

**ANÁLISIS DEL TEMA DE LA PRUEBA DE OFICIO TANTO EN EL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO COMO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y
LAS IMPLICACIONES QUE ESTE TIENE**

ALEJANDRA CUARTAS MORALES

MARIA ALEJANDRA RUIZ URIBE

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

**ANÁLISIS DEL TEMA DE LA PRUEBA DE OFICIO TANTO EN EL CÓDIGO
GENERAL DEL PROCESO COMO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y
LAS IMPLICACIONES QUE ESTE TIENE**

ALEJANDRA CUARTAS MORALES

MARIA ALEJANDRA RUIZ URIBE

**Trabajo de grado presentado para
optar al título de Abogado**

Asesor:

Abogado José David Posada

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

CONTENIDO

Introducción	4
1. Contextualización del tema	8
1.1 Naturaleza y concepto de la prueba de oficio	10
1.2 Posiciones doctrinales sobre la prueba de oficio	12
1.3 La prueba de oficio en el marco del debido proceso	23
2. La regulación de la prueba de oficio en el código de procedimiento civil y en el código general del proceso.....	29
2.1 Disposiciones normativas y alcance	29
2.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia acerca del tema...	40
Conclusiones	55
Referencias Bibliográficas.....	58

Introducción

Existen dos tipos de verdades dentro de un Proceso Jurisdiccional:

- La verdad material la cual busca la verdad real en el proceso, no se preocupa por la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses dentro del proceso únicamente, la búsqueda de esta verdad no se agota con la resolución del conflicto sino que se agota llegando a encontrar la verdad real para que haya realmente justicia, implica tener un acercamiento fiel a los hechos que permitan reconstruir lo sucedido de la manera más clara y cercana a la realidad.
- La verdad formal por su parte es el resultado del proceso de investigación donde hay unas reglas que se respetan para tratar de hacer una reconstrucción de los hechos , es la verdad para satisfacer un conflicto subjetivo de intereses dentro del proceso y darle la solución sin interesar la verdad real, esta verdad busca solucionar de manera ágil un conflicto sin la necesidad de ahondar en profundidad en la búsqueda de la realidad de los hechos, cumple la función de terminar el conflicto y resolviéndola sin importar el tipo de solución que sea.

El conflicto intersubjetivo de intereses es un espacio donde se encuentran dos hipótesis de verdad, debe triunfar la que coincida con la verdad real y esto se averigua por medio de los medios de prueba.

El problema de la verdad en el proceso se evidencia de una forma particular cuando termina la etapa probatoria y el juez continua con incertidumbre sobre la realidad de los hechos, cuando llega el momento y se presenta esta situación existen dos soluciones:

a) El juez puede pronunciarse con una providencia inhibitoria (Non Liquiet) esto no es debido a que el proceso fuera mal utilizado, sino debido a que las partes no lograron por medio de las pruebas convencer al juez sobre la hipótesis que defienden.

b) Sistema de Carga de la Prueba: el que alega un hecho debe probarlo, si ninguna de las hipótesis con su actividad probatoria logran sacar al juez de la incertidumbre, se aplica la carga de la prueba y aquí el que no logro demostrar su hipótesis es derrotado en el proceso.

La verdad real dentro de un proceso se alcanza con los medios probatorios, por lo que cuando las partes no agotan suficientemente bien la etapa probatoria y el juez no tiene certeza de la realidad de los hechos, éste en la búsqueda de esta verdad real puede decretar la prueba de oficio para poder cesar la incertidumbre y decidir de forma justa.

No obstante lo anterior, la posibilidad de ordenar la práctica de pruebas por iniciativa del operador jurídico, es decir, el juez, no ha sido pacífica. Los ordenamientos procesales han tenido que escoger entre el ejercicio de la iniciativa probatoria en cabeza del juez o atenerse a la actividad probatoria que las partes aporten y desarrollen en el proceso sin importar la suficiencia de la misma.

En el sistema acusatorio o dispositivo el juez decreta las pruebas pedidas y ofrecidas por las partes. Este sistema no puede valorar el problema de la verdad, es un sistema exclusivamente de partes. En Colombia aplica únicamente para el proceso penal.

Aquí se tiene como soporte ideológico el criterio según el cual el debate en el proceso judicial compromete intereses particulares, la reconstrucción de los hechos es un problema que incumbe exclusivamente a las partes y a éstas debe estar reservada exclusivamente la iniciativa probatoria.

Se descarta la iniciativa probatoria del juez ya que se entiende que la reconstrucción de los hechos en el proceso es una de las opciones de defensa de los intereses implicados y esto es como todo lo relacionado con la actividad personal por lo que le corresponde únicamente a las partes quienes son las directamente interesadas. El juez en este modelo tiene limitadas sus facultades por lo que solo admite elementos de prueba y ordena la práctica de pruebas cuando hayan sido aportados o solicitadas éstas con cumplimiento estricto de las formalidades establecidas y en los momentos procesales habilitados para esto.

En el sistema inquisitivo y mixto el juez decreta las pruebas pedidas y ofrecidas por las partes más las que el desee ordenar. Este sistema valora más el problema de la verdad, el sistema en que las partes participan pero el juez es activo.

El interés público en la justicia impone la necesidad de permitirle al juez actuar más allá de la actividad de las partes o a pesar de la iniciativa de éstas, se plantea que en función del interés público el juez debe estar autorizado para disponer por su propia iniciativa la realización de actuaciones que permitan aproximarse a la realidad para hacer acertada la aplicación del derecho y la decisión que se dispone a tomar. El juez defiende el interés público de la justicia y por consiguiente debe utilizar los elementos de prueba que le sean posibles para la verdadera determinación de los hechos sobre los cuales debe emitir su sentencia. De ahí se asocia la búsqueda de verdad judicial de los hechos al modelo inquisitivo.

La prueba de oficio, propia de los sistemas inquisitivos y mixtos, aquella que le permite el juez después de haber realizado la práctica de las pruebas solicitadas por las partes decretar pruebas adicionales con la finalidad de sacarlo de la incertidumbre cuando a pesar de haberse realizado toda la actividad probatoria aun no tenga la certeza de la ocurrencia de los hechos para poder tomar

una decisión. Este poder otorgado al juez por algunos ordenamientos jurídicos como el colombiano ha sido motivo de discusión y de diferentes posiciones a lo largo de los años donde se discute la efectividad y necesidad de esta iniciativa probatoria a cargo del Juez en búsqueda de la verdad real y de esclarecer los hechos de la manera más fiel y próxima a lo realmente sucedido en contraposición de la posibilidad de que el juez pierda su imparcial, termine realizando la actividad probatoria que le corresponde a una de las partes y pueda finalizar favoreciendo a una de éstas dentro del proceso ya que al éste decretar esta prueba de oficio puede deberse a que tiene una hipótesis de verdad en su cabeza y busca comprobarla.

En el Código de Procedimiento Civil colombiano se encuentra regulada la facultad de decreto de prueba de oficio, sin embargo, debido a la nueva codificación este tema paso a ser regulado por el Código General del Proceso el cual también tiene una normativa específica sobre la Prueba de oficio, lo importante sobre esto es que existen diferencias gramaticales en la redacción de la norma en ambos códigos que pueden generar implicaciones muy distintas y consecuencias diferentes. Lo que puede conllevar una nueva forma de ver el Decreto de prueba de oficio en el proceso judicial y traería un cambio sustancial en esta temática.

La materia de investigación de la que se ocupara este trabajo de grado consiste precisamente en determinar las diferencias en la norma sobre el decreto de prueba de oficio en el proceso judicial en el marco del Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso, evidenciar los cambios, determinar su alcance, implicaciones y consecuencias.

Este trabajo consta de dos capítulos; en el primero se hará una contextualización del tema y se tratará lo conceptual acerca de la prueba de oficio, posiciones doctrinales y prueba de oficio en el marco del debido proceso; en el capítulo dos se hablará sobre la regulación en cuanto al tema

de prueba de oficio tanto del Código de Procedimiento Civil como el Código General del Proceso, se analizarán las posiciones normativas y su alcance, jurisprudencia de las Altas Cortes ;y finaliza con el acápite de conclusiones.

1. Contextualización del tema

- **Contexto Colombiano**

El sistema procesal colombiano es un sistema mixto, es una combinación entre el sistema inquisitivo y dispositivo. Esta combinación se puede evidenciar en cuanto a que las partes son las que tienen el deber de iniciar una demanda y disponer del derecho, esto proviene del sistema dispositivo mientras que la facultad o el deber (dependiendo de qué normativa se observe) del juez de decretar pruebas de oficio proviene del sistema inquisitivo.

El sistema procesal colombiano tiene sus raíces en el proceso dispositivo, el cual tiene como eje central el que las partes son las impulsadoras del proceso, esto implicaba que interponían la demanda y eran las encargadas de allegar las pruebas para sustentar los hechos que alegaban. En el Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia el 1° de julio de 1971, el proceso civil cambió y le dio al juez un papel protagónico en el cual tenía la facultad del decreto y practica de pruebas de oficio, ya no era simplemente un árbitro pasivo sino que ya tiene un rol en el cual interviene activamente para llegar a la verdad estableciendo en sus artículos 179 y 180, que el juez o magistrado puede decretar pruebas de oficio cuando las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. El Código de Procedimiento Civil se

demoró en introducir esta facultad, se debe tener en cuenta que de la prueba de oficio en el proceso laboral se había dado dicha inclusión alrededor de 30 años antes.

La inclusión de la prueba de oficio en el ámbito laboral se dio con el Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1948), se hizo por la desigualdad que había entre las partes, trabajador y empleador. El artículo 54 de dicha normatividad, regula la materia en el ámbito laboral, permitiendo que el juez ordene la práctica de pruebas que, a su juicio, sean indispensables para el total esclarecimiento de los hechos que se controvierten en el litigio. Este artículo constituye el inicio del desarrollo legislativo de la prueba de oficio en Colombia, que se verá regulada más adelante en el proceso civil y será una institución jurídica, objeto de debate jurisprudencial y doctrinal.

