El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 14 de julio de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Niega por improcedencia de la acción

Radicación Nro. : 66001 22 04 000 2017 00140 00

Accionante: JORGE IVÁN PULGARÍN MONTOYA

Accionado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: NO SE DEMOSTRÓ EL PERJUICIO IRREMEDIABLE / IMPROCEDENCIA.** [A]unque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente, y en este caso concreto, el accionante en repetidas ocasiones habló de que el Consejo Nacional Electoral no tuvo en cuenta sus dichos en la contestación, ni aplicó las normas que correspondían al asunto, ni valoró debidamente las pruebas que reposaban en el expediente, sin embargo, de la actuación adelantada sólo tiene conocimiento esta Sala de lo expuesto en su escrito, y de los pocos documentos que del expediente anexó. Sin embargo, si lo que pretendía atacar era toda la actuación adelantada en el proceso administrativo sancionatorio, lo lógico hubiera sido que aportara mínimamente la copia del expediente sin parcializaciones; significa esto que de haber cumplido con el requisito de determinar el perjuicio irremediable para que la acción prosperara, estaría esta Corporación sin las herramientas suficientes para efectos de tomar una decisión correcta. (…) En conclusión, la presente acción no prosperará, toda vez que la parte accionante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que conllevara la prosperidad de la acción, y que demostrara que los demás mecanismos judiciales que tiene a su alcance son insuficientes o carecen de idoneidad para el fin perseguido.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 682 del 14 de julio de 2017. H: 3:40 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:**  | 66001 22 04 000 2017 00140 00 |
| **Accionante:**  | Dr. Carlos Andrés Toro Toro, apoderado judicial de Jorge Iván Pulgarín Montoya |
| **Accionado:**  | Consejo Nacional Electoral  |
| **Decisión:**  | Niega por improcedente  |

**ASUNTO:**

Procede la Colegiatura a resolver lo que en derecho corresponda, con ocasión de la acción de tutela promovida por el abogado **CARLOS ANDRÉS TORO TORO**, quien actúa en calidad de apoderado judicial del señor **JORGE IVÁN PULGARÍN MONTOYA**, en contra del **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos planteados por la parte accionante se pueden relacionar así:

* En el Consejo Nacional Electoral se adelantó un proceso administrativo sancionatorio en contra de los señores Jorge Iván Pulgarín Montoya y Huberto Vásquez, que tuvo inicio en el año 2015, con ocasión de una queja puesta en su contra por la presunta realización de propaganda electoral extemporánea.
* El conocimiento del asunto le correspondió a la Magistrada Ángela Hernández Sandoval, quien inició la indagación preliminar en enero de 2015, y posteriormente abrió investigación administrativa en contra de los citados.
* En el mes de abril del año 2016, el señor Jorge Iván Pulgarín Montoya ejerció su derecho de defensa, argumentando que algunas de las pruebas aportadas por los quejosos debían ser desechadas por el Despacho, y no podían ser tenidas en cuenta, toda vez que no cumplían con los presupuestos establecidos en el artículo 244 del Código General del Proceso para que cobraran valor probatorio, resaltando que según dicha norma, lo allí dispuesto se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

Su defensa estaba dirigida, entre otras cosas, a demostrar que las piezas que se aportaron a la queja no brindaban certeza en relación con la procedencia y elaboración de ese material, tampoco hay certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se tomaron.

Además las fotografías no fueron reconocidas por testigos, ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso; excepto una foto tomada a una pieza publicitaria, alusiva a aspiraciones políticas del señor Jorge Iván, que fue aportada por el testigo Ángel Gabriel Montoya Acevedo, pero dicho registro es inconducente, impertinente e inútil, pues la fotografía de un volante no demuestra nada por sí sola, ni exhibe relación con ningún hecho, tampoco permite llevar a la convicción de algo.

Posteriormente, después de hacer una transcripción del testimonio rendido por el señor Ángel Gabriel Montoya Acevedo manifiesta que el Despacho se equivocó al señalar que el mismo ofrece motivos de credibilidad, porque proviene de personas que directamente tuvieron conocimiento de la ocurrencia de los hechos, son espontáneos y sus afirmaciones se encuentran soportadas en las fotos que allegan.

