencia SU-917 de 2010.

[24] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

[25] Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2012.

[26] Corte Constitucional, sentencias T-282 de 2009 y T-015 de 2012.

[27] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

[28] Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010 y SU-131 de 2013.

[29] Corte Constitucional, sentencia T-726 de 2012.

[30] Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2011.

[31] Corte Constitucional, sentencias SU-515 de 2013 y SU-915 de 2013.

[32] Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002, T-043 de 2005, T-295 de 2005, T-657 de 2006, T-686 de 2007, T-743 de 2008, T-033 de 2010, T-792 de 2010, entre otras.

[33] Corte Constitucional, sentencias T-343 de 2011, T-138 de 2011, T-792 de 2010, T-364 de 2009, T-808 de 2007 y T-086 de 2007, entre otras.

[34] Sentencias T-284 de 2006 y T-466 de 2012.

- [36] Es ese sentido las sentencias T-510 de 2011, T-064 de 2010 y T-456 de 2010.
- [37] Corte Constitucional, sentencia SU-198 de 2013.
- [38] Sentencias T-538 de 1994, SU-159 de 2002 y T-061 de 2007.
- [39] Sentencia T-442 de 1994.
- [40] Sentencia SU-159 de 2002.
- [41] Sentencia T-060 de 2012, cita original con pies de página.
- [42] Corte Constitucional, sentencia SU-198 de 2013.
- [43] Corte Constitucional, sentencias T-055 de 1997 y T-590 de 2009.
- [44] Sentencia T-060 de 2012.
- [45] Sentencias T-064 de 2010, T-456 de 2010, T-217 de 2010, T-067 de 2010 y T-009 de 2010. En similar sentido, las sentencia T-505 de 2010 y T-014 de 2011.
- [46] Sentencia T-067 de 2010. En igual sentido, sentencia T-009 de 2010 y T-466 de 2012.
- [47] Sobre la iconografía de la justicia en occidente se puede consultar: Resnik, Judith y Curtis, Dennis E. "Representing Justice: from renaissance iconography to twenty first century Courthouses". Proceedings of the American Philosophical Society, Vol. 151, No. 2 (Jun. 2007) pp. 139-183.
- [48] López Medina, Diego Eduardo. Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla: 2005. p. 27.
- [49] Ver sentencias C-548 de 1997, C-790 de 2006 y T-600 de 2009.
- [50] Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.
- [51] López. Op. Cit. p. 127.

[52] Original en alemán: “Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen”.

[53] Anton Menger “El derecho civil y los pobres”. Citado en Diego López. Op. cit. p. 50.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

[55] Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

[56] Decreto 1400 de 1970.

[57] Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 1995.

[58] López. Op. cit. p. 131.

[59] Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

[60] Carta Política 1991, preámbulo.

[61] Carta Política 1991, art. 228. Ver también Ley estatutaria de justicia (Ley 270 de 1996), art. 125.

[62] Carta Política 1991, art. 229.

[63] Carta Política 1991, art. 228.

[64] “En una Colombia atribulada por hondos padecimientos éticos, económicos y políticos, y afectada por una crisis de fe institucional, subsisten aún dos valores capaces de rescatarla de tan perturbadora conjura: el pueblo y sus jueces; en aquel está la esencia de la patria: orgullo, autenticidad, valor, sacrificio y amor; en estos, la probidad, el equilibrio conceptual y la serena entrega al cumplimiento del supremo deber de juzgar, sin otras armas que las inmateriales de la ley, sin más protección que el escudo invisible de su propia investidura”. Palabras de Alfonso Reyes Echandía en el homenaje que le brindó el Externado por su designación como Presidente de la Corte Suprema de Justicia, 15 de febrero de 1985. Mensaje que aún hoy sigue vigente.

[65] Duhamel, Olivier y Cepeda Espinosa, Manuel José. Las democracias: entre el derecho constitucional y la política. Bogotá: Universidad de los Andes y T.M Editores, 2001. p. 364.

[66] Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

[67] Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012

[68] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[69] Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

[71] Ver Sentencia C-159 de 2007.

[72] Ver Sentencia C-029 de 1995 y T-264 de 2009.

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 2012.

[74] Corte Constitucional, C-396 de 2007.