En el año 2012 se promulgó el Código General del Proceso (Ley 1564), se vio como una respuesta a las necesidades que han surgido en el proceso. Mediante esta nueva normatividad se implementaron numerosos cambios en cuanto a recursos, inclusión de nuevos procesos especiales como el monitorio y cambios en materia de pruebas. Específicamente en el tema de prueba de oficio, hubo un cambio importante en la redacción de los artículos que regulan este tema, se podría pensar que se pasó de un poder-deber a un deber expreso, lo que puede llevar a unos alcances importantes si efectivamente en la aplicación de la norma se está tomando como un deber expreso, en atención al cambio de regulación normativa.

Debido a este cambio la doctrina y jurisprudencia se han dedicado a establecer sus puntos de vista acerca de lo que es realmente conveniente o no para el proceso.

1.1 Naturaleza y concepto de la prueba de oficio

Para definir el concepto prueba de oficio, el cual es punto de partida del presente trabajo, se requiere primero establecer el significado del término prueba.

La palabra prueba es definida por el Diccionario de la Real Academia (2014) como: “Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.”, esto evidencia que la prueba es un pilar fundamental dentro del proceso ya sea penal, civil, disciplinario, etc. Es lo que demuestra la veracidad de lo que alega una de las partes sin lo cual la administración de justicia sería imposible sin la prueba, según Carnelluti (1982: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces fuera de lo cual todo es tinieblas, detrás de él el enigma del pasado y delante el enigma del futuro” (p. 38). La prueba se encarga de darle una idea al juez sobre un hecho que el no presencié.

Al ser un término amplio, hay variaciones en el tipo de prueba. Para un mejor desarrollo del trabajo vamos a tener en cuenta la clasificación de la prueba según el sujeto que la proponga, en este caso puede ser de oficio o de parte. La prueba de parte es aquella que es propuesta, como su nombre lo dice, por una de las partes que integra el litigio ya sea el demandante o el demandado; mientras que la prueba de oficio es aquella propuesta por el juez en razón de los poderes que le han sido otorgados, dependiendo del ordenamiento jurídico es posible que estos poderes se traduzcan en una facultad-deber o en un simple deber.

Por deber se entiende lo siguiente: “Coincide con la posición de aquel a quien la norma impone una conducta a la cual vincula, en caso de una inobservancia, una sanción” (Quintero & Prieto, 2000, p. 459,), es decir, si estamos en presencia de un deber, la relación se compone de dos sujetos, aquel que puede exigir de otro cierta conducta y un segundo sujeto que tiene cierta

restricción a su libertad, por lo cual, se encuentra obligado a desplegar cierta conducta ya sea positiva o negativa. El contenido de este deber comprende una conducta de hacer, no hacer o de dar y la calidad de deber está impuesta por la existencia de una norma jurídica la cual impone la obligación .Por poder-deber se pensaría que puede entenderse como una ampliación del término deber, es decir, en algunos supuestos será necesario y obligatorio para el juez decretar prueba de oficio para llegar a la verdad pero en otros casos se entenderá otorgado un margen de discrecionalidad al juez. Si bien no nos hemos referido en el presente trabajo al tema de la facultad, creemos que es pertinente explicar esta categoría para efectos de un correcto entendimiento de éste, por facultad se debe entender como el poder o la potestad que tiene un sujeto sobre la situación jurídica de otro, en otras palabras cuando un sujeto es titular de una facultad se debe entender que éste está facultado para celebrar un determinado acto jurídico o tiene la competencia para desplegar ciertas conductas. El tema de las categorías jurídicas es importante puesto que ha de analizarse si es claro que la norma establece un deber se va a estar en una posición diferente a aquella situación en la cual se establezca un poder-deber, aspecto que se explicará más adelante.

Para algunas personas puede resultar confuso este término, debido a que el juez está concebido como un sujeto que simplemente verifica lo alegado por las partes o el decreto de pruebas y no como un sujeto activo dentro del proceso, pero se debe tener en cuenta que para éste el poder de decretar pruebas de oficio no es absoluto, está restringido por las márgenes del proceso, deberán ceñirse a las formalidades que trae cada uno de los estatutos procesales, toda vez que tienen la misma connotación dentro del proceso que las de parte, ya que sólo difieren de éstas en cuanto al origen y en cuanto al momento en que puede acordarlas el juez, toda vez que las partes, por lo general, las allegan en la demanda, en la contestación y en los escritos de apertura de los incidentes. Este papel que tiene el juez no les quita a las partes su responsabilidad de probar hechos

alegados por ellas, ya que son las conocedoras de las situaciones fácticas materia de litigio y las encargadas de acreditar su respectiva posición y dicho dentro del proceso, por conocer mejor los asuntos.

La prueba de oficio está fundamentada en que la administración de justicia debe aspirar al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva y está encaminada a poner a las partes en igualdad de condiciones en el proceso, ya que este poder que tiene el juez de decretar pruebas oficiosamente ayudan al descubrimiento de la verdad material de los hechos en controversia y contribuyen a que pueda dictar una sentencia de fondo en el proceso y a evitar que simplemente se aplique la carga de la prueba por insuficiencia probatoria. Sin embargo, este tipo de prueba oficiosa para una parte de la doctrina puede atentar contra principios como los de imparcialidad, neutralidad e independencia que debe tener el administrador de justicia mientras que otro sector de la doctrina considera que la prueba de oficio es necesaria para cumplir con los fines de administración de la justicia y saca al juez de la inactividad en la que estuvo por mucho tiempo, estas críticas se verán más adelante con más detalle.

1.2 Posiciones doctrinales sobre la prueba de oficio

Existen dos posiciones radicales y una posición intermedia:

- Teoría del Garantismo Procesal: el decreto de pruebas de oficio siempre parcializa al juez y esto favorece a una parte, ya que el que tienen la carga de la prueba y no logra demostrar su hipótesis pierde, por medio del decreto de prueba de oficio por parte del juez este está

favoreciendo a la parte que no logró probar su hipótesis y está a su vez realizando labores de parte.

Los siguientes autores se encuentran enmarcados dentro de esta teoría:

AUTOR	POSICIÓN
Isodoro Eisner	<p>El proceso dispositivo tiene una serie de características, a saber: no proceden los jueces de oficio, no hay juez sin actor, los jueces no deben juzgar excediéndose a las cuestiones propuestas por los litigantes, y los jueces deben fallar según lo que las partes alegaron y probaron (Eisner, 1964).</p>
Alvarado Velloso	<p>La finalidad de decretar pruebas de oficio es condenar. Para explicar su idea se pone un ejemplo con las situaciones que se pueden presentar en el proceso judicial frente al resultado de la práctica de la prueba de oficio: puede pasar 1) que no se practique esta prueba de oficio, 2) que se practique y sea favorable al demandado 3) que se practique y se mantenga la incertidumbre y 4) que se practique y de claridad de la responsabilidad del demandado. En los primeros tres supuestos se tenía que absolver; en el cuarto supuesto se condena (Oakley, citado por Alvarado Velloso, et. al., 2007). La finalidad de esta prueba es buscar la condena del demandado o de la persona contra quien se alega el hecho objeto del conflicto.</p> <p>Hace énfasis en la importancia de los principios procesales los que define como puntos de partida</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>encaminados a lograr un fin que es regular el proceso jurisdiccional donde dos partes antagónicas pero iguales quieren resolver su diferencia ante un tercero que va a heterocomponer el conflicto; en su concepto son solo dos principios procesales:</p> <p>-El principio de igualdad de las partes: los procesos están formados por dos sujetos que son las partes, son antagónicas, una el pretensionante y la otra el resistente, estas partes deben estar en condiciones de igualdad, respetando el derecho de igualdad ante la ley y las mismas oportunidades. Por lo que las leyes no pueden disponer situaciones que den ventaja a una parte sobre la otra, siempre deben por lo contrario garantizar la bilateralidad y la contradicción, ser escuchada y poder refutar lo que dice la otra parte; si se garantiza esto hay un proceso no una apariencia de éste.</p> <p>-El principio de imparcialidad del juez: el juez no debe estar en posición de parte, no debe tener ningún interés subjetivo en la solución o resultado del litigio, el juez debe actuar con independencia de las partes.</p> <p>Para Velloso la imparcialidad se mira en que el proceso esté de acuerdo a las normas constitucionales y donde se asegure la inviolabilidad de la defensa en el juicio, esto conlleva a que si el juez es un verdadero tercero con características de neutralidad no puede hacer bajo ninguna razón las tareas de las partes procesales o de alguna de ellas como introducir hechos, negar la existencia de hechos,</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>probar los hechos, alegar los hechos y con mayor razón la posibilidad de decretar pruebas de oficio.</p> <p>Alvarado critica a quienes defienden el decreto de prueba de oficio por el juez para garantizar la formación de la convicción del juez necesaria para el fallo ya que argumenta que se olvidan de la garantía de inviolabilidad de la defensa, ya que cuando el juez tiene dudas y se carece de suficiencia probatoria debe absolver y aplicar así la carga de la prueba (Alvarado Velloso, et. al, 2007).</p>

- Teoría de la Escuela Publicista Procesal: el decreto de prueba de oficio por el juez no parcializa, este decreto lo que busca es el conocimiento de la verdad y la finalización de la incertidumbre del juez para poder llegar a tener pleno conocimiento y fallar de forma justa.