Le parece que esa consideración es un error porque, afirma el accionante, es un simple testigo de oídas, que nunca estuvo en el evento denunciado; además su testimonio fue lacónico, y cuando le solicitaron señalar de forma clara y precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la queja, sólo se refiere a un lapso de tiempo “en la semana día (sic) 18 al 22 de diciembre de 2014” como si se hubiese tratado de un evento de toda la semana.

Por otra parte, resaltó que el señor Ángel Gabriel tiene intereses políticos, pues es un líder y miembro activo de la oposición al Partido Liberal Colombiano, y con una clara animadversión en contra del señor Pulgarín Montoya, con lo que se afecta su credibilidad e imparcialidad.

Bajo ese argumento, tachó en su defensa el testimonio rendido por este último, bajo las premisas del artículo 211 del Código General del Proceso acerca de la imparcialidad de los testigos, solicitando que su análisis fuera objeto de mayor rigor por tratarse de un testigo sospechoso.

Además, la fotografía del volante publicitario no prueba nada, toda vez que fue aportada como prueba el día 16 de febrero de 2015, fecha para la cual ya era un elemento publicitario ampliamente difundido en el municipio, pues era plena época electoral, cuando se iba a elegir el alcalde de esa localidad, lo cual no permite llegar a la convicción de algo, especialmente por las características del testigo, ya mencionadas.

De este modo, la valoración por parte del investigador de las pruebas aportadas resulta, a su juicio, abiertamente ilegal.

* A pesar de lo anterior, el 23 de junio de 2016 la Magistrada Ponente negó las pruebas solicitadas por la defensa del señor Jorge Iván, declaró cerrado el debate probatorio y corrió traslado para presentar alegatos de conclusión, violando con ello su derecho fundamental a la defensa.
* Más adelante se expidió la Resolución No. 3182, con la cual se declararon probados los cargos formulados en contra del señor Jorge Iván, por violación al término para realizar propaganda electoral. La cual le resulta transgresora del ordenamiento jurídico y de los preceptos constitucionales, pues precisó allí la ponente que al procedimiento administrativo sancionatorio no le son aplicables las disposiciones contenidas en el Código General del Proceso, pues no se trata de un asunto de naturaleza civil, comercial, de familia, ni agrario, y tampoco es adelantado por una autoridad con funciones jurisdiccionales.

Considera el accionante que este punto de vista también es equivocado, porque el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, y que además, los aspectos no contemplados allí se seguirán conforme al Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones, entre otros preceptos (artículos 40 y 306 de la Ley 1437 de 2011, y 5, y 8 de la Ley 153 de 1887). Por lo tanto, no hay incompatibilidad entre una disposición y otra, es más, deben ser aplicadas las reglas probatorias del Código General del Proceso, pues de lo contrario, se incurriría en una vía de hecho por defecto fáctico, como en efecto sucedió, incurriendo de paso en una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, e igualdad de las partes.

Además, el Consejo Nacional Electoral no tuvo en cuenta en su decisión la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que citó el demandado en su defensa, respecto de la valoración probatoria que se debe dar al material fotográfico aportado a un proceso; ignorando así la postura del tribunal supremo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Tampoco tuvo en cuenta las pautas jurisprudenciales y normas en cuanto a la valoración probatoria que se debe dar a los testigos de oídas, ni se pronunció sobre la tacha que se elevó ante el testimonio del señor Ángel Gabriel, bajo el mismo argumento de que no era aplicable lo dispuesto en el Código General del Proceso.

Por otra parte, dijo el Despacho que si bien el defensor pretendía descalificar la credibilidad del testimonio manifestando una enemistad política, ésta no se encuentra probada; sin embargo, fue precisamente por eso que se solicitaron unos testimonios por parte de la defensa, para probar la condición de parcialidad de ese testigo, pero esa solicitud fue denegada, porque a criterio de la Magistrada Ponente, las declaraciones solicitadas no guardaban relación con los cargos atribuidos.

Finalmente, el Consejo Nacional Electoral concluyó que la conducta tuvo lugar antes del término legal, pero en ningún aparte del proceso se establece la fecha de los hechos denunciados, ni siquiera el testigo lo manifestó.

* Contra la decisión sancionatoria se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto de forma negativa mediante Resolución 0589 del 22 de marzo del año que transcurre.