[75] Ley 270 de 1996, art. 60A.

[76] En este acápite se hace énfasis en los procedimientos civil y administrativo, en tanto guardan relevancia para el caso en discusión. En materia penal puede consultarse la sentencia C-396 de 2007.

[77] Decreto 1400 de 1970, artículo 2.

[78] Decreto 1400 de 1970, artículo 37.

[79] Decreto 1400 de 1970, artículo 179.

[80] Decreto 01 de 1984, Artículo 169.

[81] Ley 1564 de 2012, art. 4º.

[82] Ley 1564 de 2012, art. 8º.

[84] Ley 1437 de 2011, art. 3º.

[85] Ley 1437 de 2011, art. 103.

[86] “En forma simultánea a la modificación de la concepción de los fines y principios de la Función Administrativa y de la Administración Pública, la Constitución de 1991 creó instituciones que también afectaron a la jurisdicción contencioso-administrativa. El doble carácter, axiológico y normativo de la Constitución varió la tradicional función del juez administrativo en la que este se limitaba a verificar que no se vulnerara la legalidad. Ahora, adicionalmente, el juez contencioso-administrativo debe procurar el cumplimiento de la nueva finalidad: garantizar los derechos constitucionales de los asociados” Exposición de motivos. Proyecto de Ley 198/2009. Gaceta del Congreso 1173 de 2009.

[87] Ley 1437 de 2011, art. 213. El antiguo Código de lo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) incluía una regulación similar en el artículo 169: “En cualquiera de las instancias el 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; pero, si éstas no las solicitan, el Ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso”.

[88] Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012.

[89] Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y C-159 de 2007.

[90] Esta subregla fue formulada originalmente por la sentencia T-264 de 2009 para el procedimiento civil y posteriormente fue aplicada a las controversias Contencioso Administrativas por el fallo T-950 de 2011.

[91] Corte Constitucional, Sentencia T-599 de 2009.

[92] Corte Constitucional, Sentencia C-666 de 1996.

[93] En dicha ocasión la Corte censuró la renuencia del Juzgado Administrativo a decretar oficiosamente el envío de la copia auténtica de los formularios E-10 y E-11 de las mesas de votación, lo que en últimas conducía a una decisión materialmente inhibitoria basada en la

ausencia de un requisito de carácter simplemente formal.

[94] Corte Constitucional, Sentencia T-885 de 2009.

[95] Corte Constitucional, Sentencia T-923 de 2009.

[96] Espluges Mota, Carlos e Iglesias Buhigues, José Luis. Derecho Internacional Privado (2ª Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 31.

[97] *Ibíd.* p. 32.

[98] Swiss Institute of Comparative Law. The application of foreign law in civil matters in the EU member states and its perspectives for the future. Lausanne: 2011.

[99] *Ibíd.*, p. 6.

[100] “Dame los hechos, yo te daré el derecho”.

[101] “El juez conoce el derecho”.

[102] Hausmann, Rainer. Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis. The European Legal Forum (E) 1-2008, 1 – 14. München: 2008.

[103] Swiss Institute of Comparative Law. *Op. cit.*

[104] Hausmann, Rainer. *Op. cit.*

[105] Swiss Institute of Comparative Law. *Op. cit.*

[106] *Ibíd.*

[107] Ratificada por Colombia mediante la Ley 21 de 1981.

[108] Artículo 9º: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

[109] Artículo 5: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

[110] Artículo 6º: “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.”

[111] Ratificada por Colombia mediante la Ley 49 de 1982.

[112] Según el recuento histórico presentado en la sentencia C-276 de 1993.

[113] “(i) En primer lugar es imprescindible la intervención del Presidente de la República, quien en su calidad de director de las relaciones internacionales tiene la potestad exclusiva y excluyente de tomar la iniciativa para celebrar tratados o convenios con otros Estados o entidades de derecho internacional. Es el Ejecutivo quien directamente o por intermedio de sus delegados puede entablar negociaciones, fijar los términos y alcance de las mismas, avalar o no los acuerdos logrados y, en últimas, suscribir el texto de un tratado o abstenerse de hacerlo. Sin embargo, su intervención es ad referendum, en la medida en que debe someter los tratados a la aprobación del Congreso (art. 189-2 CP).