Los siguientes autores se pueden encontrar dentro de esta teoría:

AUTOR	POSICIÓN
Miguel Enrique Rojas Gómez	La crítica al modelo inquisitivo se basa en que al juez tener esta iniciativa probatoria rompe su imparcialidad, cuando el juez ordena realizar diligencias probatorias esto es debido a que en su cabeza ya tiene un hipótesis de decisión y con la prueba que ordena para

AUTOR	POSICIÓN
	<p>corroborarla y así favorece la posición de alguna de las partes implicadas en el proceso.</p> <p>Se considera que la motivación del juez para decretar una prueba de oficio es favorecer a una de las partes y fortalecer su defensa, en estos casos si se debe pensar en que la prueba de oficio rompe la imparcialidad del juez. Sin embargo el pensar que el juez puede decretar la prueba de oficio por otras razones diferentes a favorecer a una de las partes lleva a la conclusión que no es que la prueba de oficio afecte la imparcialidad, sino que la falta de imparcialidad puede verse influenciada por la prueba de oficio.</p> <p>El argumento mayor sobre la falta de imparcialidad se sustenta en el hecho de que el juez con la prueba de oficio quiere constatar una hipótesis de la que el juez no está totalmente seguro , pero es importante tener en cuenta que es inevitable que el juez durante el transcurso del proceso se cree una hipótesis con o sin la ayuda de la prueba de oficio, lo que hace esta prueba es corroborar esta hipótesis o por lo contrario desmentirla conduciendo a un hipótesis diferente a la que el juez se había plateado.</p> <p>Por lo que no es suficiente argumento decir que el decreto de pruebas de oficio rompe la imparcialidad del juez debido a que este no es conocedor del resultado de la práctica de dichas pruebas ni mucho menos tener certeza de a cuál de las partes va a favorecer dicha práctica. El juez decreta dichas pruebas con la finalidad de salir de la</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>penumbra e incertidumbre aclarando las dudas para encontrar la verdad sobre la forma como ocurrieron los hechos de la manera más próxima a la realidad.</p> <p>Hay que tener en cuenta que la ausencia o escasez de prueba puede deberse no únicamente a fallas de las partes, insuficiencia de su actividad probatoria, inactividad de éstas; sino que esta circunstancia puede obedecer a razones de índole diferente como los son las características de determinados hechos concretos que crean dificultades para ser reconstruidos. En casos como estos el legislador procesal o el juez cuando así se le faculta, optan por alternativas como la exoneración de la prueba, presunción de existencia del hecho no demostrado, suposición de inexistencia del hecho no constatado y distribución de la carga de la prueba (como también la carga dinámica de la prueba). Estas alternativas son herramientas que utilizan los operadores jurídicos para evitar la consecuencia común de no lograr probar un hecho, consecuencia que se puede llegar a evitar por medio de estas herramientas de la misma forma que puede llegarse a evitar con el decreto de la prueba de oficio (Rojas Gómez, 2015).</p>
<p>Jairo Parra Quijano</p>	<p>...Inicialmente el juez tiene un problema, ¿Cuál es la verdad? Para descubrir la respuesta, el juez, según la ideología que defienda, cuenta con los medios de prueba a su disposición o con los poderes oficiosos de decreto de pruebas cuya necesidad surja del vacío cognoscitivo que se le presente. Así si por ejemplo llega a la conclusión</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>de que se causaron perjuicios pero no se solicitaron pruebas para demostrar su cuantía, surge un vacío cognoscitivo para quien maneja la ideología según la cual el decreto oficioso de pruebas rompe con la imparcialidad y la igualdad. (Parra Quijano, 2003, p. 20)</p> <p>El autor critica reiteradamente en su obra Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio, el apego de ciertos jueces o magistrados al pensamiento de que las pruebas de oficio rompen con el principio de igualdad y de imparcialidad, a tal punto de que dejan a un lado la finalidad del proceso, que es, llegar a descifrar la verdad material y emitir una sentencia justa basándose en esto. Hay primacía de la ideología sobre lo que están llamados a cumplir como autoridades de un tribunal.</p> <p>Como reiteradamente lo hemos expresado, la ideología que defendemos afirma que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad, en consecuencia, consideramos necesario permitir que el pensamiento del juzgador, en ese fin, se abra paso y le cree necesidades cognoscitivas, para cuyo abastecimiento cuenta precisamente con la posibilidad de decretar pruebas de oficio. (Parra, 2003, p. 20)</p> <p>Parra Quijano argumenta que el uso de este poder del juez es pertinente para llevar a cabo un análisis de las pruebas que llevan a la verdad del proceso. El decreto de pruebas de oficio cuando sea pertinente para esclarecer posibles dudas o vacíos presentes en el proceso es una herramienta necesaria.</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>Respecto a la imparcialidad y a la igualdad de las partes, Parra Quijano argumenta que el decreto de pruebas de oficio combate esa “desigualdad” que se da comúnmente entre las partes en cuanto que en ocasiones, una de ellas tiene más conocimientos que la otra y el uso de este poder es en aras de que la igualdad efectivamente se dé. Respecto de la imparcialidad, esta posición argumenta que el decreto y práctica de las pruebas de oficio, no irrumpen el principio de neutralidad del juez, así parezca que se intenta beneficiar a una de las partes esto no significa que se esté faltando al deber de imparcialidad, ya que la finalidad no es otra que encontrar la verdad material y esto se logra mediante una dirección del proceso.</p>
<p>Hernando Devis Echandía</p>	<p>Las objeciones contra las facultades oficiosas del juez en la producción de la prueba para el proceso civil se reducen a estas: se trata de un litigio de interés privado y por ende deber ser manejado por las partes libremente según su leal saber y entendimiento; que se perjudica a la parte desfavorecida con las pruebas decretadas de oficio y que por consiguiente , el juez debe permanecer inactivo y limitarse a juzgar con base en las pruebas que las partes le aportan para no romper su indispensable imparcialidad.- Tales razones son de tan débil contextura, que no resisten el menor análisis. Se basan en la tesis, ya completamente rectificadas de que el proceso civil es un negocio con un fin privado. Pero ya hace más de 50 años que la doctrina universal archivó esta concepción privatista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, tan importante como</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>el interés público en el proceso penal.(Devis, 2002, p. 73-75)</p> <p>El autor hace mención al tema de interés público, y es en esto en lo que se basa mayoritariamente para acoger la tesis de la necesidad de las pruebas de oficio. Hay un interés público en que se llegue a un resultado justo y legal y el juez debe estar dotado de poderes para poder llegar a la verdad y que no sea engañado con omisión de pruebas o con pruebas aparentes. Devis Echandía , al igual que Parra Quijano, no considera que se esté afectando la imparcialidad del juez, puesto que para él la imparcialidad se refiere a que el juez a la hora de tomar una decisión se base en criterios legales(como las pruebas) y no en otros criterios. En cuanto a la igualdad entre las partes, igualmente coincide con Parra Quijano expresando que ésta se logra otorgándole poderes al juez para que éste tome decisiones en donde triunfe la verdad. En otras palabras, este autor desestima las tesis que afirman que el juez tiene un poder de comprobar y no averiguar, por la simple razón de que detrás del proceso hay un interés público.</p>
Michelle Taruffo	<p>La verdad es subjetiva, esta es matizada por su propia esencia, tantas verdades como sujetos existan. La verdad existe pero no hay instrumento que permita suprimir el elemento subjetivo, esta verdad no importa en</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>el proceso judicial ya que las partes no buscan la verdad sino resolver el conflicto.</p> <p>Advierte Taruffo que la posición de las partes se basa en que la finalidad de este es resolver el conflicto a su favor, no les interesa a las partes el descubrimiento de la verdad pero atendiendo el interés público del proceso no basta que el conflicto se resuelva satisfaciendo el interés de las partes, debe propenderse por hacerlo de una manera justa, lo cual implica el descubrimiento de la verdad, y para ello se necesita dotar al juez de la facultad de poder decretar prueba de oficio.</p> <p>Para analizar los poderes de instrucción del juez Taruffo ,distingue entre tres tipos de enfoques: los ordenamientos que le dan al juez el poder general para decretar pruebas de oficio ya que tiene amplios poderes de iniciativa, los ordenamientos donde los jueces tienen algunos poderes de iniciativa y por último los ordenamientos donde no tiene poderes de iniciativa el juez.</p> <p>Los opositores de los poderes de instrucción e iniciativa por parte del juez argumentan su posición afirmando que el momento en que el juez ejerce los poderes de iniciativa e instrucción pierde su imparcialidad, ya que termina por favorecer a una de las partes de esta forma pierde su independencia en el juicio debido a que la valoración que va a realizar sobre las pruebas que el mismo decreta va a estar parcializada.</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p>Taruffo afirma que este argumento es insuficiente, dado que el juez en la realidad toma partido a favor de una parte en cualquier momento del proceso siempre que este decide alguna cuestión relativa al proceso o preliminar a este pero nadie dice que por esto pierde su imparcialidad, también afirma que de ser el argumento mencionado válido no se entiende porque el juez no es considerado como imparcial al excluir o admitir una prueba propuesta por una parte, cuando reduce la lista de testigos o cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio.</p> <p>Reduce la cuestión sobre el tema de la imagen del juez, si se piensa que el juez es bueno y puede ejercer correctamente sus poderes entonces no hay una razón para que se parcialice por el solo hecho de que sea el que ordena las pruebas, únicamente se piensa que un juez se parcializa cuando se considera a éste como psicológicamente débil. También acepta la realidad de que un juez este condicionado por la inclinación a seguir sus primeras impresiones sobre los hechos y que busque en las pruebas confirmar sus pensamientos o que subestime las pruebas que contradicen aquel; sin embargo la manera para evitar esto no es quitándole al juez los poderes de iniciativa e instrucción ya que esto se puede dar incluso con ausencia de estos poderes. También agrega que hay remedios para evitar que el juez se parcialice como el cumplimiento del principio de contradicción y obligación de una motivación adecuada de su decisión.</p>

AUTOR	POSICIÓN
	<p data-bbox="570 289 1328 604">Insiste en que no es posible seguir considerando los poderes de instrucción del juez y el decreto de prueba de oficio como la violación de derechos de las partes por lo contrario estos son elementos para maximizar el derecho a la prueba de las partes y garantizar aún más el principio de contradicción.</p> <p data-bbox="570 653 1328 1125">Por ultimo Taruffo enfatiza que si el objetivo de proceso es la búsqueda de la verdad nunca un proceso adversarial va a llegar a este fin ya que la libre contienda de las partes no es un buen método para esto, la razón es que las partes no tienen interés en que se descubra la realidad sino por lo contrario buscan garantizar que se cumplan sus intereses y que su versión o hipótesis sea la triunfadora (Taruffo & Ferrer, 2002)</p>

1.3 La prueba de oficio en el marco del debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, según el cual las personas tienen derecho a cierta serie de garantías mínimas dentro de un proceso, estas garantías buscan que se dé un resultado justo y enmarcado dentro de la normatividad, y adicionalmente busca que las partes puedan ser oídas y puedan hacer valer sus pretensiones frente a un juez u otra autoridad competente. Este principio garantiza la seguridad jurídica, el orden social y la protección de los ciudadanos en una sociedad. Comúnmente se denomina el principio al debido proceso como un macro-derecho del cual se derivan algunas

garantías como por ejemplo: el derecho a la jurisdicción, el derecho a un juez independiente, el derecho a la defensa, el derecho a un proceso público, etc.

Anteriormente se expusieron las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales alrededor del tema de la prueba de oficio, nuestra ideología concuerda con aquellos autores que piensan que el derecho al debido proceso se garantiza, en parte, mediante el otorgamiento de la facultad.