**LO QUE SOLICITA:**

Con base en los hechos anteriormente relacionados, solicitó que se conceda la solicitud de amparo invocada, y en consecuencia se declare que el Consejo Nacional Electoral incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo al interpretar indebidamente una norma, y además en una vía de hecho por defecto fáctico, vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y defensa del señor Jorge Iván Pulgarín Montoya.

Acorde con lo anterior, se ordene dejar sin efectos las Resoluciones 3182 de 2016 y 0589 de 2017.

**TRÁMITE PROCESAL:**

La presente acción constitucional se recibió en el Despacho el día 29 de junio del año avante, y se avocó su conocimiento por medio de auto del día siguiente, en el cual se ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos al Consejo Nacional Electoral a través de su Presidente, el Magistrado Alexánder Vega Rocha, y la Magistrada Ángela Hernández Sandoval, para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción; adicionalmente se ordenó la vinculación oficiosa del señor Huberto Vásquez Vásquez.

**RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS:**

Frente al asunto únicamente se pronunció el **Consejo Nacional Electoral**, a través de la Abogada Especializada de la Oficina Jurídica y de Defensa Judicial, en este sentido:

Ratificó que en contra del señor Jorge Iván Pulgarín y el señor Huberto Vásquez, se instauró una queja por la presunta realización de propaganda electoral extemporánea, que fue resuelto con ponencia de la Magistrada Ángela Hernández Sandoval.

Expone que ese organismo no vulneró los derechos fundamentales reclamados por el accionante, y tras hacer alusión a la norma violada, acerca de la delimitación para la realización de propaganda electoral en el espacio público, y relacionándolo con las alegaciones acerca del valor probatorio de las fotografías aportadas, concluyó que existe certeza respecto de la persona a la cual se le atribuye la propaganda, pues la misma es clara.

Puntualiza que no hubo transgresión al debido proceso ni a la defensa del señor Jorge Iván, pues él fue oído en descargos y además se le cumplieron todas las etapas procesales.

Concluye diciendo que al accionante le asisten otros mecanismos de defensa judicial, a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo tanto solicita que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

**2. Problema jurídico:**

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si como afirma la parte accionante, el Consejo Nacional Electoral vulneró prerrogativas constitucionales del señor Jorge Iván Pulgarín Montoya, en el desarrollo del proceso administrativo que se adelantó en su contra en esa Corporación; previo a lo cual se deberá establecer si se encuentran acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

1. **Solución:**

Conforme con lo previsto por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene derecho a recurrir a la acción de tutela para invocar ante los jueces en cualquier momento y lugar, directamente o a través de representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

De acuerdo con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona como integrante de la sociedad, por ello, el reconocimiento de la primacía de las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos prácticos y seguros para su protección.

Para entrar a analizar el problema jurídico, hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona, en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela sólo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“****1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*** *La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“… Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:****(i)****los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;****(ii)****se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,****(iii)****el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que* ***el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable****, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[1]](#footnote-1) (Negrillas por fuera del texto original).*

**Caso concreto:**

De acuerdo con la información obrante en el expediente, se tiene que señor Jorge Iván Pulgarín Montoya fue sancionado por parte del Consejo Nacional Electoral, al interior de un proceso administrativo sancionatorio, dentro del cual se encontró demostrado por parte de dicho Organismo, que el señor Pulgarín transgredió el término legal previsto para la realización de propaganda electoral en espacio público y medios de comunicación social, dispuesto en el artículo 35 de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 6 Ibídem.

El accionante cuestiona a través de este mecanismo constitucional el procedimiento adelantado, pues considera que con el mismo se violaron prerrogativas constitucionales de su prohijado, y que se incurrieron en vías de hecho por defecto sustantivo, al no haberse dado aplicación a las normas del Código General del Proceso a efectos de valorar los elementos probatorios que se aportaron a la queja, concretamente manifiesta que se hizo una indebida valoración de las fotografías que reposan en el expediente, y que se le dio toda la credibilidad a un testigo que además de ser sospechoso por tener animadversión con el acusado, no fue un testigo presencial de los hechos acusados.