(ii) En segundo lugar, la Constitución exige la intervención de la rama legislativa del poder público. Como laboratorio de la democracia y foro político por excelencia, al Congreso de la República corresponde “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional” (art. 150-16 CP).

(iii) En tercer lugar, la intervención de la rama judicial se desarrolla por intermedio de la Corte Constitucional, a quien compete ejercer el control de constitucionalidad de los acuerdos celebrados, como condición previa a la manifestación del consentimiento por el Presidente de la República y con ello la adquisición formal de nuevos compromisos internacionales (art. 241 CP).

(iv) Finalmente, con posterioridad a la revisión de constitucionalidad, el Presidente interviene de nuevo a efecto de proceder a la ratificación del tratado, lo que desde luego

ejerce de manera autónoma, reafirmandose entonces su calidad de director de las relaciones internacionales”. Corte Constitucional, Auto 288 de 2010

[114] Corte Constitucional, Sentencias C-477/92, C-504/92, C-562/92, C-563/92, C-564/92, C-589/92, C-027/93, C-276/93, C-400/98, C-363/00, C-1258/00, C-1439/00, C-303/01, C-862/01, C-264/02, C-896/03, C-962/03, C-280/04, C-533/04, C-557/04, C-622/04, C-1144/04, C-150/05, C-154/05, C-176/06, C-239/06, C-926/07, C-944/08 y C-379/09, entre muchas otras.

[115] Corte Constitucional, sentencia C-363 de 2000.

[116] “Artículo 408. Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere”.

[117] Actualmente rige el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), cuyo artículo 177 tiene una redacción similar respecto a la carga de la prueba del derecho extranjero:

“Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas.

El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades

administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

Parágrafo.

Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia” (subrayado fuera del original).

[118] Precepto que debe entenderse sistemáticamente con lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 8º: “Prueba de Costumbre Mercantil Extranjera. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. Disposición que también fue derogada por la Ley 1564 de 2012, aunque para el momento de los hechos se encontraba vigente.

[119] “En este orden de consideraciones, quedaría por analizar qué ocurre si en abstracto la Constitución no especifica puntual y detalladamente un deber del juez de decretar pruebas de oficio, pero la ley le confiere a éste la facultad de hacerlo cuando las considere útiles. En ese caso, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que, si bien el deber del juez de decretar pruebas de oficio no está enunciado puntualmente y en abstracto en la Constitución o en la ley, en determinados casos concretos es posible advertir que la Constitución obliga al juez a decretar esas pruebas de oficio. La fuente específica de ese deber sería, entonces, la fuerza normativa de los derechos fundamentales, que en ocasiones demandan una participación activa del juez en su defensa y protección efectiva. De allí que, además del contexto constitucional y legal, es necesario evaluar el contexto fáctico para concretar el deber del juez de decretar pruebas de oficio.” Corte Constitucional, sentencia T-654 de 2009.

[120] Corte Constitucional, sentencias T-417 de 2008, T-654 de 2009

[122] Constitución Política, art. 229.

[123] Código de Procedimiento Civil, art. 71 -1.

[124] Al respecto tener en cuenta la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero.

[125] Constitución Política, art. 229. Al respecto, ha explicado la jurisprudencia que: “En ese contexto, el derecho de acceso a la administración de justicia aparece, ciertamente, como el derecho formal a acceder a la justicia, pero además a acceder a una justicia que busque, en la mayor medida posible, proveer una decisión de fondo para el asunto presentado. Así, una violación del derecho a acceder a la administración de justicia se presenta no sólo cuando al actor se le dificulta o imposibilita tal acceso, sino también cuando la administración de justicia le permite acceder, pero no evalúa sus pretensiones o las evalúa tan sólo en apariencia, pues acaba tomando en realidad una decisión con base en consideraciones superficiales o de carácter excesivamente formal, que no tienen valor instrumental en la garantía de otros derechos fundamentales, en un caso en que es posible adoptar una decisión diferente con fundamento en una interpretación orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales”. Sentencia T-264 de 2009 y T-654 de 2009.

[126] Cuaderno de tutela, folio 171.

[127] Cuaderno Principal, folio 1670.