Es importante resaltar que el proceso civil cumple dos tipos de funciones la función privada de solucionar el conflicto intersubjetivo de intereses y la función pública garantista que es mantener el orden en el Estado. Para garantizar estos fines y en el marco de la modernidad es fundamental ver al juez como un director del proceso, no como un juez espectador, un juez activo que tenga iniciativas y pueda realmente garantizar un proceso enfocado en la búsqueda de la verdad y no únicamente en dictar una sentencia que solucione parcialmente el conflicto.

En el proceso encontramos la perspectiva del juez que es averiguar la verdad y la perspectiva de las partes que es convencer al juez de que las pruebas que presentan muestran la verdad de sus peticiones. Al estar consagradas en la Constitución las garantías procesales, se piensa que el juez debe averiguar la verdad de los hechos y sobre esta verdad debe dictar la sentencia.

Los poderes, deberes y facultades que tiene el juez para dirigir el proceso implican el surgimiento de la prueba de oficio donde el juez adquiere el poder de resolver las dudas que surgen y puede tomar la iniciativa probatoria pero esto no implica eliminar la iniciativa de las partes para lograr el convencimiento. Se trata de un poder-deber que tiene para direccionar el proceso y cumplir el fin institucional de resolver de manera mejor el conflicto.

No se observa como el juez puede sustituir el criterio de la parte ya que la prueba de oficio se hace cuando hay falencia en la actividad probatoria de alguna de las partes pero sin tener en cuenta subjetivamente a la parte ya que es un criterio objetivo querer llegar a la sentencia y construirla sobre la verdad que es diferente al criterio de las partes que es convencer al juez persuadirlo de que su hipótesis es la correcta.

Las partes son dueñas de su pretensión pero no son dueñas del proceso, el proceso es un mecanismo para administrar justicia y se supone que hay un interés público, el Estado considera que no es solo un asunto individual sino un asunto de toda la sociedad que tiene derecho a saber porque el juez decide de tal forma y cumple un fin social ya que la sociedad tiene que tener la seguridad de que el juez está administrando justicia realmente y además cumple una función privada que es resolver la pretensión al interesado.

Existe el interés de las partes en el proceso judicial para que el juez resuelva sus intereses pero también el interés del juez de administrar justicia y dictar una sentencia; por lo que la prueba de oficio cumple únicamente esto cuando se use para verificar las alegaciones de las partes y vaya de la mano del principio de la congruencia, porque cuando el juez va más allá de lo que las partes han alegado se viola la congruencia y más que eso el derecho de defensa lo que indudablemente afecta el debido proceso. Lo anterior quiere mostrar limitaciones al decreto de prueba de oficio en el marco del debido proceso y como una parte integrante del mismo.

Al ser el decreto de prueba de oficio un poder- deber del juez, el no uso de la prueba de oficio cuando procede, puede generar un vicio en la sentencia cuando se llega a casación. Esta conclusión que ha sido expuesta en múltiples sentencias y es acogida por la jurisprudencia, evidencia la incorporación de este mecanismo de prueba como una parte integrante del debido proceso que

debe ser respetada en los casos en que se vea la necesidad de utilizar la herramienta en el proceso y cuya no utilización tiene consecuencias y rompe la igualdad.

En el caso de que el juez sepa que con decretar una prueba de oficio averiguará la verdad implica que con el decreto de la misma va a desarrollar y a cumplir con el principio de igualdad, esto debido a que no se considera igualdad cuando una parte que no tiene la razón triunfe en el proceso y evita que prevalezca la verdad; en este caso el juez si se parcializa pero a favor de la verdad y no de las partes.

Uno de los principales problemas en el marco del proceso y es la manera como puede convivir la carga de la prueba y la prueba de oficio porque la función de carga de la prueba es servir de prueba de juicio; si el juez si tiene la posibilidad de decretar la prueba de oficio afecta la carga de la prueba pero esto no es totalmente cierto ya que el juez no debe conformarse con los medios de prueba que quieran llegar las partes al proceso con lo que las partes quieran probar y a pesar de que el proceso civil es un proceso de partes, el juez persiguiendo el fin institucional de administrar justicia puede hacer uso de la prueba de oficio esto no va a lesionar los derechos de las partes ya que estas tienen la forma de controvertir sus pruebas, y en el caso de decretar la prueba de oficio y cuyo resultado no saque de duda al juez este debe aplicar la carga de la prueba para llegar a una solución.

Para evitar la parcialización del juez y, el rompimiento de la igualdad y el debido proceso, las garantías constitucionales se elevaron al rango constitucional como por ejemplo el principio de contradicción para que el juzgador ordinario no las desconozca.

Y respecto a las reglas para valorar las pruebas la prueba de oficio se valora de forma igual a las demás pruebas aportadas, tiene el mismo valor probatorio, debe realizarse una valoración

conjunta de la prueba, aplicarse la sana crítica y el principio de comunidad de la prueba. No es lógico que el juez le dé un valor mayor a la prueba decretada por este lo que conllevaría a que efectivamente se violara la imparcialidad

Con las pruebas de oficio el juez cumple de mayor forma con la imparcialidad, porque es la búsqueda de la verdad, el proceso judicial no es para darle el triunfo al más hábil sino para realmente dictar la sentencia de acuerdo con la verdad objetiva.

Hay casos en que hay absoluta necesidad de dictar prueba de oficio, en el Código de Procedimiento Civil y en el actual Código General del Proceso actualmente está prohibido dictar sentencia en abstracto por lo que el juez para determinar cuestiones de la sentencia se ve obligado a decretar la prueba para poder dictar una sentencia de fondo y que cumpla con los requisitos legales exigidos.

En nuestro concepto el decreto de la prueba de oficio brinda seguridad al debido proceso ya que al aplicarse ésta iniciativa probatoria en cabeza del juez se protegen los principios de igualdad de las partes, la garantía de contradicción de la prueba respetando el derecho de defensa y más aun garantizando que en el proceso hay una real y eficaz búsqueda de la verdad para brindar un fallo adecuado y justo.

Teniendo en cuenta la temática abordada en la presente monografía sobre el cambio de codificación y sus implicaciones, en el marco del debido proceso la implicación fundamental es que de considerarse el decreto de prueba de oficio como un deber del juez cuando no tenga certeza de lo sucedido puede acarrear consecuencias negativas a quien a la hora de deber aplicarlo no lo haga, ya que esto sería una violación al debido proceso y a los deberes que como juez está sometido, lo anterior podría conllevar a que la parte que se vea afectada con la ausencia de decreto

de dicha prueba pueda realizar acciones para defender sus derechos y proteger el proceso como derecho mismo y como mecanismo para defender sus intereses .

2. La regulación de la prueba de oficio en el código de procedimiento civil y en el código general del proceso.

2.1 Disposiciones normativas y alcance

A continuación se plasman las normas que regulan la prueba de oficio objeto de esta investigación en las dos codificaciones que buscamos comparar: Código General del Proceso (Ley 1564 del 2012) y Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970). En ambas se determinara el tratamiento que se le da al tema del decreto de prueba de oficio por parte del juez y las implicaciones que tiene en cada codificación.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO
<p>Artículo 179</p> <p>Prueba de oficio y a petición de parte: Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.</p> <p>Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.</p>	<p>Artículo 169</p> <p>Prueba de oficio y a petición de parte: Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.</p> <p>Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas</p>

<p>Artículo 180</p> <p>Decreto y práctica de prueba de oficio: <i>Podrán</i> decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso.(cursivas fuera de texto)</p>	<p>Artículo 170</p> <p>Decreto y práctica de prueba de oficio: El juez <i>deberá</i> decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.(cursivas fuera de texto)</p>
<p>Artículo 37</p> <p>Deberes del Juez: Son deberes del juez:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga. 3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal. 4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias. (negrillas fuera de texto) 5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en 	<p>Artículo 42</p> <p>Deberes del Juez: Son deberes del juez:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. 3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal. 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.(negrillas fuera de texto) 5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe

<p>mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales.</p> <p>6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.</p> <p>7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios.</p> <p>8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.</p> <p>9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas al proceso, y abstenerse de solicitarle por auto informes sobre hechos que consten en el expediente.</p>	<p>respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.</p> <p>6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.</p> <p>7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite</p>
---	---

En los artículos 179 y 180 del Código General del Proceso lo que emana de la literalidad de la norma es una potestad del juez para decretar pruebas de oficio, aunque la Corte Constitucional en numerosas providencias ha interpretado ésta como un poder-deber. Pero dicha facultad no es absoluta, está enmarcada dentro de la necesidad de verificar los hechos alegados por las partes y además, expresa que si la facultad se va a ejercer se debe hacer antes de fallar pero añade algo que consideramos que es de resaltar y es que permite que se pueda realizar una audiencia en la cual se pueden decretar dichas pruebas, incluso se puede señalar un término para practicarlas; esto es importante porque se permite analizar que el legislador al dejar abierto un margen de varias etapas procesales, se percató de la importancia de esta facultad del juez y su papel dentro del proceso. Se deja a un lado la concepción del juez inactivo y se pasa a una ideología en la cual el juez debe actuar dentro del proceso y no ser un simple aplicador de la norma, pero las facultades de éste

tienen límites y deberán ser ejercidas con ciertas responsabilidades, una norma procesal no prevalece ante una norma sustancial y es por esto que los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil no otorgan facultades absolutas, estas facultades están limitadas por las garantías de las partes dentro del proceso y por los medios de prueba permitidos por el ordenamiento jurídico y esto es conveniente, el darle una facultad de este tipo al juez y no limitarla podría causarle un perjuicio enorme al sistema judicial puesto que esto generaría inseguridad jurídica.

El Código de Procedimiento Civil no desplaza la carga de la prueba que tienen las partes dentro del proceso, el que el juez pueda decretar pruebas de oficio no implica que las partes no deban aportar material probatorio al proceso, lo que sucede con la carga de la prueba en los casos de incertidumbre del juez es que ésta pasa a un segundo plano pero realizando la misma función, es decir, si agotada la etapa probatoria el juez continúa con incertidumbre y ve la necesidad de decretar la prueba de oficio para verificar la ocurrencia de un hecho alegado por las partes, éste debe decretarla, al hacerlo pueden ocurrir dos situaciones, la primera es que el juez satisfaga su necesidad de certidumbre y con la prueba despeje sus dudas para proferir el fallo, o la segunda es que la prueba que éste decreta no logre la certidumbre necesaria para fallar por lo que debe entrar la carga de la prueba a realizar su función.