Respecto de las vías de hecho en sede administrativa, la Corte Consticional ha señalado que:

*5.2.4. La vía de hecho administrativa como violación del debido proceso*

*30. La procedencia de la acción de tutela frente a las actuaciones administrativas se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución, en desarrollo del cual la Corte ha decantado una sólida jurisprudencia sobre su contenido y alcances fundamentales[37].*

*Al respecto en sentencia T-214 de 2004[38] se dijo: “El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones[39]”.*

*31. En el análisis del debido proceso a instancias de la Administración, es que se ha reconocido la figura de la vía de hecho administrativa. Se decía sobre el particular en sentencia T-995 de 2007[40] que “La tesis de las vías de hecho (…) ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos”. Esta se produce* ***“cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico”.***

*En esta línea se dijo en la sentencia T-076 de 2011[41], retomando la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso administrativo, que el mismo se concreta en “‘(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados’[42]”.* ***Bajo esta perspectiva es que, como mecanismo excepcional, se ha determinado que procede la tutela contra los actos administrativos conforme las reglas comunes, pero enfatizando en particular en la inminencia de perjuicio irremediable y en que el acto sea contrario a los derechos fundamentales de los interesados en la actuación, en especial las garantías propias del derecho al debido proceso.*** *Se habla a este último respecto, como ocurre en materia judicial, de una vía de hecho administrativa que se puede presentar por defecto orgánico absoluto, defecto procedimental absoluto, un defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido o vía de hecho por consecuencia, falta de motivación, desconocimiento del precedente constitucional vinculante y violación directa de la Constitución[43].*

*32. Ahora bien, no obstante la vía de hecho judicial es un referente de base que puede servir para reconocer las falencias del procedimiento ante la Administración que constituyan vía de hecho, entre una y otra figura existen diferencias que no se pueden desconocer.* ***De acuerdo con el carácter subsidiario y residual de la tutela, conforme al art. 86 C.P., la posibilidad de tutelar derechos fundamentales vulnerados por un acto administrativo siempre será excepcional puesto que tales decisiones están, si así se reclama, sujetas a un control jurisdiccional por vocación propia.******Es decir que, salvo ciertos supuestos[44], existe otro mecanismo de defensa judicial, por lo que el juez podrá amparar la petición de tutela sólo cuando se esté frente “a la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, que puede ser conjurado [únicamente] mediante una orden de amparo transitorio.”.” (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).***

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, sería del caso proceder a analizar si en efecto las entidades accionadas incurrieron en una vulneración a los derechos que invoca el accionante, sin embargo, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad que se expusieron en párrafos anteriores, es evidente que para este preciso caso existe otro mecanismo judicial al cuál puede acudir para resolver el problema jurídico que aquí expone, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual se puede incluso solicitar la suspensión de los actos administrativos que pretende atacar por esta vía.

Debe decirse además que aunque el actor invoca la ocurrencia de vías de hecho por parte del Consejo Nacional Electoral, dentro de su escrito no sustenta debidamente que con tal actuar se le haya causado o se le vaya a causar un perjuicio irremediable que amerite la intervención de este Juez constitucional, por ser inminente e impostergable, lo cual se constituye en el elemento esencial para definir la procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha enseñado que, sólo en excepcionalísimos eventos se puede dar trámite a la solicitud de amparo sin la exigencia de la acreditación de dicho perjuicio irremediable por parte del accionante:

*“23. Sólo excepcionalmente esta Corte ha considerado que el juez de tutela pueda no exigir la demostración del perjuicio irremediable. Ello sucede cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción [27]. O cuando en general el perjuicio irremediable o la necesidad de la eficacia inmediata de la tutela, aparezcan justificadas por las circunstancias del caso, conforme a la aplicación de las reglas derivadas de la experiencia o de la evidente condición de debilidad del sujeto que reclama. Particularmente, la Corte ha señalado que los requisitos o condiciones para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando la acción es promovida por un sujeto de especial protección o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, a saber, discapacitados, madres cabeza de familia o las personas de la tercera edad[28].”*

*24. Pero de no ser esta la situación que el asunto plantea, en principio* ***es una carga de los accionantes exponer las razones por las cuales están sufriendo un perjuicio irremediable o por qué el medio judicial ordinario no es eficaz para proteger sus derechos fundamentales, por lo que deben, al menos mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de una u otra condiciones de la acción de tutela.”***