[128] Cuaderno Principal, folio 1667.

[129] Cuaderno Principal, folio 1668.

[130] Código de Comercio, art. 1442.

[131] Según se observa en el Registro Civil de Nacimiento de sus hijos proferido por la Municipalidad de San Isidro, Perú. Cuaderno Principal, folios 1478 y 1479.

[132] Hecho del cual da fe la Embajada de Bélgica. Cuaderno Principal, folio 1480.

[133] Cuaderno de tutela, folio 3.

[134] “Mis hijos mayores de edad se casaron sin que conozca sus cónyuges, ni mis nietos. Actualmente, tengo siete nietos que sólo conozco por fotografías enviadas por internet. Y

mis hijos menores en Perú, de quienes no he podido seguir su infancia, a quienes no he visto en 14 años, viven muy humilde y totalmente desprotegidos, esperando alguna razón, en donde yo pueda solucionarles y compensarles lo que han perdido en estudio y mejoramiento de su calidad de vida, porque actualmente solo sobreviven” Cuaderno de Tutela, folio 5.

[135] Cuaderno Principal, folios 1461-1469. Por respeto a la intimidad de la familia y los derechos prevalentes de los menores de edad, no se citan los apartes de las comunicaciones.

[136] Según se observa en los recortes de prensa. Cuaderno Principal, folios 1347-1352.

[137] Cuaderno de tutela, folio 3.

[138] Revista Cambio 16. Número 40, Marzo de 1994. Artículo “Un Maqroll de carne y hueso”. Cuaderno Principal, folio 1348-1349.

[139] Periódico El Tiempo, agosto de 1994. “El Zeetor arruinó a su dueño”. Cuaderno 1A , folio 542. Ver también Periódico El Tiempo, 22 de octubre de 1995, “Un belga anclado en Buenaventura”, Cuaderno 1A , folio 544.

[140] *Ibíd.*

[141] Auto admisorio del 24 de febrero de 1997 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera. Cuaderno 1A. Folio 548-549.

[142] “En el mes de septiembre de 1994 el señor Joseph Mora fue operado de dos hernias en una clínica en la ciudad de Bogotá, y cuando había vuelto a Buenaventura le di una habitación y comida en mi casa donde él pudo recuperar su salud y además porque pensé que era peligroso quedarse en el hotel donde todo el mundo sabía que él podía encontrarse. La razón porque era que [sic] a su llegada en Buenaventura fue asesinada la juez segunda laboral del circuito, entonces involucrada en el caso Zeetor y el señor Joseph Mora había recibido varias llamadas de personas desconocidas.

Desde este momento he ayudado al señor Joseph Mora junto con otras personas solidarias al caso del señor Joseph Mora, con hospedaje y comida. Organicé rifas para financiar sus

viajes a Cali y Bogotá cuando era necesario ir a cada una de estas ciudades, para atender el proceso de la motonave contra el Estado colombiano” Cuaderno Principal, folio 1470

[143] “En el año de 1997 por lapso de tres (3) meses [le ayudé] con su manutención, comprendida con: hospedaje en mi residencia, alimentación y dinero en efectivo, este último con el fin de que pudiera atender los trámites judiciales de su demanda contra el Estado colombiano. También lo ayudé en el periodo del año 2001 y 2002 con la consecución de estudiantes que recibieron instrucción de su parte, de los idiomas inglés y francés, con fin de apoyarlo con algo para su subsistencia y pudiera sobrevivir en estos últimos años en Colombia”. Cuaderno Principal, folio 1473.

[144] “Todo esto lo encaminó hacia una situación económica de ruina y como los documentos de escritura y certificado de matrícula tienen un costo aproximado de 3.000 dólares no se pudieron allegar al proceso judicial administrativo, aparte de que los únicos que se tenían se anexaron como pruebas en la tutela del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buenaventura y, como esta prueba se pidió en la demanda, se asumió la confianza legítima y legal de la propiedad que ya estaba demostrada” Cuaderno Principal, folio 1209.

[145] Mediante auto del 22 de julio de 2009, la Sección Tercera, aceptó como pruebas de oficio los documentos aportados por el demandante.

[146] Cuaderno Principal, folio 1670.

[147] Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009.