Aquí se establece el decreto de prueba de oficio como un poder- deber del juez, donde el juez cuenta con la discrecionalidad para aplicar esta medida cuando lo crea conveniente y necesario, no se plantea esto como una imposición al operador jurídico sino como una potestad a su cargo que puede o no aplicar. La jurisprudencia en muchos casos ha explicado la necesidad e importancia de esta iniciativa probatoria y ha defendido la aplicación de la misma; esto se evidencia en pronunciamientos como:

La determinación del alcance y límites del poder-deber de decretar pruebas de oficio que corresponde al juez, a la luz del sistema procesal vigente, que como se sabe, toma elementos tanto del sistema inquisitivo como del dispositivo, así como sus repercusiones en el ámbito del recurso de casación, han sido aspectos abordados desde antaño por la Corte. Así, desde su sentencia del 12 de febrero de 1977, tiene sentado la Corporación que a la luz del orden jurídico actual, el proceso no es un escenario donde se ventilen exclusivamente intereses particulares, como quiera que él apunta asimismo a la satisfacción del interés público del Estado en la cabal realización del derecho material, de ahí que la concepción privatista del juez espectador haya quedado atrás, para dar paso a la del juez director del proceso, dotado de amplios poderes de verificación oficiosa en ejercicio de los cuales le corresponde esclarecer, con la mayor exactitud posible, la verdad histórica de la cuestión fáctica en disputa, a tono con la cual pueda el litigio recibir una solución justa, atribución que al estar guiada por un interés público, (...) de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno, no está sujeta a las restricciones impuestas a las partes, ni condicionada a los medios que por ellas se propongan para la comprobación del sustrato fáctico del litigio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 7880 Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, 2004).

Mientras que en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso expresamente, el deber de decretar pruebas de oficio, nuevamente delimitado a que dicho decreto se realice con la finalidad esclarecer la verdad dentro del proceso y no hubo cambios en cuanto a las oportunidades procesales para realizarlo. Consideramos que es de importante anotación que, según la Comisión Redactora del Código General del Proceso (Acta Número 27, 2004), la inclusión del término deber se debe a que en muchas ocasiones los funcionarios judiciales son temerosos de decretar pruebas de oficio, dejando de hacerlo por esta razón. Otros miembros de la comisión sugirieron que se siguiera con el término podrá, los que apoyaban esta postura se basaban en que se debía confiar en la sensatez del operador judicial pero al fin y al cabo el artículo quedó con el imperativo, para evitar que las pruebas de oficio se convirtieran en un tema superfluo y fuera ya algo impuesto a los jueces y no algo sometido enteramente a su discrecionalidad.

El cambio de legislación lleva del Código de Procedimiento Civil al Código General del Proceso evidencia la consagración del decreto de prueba de oficio como un deber del juez, tiene un imperativo y no una facultad para realizar este decreto de pruebas de oficio, en atención a que la utilización del término deber no deja un margen para una actuación discrecional del juez. Por

ellos el no decretar las pruebas de oficio puede acarrear consecuencias como incumplimiento de los deberes del juez, sanciones disciplinarias y puede ser causal específica de tutela contra providencias judiciales, estas consecuencias serán explicadas con mayor detalle más adelante.

El régimen constitucional vigente desde 1991 determinó el fortalecimiento de la tendencia inquisitiva de los procesos judiciales, tanto que la atribución de ordenar pruebas de oficio dejó de considerarse una facultad para calificarla más bien como un deber del juez. Bajo esta perspectiva no es lícito que el juez desprecie la posibilidad de reconstruir los hechos como realmente sucedieron, so pretexto de que las partes han omitido invocar o aportar las pruebas necesarias para ello; siempre que aquel tenga información que le permita ordenar pruebas que faciliten la aproximación a la realidad que interesa al proceso debe practicarlas en aras de la prevalencia del derecho sustancial.

A dicho propósito la Corte Constitucional (Sentencia T-006, 1992) en sede de revisión de tutela, sostuvo que:

... la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor de la justicia” es entendiendo que el juez “tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material”. El mismo criterio lo mantuvo la corte a la hora de realizar control de constitucionalidad del precepto Código de Procedimiento del Trabajo (art.83) que autorizó la práctica de pruebas de oficio, allí sostuvo que “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de la realización y efectividad de los derechos “es consustancial a la defensa (Rojas, 2015, p.).

La jurisprudencia nacional ha establecido una línea jurisprudencial con tendencia a considerar este decreto como un deber, como se puede observar más adelante en los principales pronunciamientos jurisprudenciales que se describen, las Cortes imponen la obligación al juez de en caso de incertidumbre de decretar esta prueba e incluso el no decreto de ésta cuando se requiera ha tenido el alcance de defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de

tutela contra providencias judiciales; también se considera que omitir este decreto es una clara violación constitucional al artículo 29 de la carta política, a la obligación de evitar fallos inhibitorios para no vulnerar el derecho de acceso a la justicia, a el mandato de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales en el artículo 288 de la Constitución y el papel del juez de garante de los derechos materiales y de director del proceso.¹

Salvo el Código de Procedimiento Penal (ley 906, 2004), la legislación procesal colombiana toma partido a favor de la prueba de oficio, corriente de la cual es expresión emblemática el régimen del CGP (Ley 1564, 2012). Ciertamente, dado que la admisión de la prueba de oficio ha desterrado de los estrados judiciales las discusiones estériles en torno al cumplimiento estricto de los requisitos legales en las solicitudes de pruebas, y facilitando el recaudo de elementos de prueba útiles para evitar sentencias desconectadas de la realidad, la atmosfera social indujo al legislador no solo a autorizarle al juez ordenar pruebas por iniciativa propia, sino a imponérselo como un deber.

Así, el régimen no se conforma con autorizar el decreto de pruebas de oficio “cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (Código General del Proceso arts. 169-1 y 327-1), sino que le impone al juez el deber de ordenarlas cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia” (Código General del Proceso arts. 42.4, 170 y 206)

Aún más, respecto tutelas sustanciales de ciertos pleitos en particular la ley ordena practicar algunas pruebas sin importar si las partes las solicitan, de modo que si se omiten se incurre en causal de nulidad procesal (Código General del Proceso, art 133.5). Así, por ejemplo, con la necesidad de practicar inspección judicial en el proceso de declaración de pertenencia (Código General del Proceso, art.375.9), en el de servidumbres (Código General del Proceso, art 376-2), en el de declaración de bienes vacantes y mostrencos (Código General del Proceso art 383-5) o en el examen genético en el proceso de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad (Código General del Proceso, art 386) (Rojas, 2015, p. 208).

Otro aspecto normativo en que se diferencian ambos códigos tiene que ver con los artículos 37 del Código de Procedimiento Civil y 42 del Código General del Proceso, en cuanto a que en este último se hace referencia específica al deber que tiene el juez de aplicar los poderes que le competen en el tema de prueba de oficio, en el Código de Procedimiento Civil se hace una mera

¹ La Corte Suprema de Justicia sala civil 18 de del 2014, la cual expresa lo siguiente: “... también se considera que omitir este decreto es una clara violación constitucional al artículo 29 de la carta política, a la obligación de evitar fallos inhibitorios para no vulnerar el derecho de acceso a la justicia, a el mandato de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales en el artículo 288 de la Constitución y el papel del juez de garante de los derechos materiales y de director del proceso.”

referencia a la aplicación de los poderes probatorios cuando se considere pertinente. Debido a que el Código General del Proceso entró a regir solo hasta hace poco no pudo ser posible encontrar jurisprudencia o doctrina acerca de si el no decreto de pruebas de oficio conlleva a que el juez pueda ser sancionado por prevaricato por acción, en este tema nos aventuramos a decir que posiblemente si se puede configurar esta figura pero la argumentación del que lo alega tiene que tener cierta carga. El prevaricato es un tipo penal el cual se configura cuando, en este caso, un juez desconoce intencionalmente el ordenamiento jurídico o toma decisiones basadas en normas derogadas, inexecutable, contrarias a derecho, etc. En el caso de las pruebas de oficio, este deber no solo está contemplado en el artículo 170 del código sino que también se encuentra en el artículo 42 numeral cuarto el cual expresa lo siguiente:

“ARTICULO 42: Son deberes del juez:

4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.” (Código General del Proceso, 2012)

Se puede configurar el tipo penal si el que alega su existencia puede comprobar que el juez intencionalmente se abstuvo de decretar una prueba de oficio y que dicha prueba podría haber cambiado el sentido de la decisión, esto a nuestro modo de ver es sumamente difícil de probar pero existe la posibilidad.

En cuanto al tema disciplinario, también podría pensarse que se puede incurrir en una falta disciplinaria teniendo en cuenta lo siguiente:

No existe actualmente norma especial que contenga el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios judiciales, sino que éste es en principio el mismo que rige frente a todos los demás servidores del Estado, es decir el Código Disciplinario Único, actualmente contenido en la Ley 734 de 2002, cuyo Título XII se refiere de manera expresa al régimen disciplinario de los funcionarios de la Rama Judicial. Así pues, es claro y no ofrece ninguna duda que los

funcionarios judiciales se encuentran sujetos en sus actuaciones a la potestad disciplinaria del Estado. Empero, es igualmente diáfano que esa sujeción no se extiende al contenido de las decisiones y providencias que dicten dentro del ejercicio de sus funciones, pues éste es producto de la autonomía e independencia que, según se explicó, caracterizan la función judicial. Como es obvio, esta regla general no impide que en situaciones verdaderamente excepcionales, en las que la discrecionalidad judicial se transforme en arbitrariedad y/o se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable, pueda la autoridad disciplinaria cuestionar esos contenidos. En relación con este tema esta corporación ha observado también una postura jurisprudencial clara y consistente, que resalta la invulnerabilidad de los actos y decisiones judiciales y de su contenido al poder disciplinario al que por regla general se encuentran sujetos los funcionarios judiciales, el cual no puede emitir cuestionamientos ni determinaciones sancionatorias a partir de tales contenidos (Corte Constitucional, Sentencia T-238, 2011 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla).