Es evidente que ninguno de los presupuestos expuestos en cita son adaptables a este caso, pues el reclamo a simple vista no permite presumir cuál es el perjuicio irremediable al que está expuesto el señor Jorge Iván Montoya Pulgarín con la decisión tomada por el Consejo Nacional Electoral, pues la sanción por sí misma no podría ser tomada como tal perjuicio, y tampoco se trata de un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto tales postulados debieron ser debidamente expuestos por el accionante, especialmente porque acude a la presente acción a través de un apoderado judicial, que se puede presumir como conocedor de las normas aplicables al caso y los requisitos mínimos que debía demostrar para comprobar la procedencia de esta acción.

No está por demás decir que revisado el encuadernado, observa esta Corporación que el togado accionante no allegó a su escrito elementos suficientes que permitan establecer sin lugar a dudas que dichas trasgresiones existieron, ello por cuanto se limitó a adjuntar pruebas parcializadas sobre lo acontecido, que sólo podrían eventualmente dejar entrever circunstancias a su favor.

**Deberes probatorios y carga de la prueba en sede de tutela:**

El Decreto 2591 de 1991 nada indica específicamente en cuanto a la formalidad probatoria en la acción de tutela, sin embargo en varios de sus apartes sí indica la necesidad de que se aporten para llevar al Juez al convencimiento de la realidad procesal, por ello es que tanto el accionante como el accionado están en el deber de allegar al proceso todo aquello que consideren pertinente y conducente para demostrar sus dichos, es por ello que el mencionado Decreto establece que si la autoridad o persona contra quien se dirige la tutela no presenta las pruebas que se le solicitan, ni controvierte las allegadas por la contraparte, el Juez tendrá por cierto lo dicho por el actor y como únicas pruebas las aportadas por este, y con base en ellas emitirá su decisión. En cuanto al tema dijo la Corte Constitucional:

*“2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.*

*El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela “(…) la prevalencia del derecho sustancial (…)”. Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.*

*Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio* ***que logre convencer a la autoridad judicial,*** *ya que no existe tarifa legal. Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda - cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal - dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.*

***De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental****, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.”*

Quiere decir lo anterior que, aunque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente, y en este caso concreto, el accionante en repetidas ocasiones habló de que el Consejo Nacional Electoral no tuvo en cuenta sus dichos en la contestación, ni aplicó las normas que correspondían al asunto, ni valoró debidamente las pruebas que reposaban en el expediente, sin embargo, de la actuación adelantada sólo tiene conocimiento esta Sala de lo expuesto en su escrito, y de los pocos documentos que del expediente anexó. Sin embargo, si lo que pretendía atacar era toda la actuación adelantada en el proceso administrativo sancionatorio, lo lógico hubiera sido que aportara mínimamente la copia del expediente sin parcializaciones; significa esto que de haber cumplido con el requisito de determinar el perjuicio irremediable para que la acción prosperara, estaría esta Corporación sin las herramientas suficientes para efectos de tomar una decisión correcta.

En vista de ello no puede la Sala partir de supuestos, cuando faltan elementos fundamentales para dar paso al análisis de fondo de la situación; de esta manera, pese a que existen causales invocadas que eventualmente permitirían realizar la verificación de la situación fáctica, ello se quedó en palabras, pues no se comprobó en ningún momento, máxime cuando lo que está atacando es una decisión administrativa proferida por autoridad competente, en el marco de sus competencias, y después de haber agotado cada una de las oportunidades procesales, conocido cada una de las pruebas que fueron aportadas al proceso, lo que permite en principio pensar que su condición para resolver el conflicto propuesto en ese escenario era la precisa, especialmente porque fue allí donde se realizó un análisis probatorio concienzudo para determinar la norma a aplicar.

En conclusión, la presente acción no prosperará, toda vez que la parte accionante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que conllevara la prosperidad de la acción, y que demostrara que los demás mecanismos judiciales que tiene a su alcance son insuficientes o carecen de idoneidad para el fin perseguido.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE** la tutela invocada por el señor **JORGE IVÁN PULGARÍN MONTOYA**, a través de apoderado judicial; conforme lo manifestado en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Se ordena notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.Encaso de no ser objeto de recursose ordena remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**WILSON FREDY LÓPEZ**

Secretario

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)