Una sanción disciplinaria no tiene cabida cuando el juez en función de su autonomía funcional interpreta normas jurídicas y adopta decisiones con base en esa interpretación, pero precisamente es allí en donde consideramos que no hay cabida a este supuesto en el escenario de la prueba de oficio dentro del Código General del Proceso, ya que hay un deber expreso por ende no hay discrecionalidad del juez él debe aplicar la norma, según la Ley Estatutaria de Justicia (Ley 270/96) le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura sala disciplinaria el examinar la conducta del funcionario judicial y luego decidir si sanciona o no, se tendría que mirar el caso concreto para establecer si hubo una falla en el deber expreso del juez a decretar prueba de oficio.

Para concluir el alcance de este punto fundamental de la investigación es menester definir si en la nueva redacción del Código General del Proceso hay un verdadero cambio en la situación jurídica de la norma o no lo hay y es simplemente una continuación con lo que tradicionalmente ha establecido el Código de Procedimiento Civil. Para esto primero se debe identificar la diferencia en la redacción de ambas codificaciones:

Código de Procedimiento civil, artículo 179:

Prueba de oficio y a petición de parte: Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas”.

Código General del Proceso, artículo 170:

Decreto y práctica de prueba de oficio: El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.

En el Código General del proceso se establece claramente un deber mientras que el en Código de Procedimiento Civil se establece un poder-deber. Aquí al recoger los pronunciamientos jurisprudenciales, las teorías doctrinales, el objetivo y finalidad de la norma y la necesidades de aplicación de esta a través del tiempo la cual ha sido plasmada en las sentencias como una necesidad urgente de las altas Cortes podemos llegar a concluir que si hay un verdadero cambio en la situación jurídica de la norma.

El decreto de prueba de oficio por parte del juez debe entenderse como un deber jurídico expreso cuyo incumplimiento acarrea las consecuencias anteriormente descritas y que implica que el juez cuando sea necesario debe aplicar el decreto de prueba de oficio para lograr esclarecer la verdad dentro del proceso y cumplir con la finalidad del mismo y con los principios y normas legales y constitucionales que establecen la búsqueda real de la verdad como un imperativo, de lo

contrario estaría incumpliendo con sus funciones y llegaría a tener consecuencias jurídicas de diversa índole como las descritas anteriormente.

La Corte Constitucional en varias sentencias pero en especial en la sentencia SU-768 de 2014 ha establecido este deber de la siguiente manera: “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”. Esta sentencia se produce durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil, sin embargo deja claros varios aspectos en los que se entendía como un poder-deber el decreto de pruebas de oficio y deja claros otros aspectos en los que deja abierto un margen grande de discrecionalidad del juez, en la actualidad con la nueva regulación del Código General del Proceso surge la pregunta de si ¿en casos en los que exista negligencia o mala fe las partes el juez puede de manera discrecional optar por la no aplicación del decreto de prueba de oficio así exista incertidumbre sobre los hechos objeto de debate?; la respuesta a esta inquietud es que en todos los casos en que exista incertidumbre en la ocurrencia de los hechos o donde el juez no tenga plena convicción sobre la ocurrencia de estos, este debe decretar la prueba de oficio ya que no es una potestad discrecional sino un deber y al realizarlo no se está contribuyendo a la mala fe o negligencia de las partes sino que se está propendiendo por la búsqueda de la verdad lo que conlleva al estricto cumplimiento de la finalidad del proceso judicial, ha de ser esta la necesaria conclusión al cambio de regulación del tema por el legislador.

2.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia acerca del tema

La jurisprudencia por su parte ha apoyado a través de los años en múltiples ocasiones por medio de sus pronunciamientos la posición a favor de facultar al juez para decretar pruebas de oficio.

A continuación se describen los principales argumentos y pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre la temática debatida.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido como argumentos principales los siguientes:

- El juez debe intervenir decididamente en busca de la verdad, Corte expresó el deber de vigilancia en el cumplimiento de deberes por parte de jueces y magistrados, con relación a la normatividad impuesta sobre la debida y eficaz producción de las pruebas y, por tanto, a impulsarlos para que decreten pruebas de oficio cuando lo consideren necesario. (Corte Suprema de Justicia, 1974, expediente 344438 Magistrado Ponente German Giraldo Zuluaga).
- La Corte ha establecido como un deber del Juez el decreto de Prueba de oficio cuando tenga incertidumbre sobre la realidad, en esta Sentencia la Corte hace énfasis en que el decreto de Prueba de Oficio no es facultativo sino por el contrario un deber y que este deber es el sentido de los artículos que abordan esta temática en el Código de Procedimiento Civil:

El artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que otorga a los jueces de instancia la facultad – deber de decretar, pruebas de oficio cuando las considera indispensables para la

verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; disposición que se funda en la “lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es éste el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. (Corte Suprema de Justicia, 1999, expediente 5339 Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno).

- La Corte habla sobre la importancia del poder – deber de los Jueces y Magistrados de adoptar todas las medidas a su alcance para aproximarse de manera exacta a los hechos y poder hacerlo de manera fiel, se refleja la labor del Código de Procedimiento Civil de reclamar el cumplimiento de los deberes que imponen las leyes sobre las pruebas, para cumplir la facultad de decretar pruebas para que pueda alcanzarse el hecho material debatido. Se acude al juez para que conservando su imparcialidad frente a las partes tome posición a favor de la justicia interviniendo en la búsqueda de la verdad; la Corte resalta la importancia de que se debe intervenir en la búsqueda de la verdad real, que los fallos estén sustentados en la realidad en la verdad histórica y no en una simple verdad formal o aparente como se realizaba anteriormente. (Corte Suprema de Justicia, 2004, Expediente 7273 Magistrado Ponente Cesar Julio Valencia Copete).
- En este pronunciamiento la Corte define el Decreto de Prueba de Oficio como un deber y derecho del Juez para poder formar su conciencia y adquirir el grado de convicción necesario como instrumento de verificación complementario. (Corte Suprema de Justicia, 2004, Expediente: 7880 Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar).

- El siguiente Pronunciamiento de la Corte recoge los argumentos planteados en las sentencias que tratan el tema a favor de la prueba de oficio mostrando su importancia, catalogándola como un deber en casos de incertidumbre que impide fallar de manera inhibitoria, esto lo trata de la siguiente manera:

Las facultades concedidas a los jueces por los artículos 37, numeral 4º y 179 del Código de Procedimiento Civil, otorgan al juez el poder y el derecho de investigar todo lo que considere útil para formar su juicio, obvio, sobre verdades o realidades objetivas. Por esto, frente a la incertidumbre de un hecho, en cuanto las pruebas existentes no lo disipan, el funcionario judicial no rebasa sus facultades, cuando para superar la duda razonable actúa de manera oficiosa, porque en esos eventos la ley, le otorga los poderes suficientes para utilizar, en procura de formar su conciencia y adquirir el grado de convicción necesario, otros instrumentos de verificación distintos o complementarios que surjan de las alegaciones formuladas, de la conexión interna entre las varias fases del proceso o de la lógica misma de la controversia jurídica planteada. En efecto, el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 37, 179 y 180 le otorga poderes al fallador para decretar pruebas de oficio, en aras de obtener elementos de juicio idóneo y suficiente que le permitan escrutar la realidad y la veracidad de los hechos sometidos a su consideración. Este poder, más que una facultad, es un auténtico deber en cabeza del juez, tal y como lo ha puntualizado esta Corporación. Por tanto, la prueba de oficio como un deber – poder de instrucción del juez, no es una potestad arbitraria sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción, esto es, para aumentar el estándar probatorio , porque el juez valora que no existe suficiente prueba para obtener convicción, y por tanto acude a esta herramienta que le brinda el ordenamiento, no en forma antojadiza o arbitraria, sino como medio para acopiar evidencia suficiente y dar por establecida la verdad sobre los hechos, evitando la decisión inhibitoria o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet) (Corte Suprema de Justicia, 2014, expediente: 11001-31-03-020-2006-00122-01)

Por otro lado la Corte Constitucional ha defendido igualmente la facultad del Juez de decretar Prueba de Oficio lo cual ha fundamentado por medio de algunos pronunciamientos como los que se exponen a continuación:

- En la sentencia SU-768/14 la Corte hace un llamado a entender el decreto de la prueba de oficio no como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para alguna de las partes sino como un compromiso del juez con la verdad y por su puesto con el derecho

sustancial, en esta sentencia la Corte delimita cuando se debe decretar prueba de oficio de la siguiente manera:

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 éstas 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 (Corte Suprema de Justicia, 2014, Sentencia SU-768).

- Mediante sentencia T-417 de 2008 la Corte define como un deber del juez decretar un peritaje cuando haya una contradicción entre experticias presentadas al proceso realizadas por profesionales y añade la Corte el agravante de que en caso de no hacerlo incurre en vía de hecho por omisión al impedir que se conozca o esclarezca la verdad de los hechos objeto del proceso.
- En sentencia T-264 de 2009 la Corte concede tutela contra providencia judicial contra un juez que negó a los demandantes y a sus hijos personería para demandar al no acreditar sus calidades de legitimados en el proceso, calidades de esposa e hijos menores; la Corte acepto la copia de una sentencia penal como prueba para acreditar estas calidades aunque resalto que no es el medio indicado para probar esto pero acepto la copia de la sentencia penal como un indicio y dijo que el juez debió decretar pruebas de oficio para comprobar la calidad de los demandantes ya que se les violo a éstos los derechos fundamentales a obtener un fallo de fondo, es decir justicia material, aquí la Corte impone la necesidad de evitar providencias inhibitorias y fallos que impidan la vigencia del derecho material, en igual sentido la corte se pronuncia en la sentencia T-134 de 2004 y en sentencia T-817 de 2012 en casos similares al descrito anteriormente. En estas sentencias y en muchas más la Corte

reprocha los fallos inhibitorios ya que con estos el juez finaliza el proceso pero no entra en la materia del asunto que plantea no resuelve de mérito, simplemente da una solución formal y esto contradice la función judicial y la necesidad de un papel del juez que sea quien busque la verdad.

Como se pudo ver las altas cortes usualmente se refieren a una de las finalidades del decreto de pruebas de oficio, el cual es, evitar fallos inhibitorios o nulidades dentro del proceso; es decir cumple con una función saneadora. Se busca la efectividad de la administración de justicia, esto es, que las pruebas de oficio aseguren el derecho que las personas tienen de que el Estado administre justicia y que ésta sea definitiva. El decreto de pruebas al ser saneador evita que continúen irregularmente o para evitar que reviva o se continúe inválidamente un proceso.

...”De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades”, eventos, en los cuales, es ineludible el ‘decreto de pruebas de oficio’, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia”(Sala de Casación Civil sentencia de 15 de julio de 2008, [SC-069-2008], exp. 1100131030422003-00689-01 Magistrado Ponente William Namen Vargas).

En el presente trabajo nos hemos referido numerosos veces al tema de favorecimiento de una de las partes con el decreto de pruebas de oficio, y hemos negado tal relación; teniendo en cuenta el fin saneador de la prueba de oficio es también evidente que el juez no busca favorecer a una de las partes, lo que se busca es cumplir con los presupuestos procesales y determinar si efectivamente puede llegar a dictar una sentencia de fondo dentro del proceso en cuestión, el juez como director del proceso cuenta con el decreto de pruebas de oficio para llegar a una verdadera convicción de que los hechos alegados son ciertos y para cumplir con los presupuestos de validez y eficacia que requieren una sentencia de fondo.un ejemplo de esto sería lo siguiente:

Si en un proceso de sucesión el heredero no logra aportar el registro civil de nacimiento el juez, como director del proceso, puede decretar de oficio esta prueba. El decreto de dicha prueba no asegura que el resultado vaya a ser favorable para dicho heredero, no parcializa solo busca sanear los presupuestos procesales, y evitar una posible nulidad o providencia inhibitoria.

El deber del juez de decretar prueba de oficio aunque no esté enunciado de manera determinada y puntual en el ordenamiento jurídico en muchos casos la Constitución obliga al juez a ordenarlas como un deber de fuerza normativa de los derechos fundamentales donde dentro del caso se ve necesario recurrir a esto y conlleva la necesidad de una participación del juez activa; así lo estipula la corte en sentencia T-654 de 2009. Este argumento tiene mayor fuerza e interés en materia de acción de amparo o tutela donde el juez debe agotar todas las posibilidades que tenga y todos los medios de prueba posibles para que la justicia se realice; esto se plasma en normativa como por ejemplo del Decreto 2591 de 1991 que le da al juez la facultad para pedir informes a la entidad accionada sobre la tutela que realizan en contra de esta imponiéndole como consecuencia jurídica la presunción de veracidad de los hechos que el accionante afirma cuando el informe no sea presentando durante el tiempo estipulado.

- En las Sentencias T-324/13 y C- 1270 de 2000 la Corte habla sobre la competencia del juez de valorar las pruebas atendiendo a reglas de sana critica, a la lógica, experiencia y discrecionalidad, lo cual no significa que pueda decidir arbitrariamente ya que la valoración probatoria esta normativizada y sujeta a la Constitución, cuando esta valoración es abusiva se desconoce el debido proceso por defecto factico que da vía libre a que proceda la acción

de tutela contra providencias judiciales. Se establecen los derechos de las partes dentro del proceso judicial en materia probatoria como una garantía y protección al derecho de defensa y entre estos derechos se encuentra el derecho a la práctica de prueba de oficio necesaria para asegurar la realización y efectividad de los derechos de las partes.

En razón de esto, la jurisprudencia en sentencias como T- 1065 de 2006, T-417 de 2008, T-949 de 2003, T-554 de 2003, T-713 de 2005, entre otras; le ha dado alcance al defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando: a) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso, para el acervo probatorio.

- En la sentencia T-264 de 2009 La Corte aborda el problema de la búsqueda de la verdad mediante el proceso judicial y la existencia de la verdad misma, se habla sobre la posición que alcanzar la verdad material no es posible en el marco del proceso judicial debido a las limitaciones que este consagra y se cuestiona la relevancia de la verdad ya que se pueden adoptar decisiones con las narraciones o hipótesis de las partes o el juez mediante su capacidad de decisión puede dar una solución a los intereses en pugna. Por otro lado se encuentra la posición de hay una verdad relativa sobre los hechos que si puede alcanzarse en el proceso y que se adquiere por medio del conocimiento y estudio de las pruebas que demuestran los hechos y que los sustentan.

La sentencia también aborda el tema ideológico dentro de un proceso, donde existen tendencias dispositivas y otras inquisitivas, la primera toma el proceso como un mecanismo para la resolución pronta de conflictos mediante composición de intereses que no necesariamente buscan la verdad debido a que puede implicar un desgaste de recursos y

mayor necesidad de tiempo y la segunda quiere lograr la búsqueda de la verdad efectiva que soporta una decisión fundada en hechos y en material factico que lleve a ese fin del proceso que la búsqueda de la verdad. La sentencia hace énfasis en que las pruebas de oficio en Colombia dentro del proceso civil hacen parte de un sistema mixto y por lo tanto el juez no es un simple espectador ya que tiene la función de dirigir el proceso y puede adoptar las medidas necesarias para lograr encontrar la verdad de los hechos entre estas medidas el decreto de prueba de oficio, para el Ordenamiento Jurídico Colombiano la búsqueda de la verdad real es algo relevante lo que se puede evidenciar por el valor que se le da a la prueba en el debido proceso constitucional lo que está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, la obligación de evitar fallos inhibitorios para no vulnerar el derecho de acceso a la justicia y el mandato de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales en el artículo 288 de la Constitución. La Corte Concluye en que al Colombia adoptar la forma política del Estado Social de Derecho, el juez debe tomar el papel de garante de los derechos materiales y director del proceso.

La Corte aborda igualmente las objeciones al decreto de pruebas de oficio y habla primero de que no se convierte en un obstáculo para la solución de controversias sociales sino que por lo contrario si la solución no está fundamentada en la búsqueda de los hechos genera desconfianza en el derecho y puede provocar que las partes acudan a otros medios como por ejemplo la violencia para buscar la solución. Sobre la pedida de la imparcialidad del juez la Corte afirma que le juez no desplaza la actividad de las partes ni defiende un interés privado de alguna, el juez está comprometido con la verdad y con el derecho sustancial por lo que no se afecta la imparcialidad siempre que al decretar la prueba de oficio se le permita a la parte afectada ejercer su derecho de defensa, también se resalta que en caso de que el

juez falte a la lealtad procesal o ejercer inadecuadamente una facultad se lleva al derecho sancionatorio.

En la sentencia T-006 de 1992 se reafirma este deber el juez de decretar pruebas de oficio para determinar la verdad material y llegar a una decisión de fondo donde prime el derecho sustancial, y el valor de la justicia y de esta forma se cumple con lo dispuesto en el artículo 228 de la constitución y con la protección de los derechos fundamentales.

- El argumento que apoya la búsqueda de la verdad en el proceso facultando al juez para decretar prueba de oficio en defensa del Estado Social de Derecho se evidencia en la Sentencia C-159 de 2007, aquí también se recuerda que las pruebas de oficio son susceptibles de ser controvertidas por las partes en el proceso por lo que no violan la imparcialidad del juez.
- En las sentencias C-541 de 1997 y C-396 de 2007 se toca el tema de la prueba de oficio en materia penal, donde la prueba de oficio al ser un sistema diferente al civil es prohibida en la mayor parte del proceso pero igualmente se defiende su consagración de la siguiente manera:

Se habla igualmente del deber constitucional impuesto a los jueces por el artículo 228, resalta la autonomía del juez para decretar las pruebas de oficio y agrega que entre los deberes del juez consagrados en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal se encuentra el deber de dirección que implica intervenciones del juez para garantizar la eficacia de la administración de justicia. Se concluye que la labor del juez no es limitada

a controlar el comportamiento de las partes como sujetos procesales sino que debe garantizar el debido proceso al sindicado para lo cual puede utilizar los medios probatorios que tenga a su alcance para adoptar la decisión más justa y asegurar el respeto por el debido proceso.

La Corte defiende la posibilidad de la práctica del decreto de pruebas de oficio en el proceso penal, esto se sustenta afirmando que la prohibición para decretar éstas pruebas regulada en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta ya que al interpretar la norma no está incluida dentro de esta prohibición la facultad del decreto de prueba de oficio para los jueces de control de garantías en los casos en que sea necesario para garantizar los derechos que son objeto de control judicial ya que aquí se está es garantizando la eficacia de la investigación y se protegen los derechos y libertades que se pueden ver vulnerados con el proceso penal.

Se argumenta que el juez no es un convidado de piedra sino por lo contrario la autoridad quien debe ser activa en función de la búsqueda de la verdad, la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales, para esto puede decretar pruebas de oficio como juez de garantías pero no puede hacerlo dentro de la audiencia preparatoria.

Es importante enfatizar en el tema del decreto de prueba de oficio por iniciativa del juez en el proceso penal, esto debido a que este proceso en Colombia cuenta con una estructura especial y con una regulación propia y diferente.

Hay que comenzar por determinar que en materia penal actualmente rige la ley 906 de 2004, sin embargo, continua vigente la ley 600 del 2000 para delitos cometidos antes del 1 de enero de 2005. Estas normas tienen disposiciones diferentes en materia de decreto de prueba de oficio.

El sistema inquisitivo propio de la antigua regulación (Ley 600 del 2000) centraba bastantes e importantes poderes de investigación, acusación y juzgamiento en el inquisidor, por lo que se confundían y mezclaban los papeles lo que daba como resultado la pérdida de la imparcialidad y el irrespeto por los derechos del acusado. Aquí el poder de acción (acusatorio, generalmente la Fiscalía) y el de jurisdicción (el juez o tribunal) se confunden y mezclan. La Fiscalía resuelve aspectos sobre la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal, puede decretar medidas cautelares, practicar pruebas y preluir; la Fiscalía no es una contraparte en el proceso, sino un ente con poderes propios e independientes de decisión, donde tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales.

En contraposición a lo anterior se crea el sistema acusatorio propio de la Ley 906 de 2004, el cual separa las instituciones procesales de acción y jurisdicción, como poder de juzgar. Este sistema le da el poder de juzgamiento o jurisdicción únicamente a los jueces y les impone la obligación de tener una posición independiente e imparcial a las partes y al margen del objeto del proceso, el juez se vuelve ajeno a las partes y al litigio. El juez no realiza ninguna actividad de iniciativa probatoria (como el decreto de prueba de oficio), sino que deja esta tarea a las partes, la producción de la prueba es un método para que las partes demuestren sus afirmaciones y logren debilitar las pruebas con las que la contraparte sustenta su versión, esto con la finalidad de que el juez, analizando lo presentado resuelva con certeza el objeto del conflicto. Este sistema es propio del Common Law, donde se propende por un derecho más racional donde el juez no debe preocuparse por la búsqueda de la verdad, es un sistema pensado para las partes que realizan una actividad probatoria suficiente como para dejar un amplio panorama al juez sobre los hechos ocurridos ya que estas son lógicamente las interesadas en probar su hipótesis, por lo que el juez únicamente debe tomar su decisión basado en la actividad probatoria presentada por las partes la

cual está pensada y diseñada de forma que sea completa, lo que en la realidad no ocurre. Este sistema se desarrolla debido a que la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas; por lo que no pueden desconocerse las garantías procesales consagradas en la Constitución Política propias del proceso penal como mecanismo imperativo y necesario para el reconocimiento y realización de la justicia en el ordenamiento jurídico.

La Ley 600 del 2000 permite al juez decretar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria ya que para esta regulación existe la permanencia de la prueba practicada por la Fiscalía en la investigación, durante todo el proceso e incluso hasta la sentencia; y no se tienen como principios probatorios los de inmediación y concentración probatoria, lo que implica que las pruebas practicadas por la Fiscalía durante la investigación preliminar o la instrucción son válidas también en la etapa de juzgamiento, sin tener que repetirlas, siendo válido utilizarlas para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que implica una atribución jurisdiccional.

El Artículo 401 de la ley 600 consagra: “Audiencia preparatoria. Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.”

Por su parte la Ley 906 del 2004, prohíbe expresamente el Decreto de pruebas de oficio de la siguiente manera: Artículo 361 Código de Procedimiento Penal “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio “, sin embargo se entiende que se permite que en la etapa

preliminar puedan decretarse pruebas de oficio para garantizar los derechos fundamentales del investigado y para verificar que si este en condiciones de participar de esta etapa procesal, esto sin que perjudique el balance de las cargas de las partes, de esta manera los jueces de garantías en dichas audiencias tienen esta facultad, por otro lado en la audiencia de juzgamiento no es posible y efectivamente se cree que afecta las cargas entre las partes ya que se está en el marco de un sistema de tendencia acusatoria, adversarial, como se adoptó en el acto legislativo 03 de 2002.

Sobre lo anterior la Corte Constitucional mediante sentencia C-396 de 2007 afirmó que “la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”. Lo anterior implica una prohibición al decreto de pruebas de oficio para el juez de conocimiento que es el verdadero encargado de desarrollar la actividad probatoria; para el juez de garantías no existe tal prohibición.

Con la ley 906 se abandonó la permanencia de la prueba practicada por la Fiscalía en investigación para ser válida durante todo el proceso y consagra que las únicas pruebas que se tendrán en cuenta serán las producidas o incorporadas de manera pública, en el juicio oral y que haya sido objeto de contradicción por la otra parte, todo esto ante el juez de conocimiento; con el cambio de modelo se eliminan los poderes de la Fiscalía de decretar medidas cautelares, precluir, resolver sobre la situación jurídica del procesado e incorporar pruebas.

Hay que resaltar que en el numeral 7º del C de PP, se entiende a la carga de la prueba como norma derivada del principio de presunción de inocencia donde le corresponde al órgano que realiza la investigación penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal y en

consecuencia la duda que se presente se resolverá a favor del procesado. Para este caso se está omitiendo la necesidad de decretar la prueba de oficio en virtud de la carga de la prueba ya que el que no logra probar los hechos que quiere demostrar es quien tiene la carga de la prueba y la contraparte es el beneficiado con la presunción de inocencia que se tiene si no se cumple con dicha carga de probar.

No obstante, lo anterior con el fin de garantizar la igualdad de las partes y de eliminar las funciones judiciales a la Fiscalía, se crea la figura del Juez de Control de Garantías; quien de acuerdo con la Corte Constitucional es el juez constitucional por excelencia, encargado de la defensa del ciudadano contra los posibles abusos del poder del Estado. La Fiscalía se limita en materia probatoria a recoger la información y evidencias ya que las pruebas se practican en audiencia.

El juez de control de garantías tiene a su cargo la guardia de los derechos fundamentales del investigado. Así, toda actuación que afecte derechos fundamentales necesita para ser legal una valoración judicial, donde el juez para garantizar la prevalencia de estos derechos y evitar su violación tiene la facultad de decretar pruebas de oficio con el fin de protección de las garantías mínimas del investigado en el proceso.

Este juez de control de garantías lo que verifica con las pruebas de oficio que decreta es si la persona está en condiciones de participar en el proceso y que no se violen sus derechos fundamentales esto debido a que en esta etapa también se producen actos procesales y otros actos delicados como la aceptación de la imputación que necesitan que la persona esté en todas las condiciones de participación y se busca que no se violen los derechos de defensa, este juez no decide sobre la pretensión y sobre la ocurrencia de los hechos del proceso ya que aún no existe

pretensión punitiva al encontrarse en fase de investigación; un ejemplo de esto es decretar una prueba de oficio en virtud del comportamiento del investigado ya que genera la duda si se encuentra en la condición de participar en los actos procesales ya que puede encontrarse bajo efectos de alucinógenos o de alcohol o en algunos casos puede darse la situación de que el investigado no este lucido y tenga algún problema mental. El juez decreta la prueba para determinar no si el investigado tiene algún problema mental en el momento del hecho ya que esto lo determinara el juez de conocimiento, pero si la decreta para determinar si está en las condiciones mentales para participar en los actos procesales sin que se violen sus derechos fundamentales.

Discutir el poder del juez de decretar pruebas de oficio esta contraído al universo de los hechos fundantes de la pretensión, es decir al tema de prueba, pero no está referido a la potestad que tiene el juez para decretar pruebas de oficio para evitar providencias inhibitorias y nulidades procesales, porque en ese caso el juez no está buscando acreditación del hecho fundante de la pretensión sino la acreditación de una circunstancia que también es fáctica pero que está asociada a los presupuestos procesales de una sentencia de fondo, ahí el juez está realizando dirección técnica del proceso mas no dirección material, está dirigiendo el proceso para asegurar una sentencia y evitar inhibiciones. La prueba de oficio no se refiere a estas potestades, pero el hecho es que dentro de las obligaciones del juez la ley le dice que debe hacer uso de sus potestades probatorias para garantizar una buena dirección del proceso. Cuando el juez decreta pruebas de oficio con el fin de acreditar hechos accesorios al proceso para evitar sentencia inhibitoria sin que las partes lo pidan no está menoscabando la limitación que tiene el juez para decretar pruebas de oficio, sino que está actuando como un verdadero director del proceso.

Conclusiones

- La prueba de oficio es una iniciativa probatoria a cargo del juez, propio de los ordenamientos jurídicos modernos la cual sirve como herramienta al juez para cumplir su papel dinámico y pasar de ser un juez convidado de piedra a ser un juez director del proceso.
- El verdadero fin de un proceso judicial no puede ser la solución del conflicto intersubjetivo de intereses sino la búsqueda de la verdad; la simple resolución de un conflicto no implica que la decisión sea justa y que los hechos correspondan con la realidad, pero la búsqueda de la verdad si implica que el proceso cumple un fin particular de satisfacción a las partes y de seguridad jurídica, pero además un fin social de solución de conflictos de manera justa y de fondo.
- El decreto de prueba de oficio por parte del juez, para que sea válido y cumpla la función de acabar con la incertidumbre del juez en pro de la búsqueda de la verdad, debe ser de acuerdo a los hechos alegados por las partes, no puede versar sobre un hecho nuevo que no haya sido presentado , salvo aquellos que el proceso adquiere por conexidad, y debe además permitirse el derecho de contradicción de la prueba que contiene el derecho de defensa y es fundamental garantía de cumplimiento del debido proceso.
- La atribución al juez de iniciativa probatoria oficiosa en el proceso civil, tradicionalmente calificada como un poder-deber, es reconocida hoy como un deber expreso.

- Las críticas que se le hacen a la prueba de oficio se basan en que dicha institución jurídica procesal descompensa la carga probatoria de las partes y rompe la igualdad entre éstas, pero como se pudo ver en las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, el que el juez decreta prueba de oficio propicia la igualdad entre las partes y previene que se dé un juicio injusto y sin bases jurídicamente y fácticamente sólidas, ya que se trata de que la parte con menos conocimiento tenga insumos suficientes para ejercer su derecho a la defensa.
- Los términos facultad y deber son de suma importancia, y si traen grandes consecuencias. En el Código Procesal Civil el decreto de prueba de oficio era una potestad, aunque el desarrollo jurisprudencial indicaba que era un poder deber, por ende, se confiaba el margen de discrecionalidad del juez para decidir si era necesario o no dicho decreto y se puede decir que no había consecuencias para el juez si no decidía decretarlas. En el Código General del Proceso al ser un deber expreso, el juez está en obligación de decretarlas siempre y cuando haya incertidumbre y se requieran para llegar a la verdad, de no hacerlos en estas situaciones puede haber consecuencias no solo para el juez sino también se puede afectar el proceso.
- La existencia del deber de decretar pruebas de oficio dentro del Código General del Proceso no implica un desplazamiento en cuanto a la carga de la prueba que tienen las partes. Las partes siguen teniendo la carga de acreditar su respectiva posición dentro del proceso, el juez debe actuar en todos los supuestos donde haya incertidumbre ya que no tiene discrecionalidad para optar por lo contrario, donde no se está favoreciendo la negligencia de las partes sino la finalidad del proceso.

- La prueba de oficio no tiene más valor probatorio que la prueba de parte, tienen el mismo valor; solo difieren en el origen y en cuanto a las oportunidades procesales. La pruebas de parte se pueden allegar en los momentos procesales determinados por el Código General del Proceso y las pruebas de oficio pueden ser decretadas en cualquier momento, el tema de oportunidades procesales no varía; en el Código Procesal Civil se regulaba de la misma manera.

Referencias Bibliográficas

Alvarado Velloso (2006). Derecho Procesal Contemporáneo. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Alvarado Velloso, A., Calvino, G. y Zorzoli, O. (2007). Derecho procesal contemporáneo. Buenos Aires: Ediar.

Ambitojurídico.com (2013). Decreto de pruebas de oficio no debe usarse para subsanar negligencia de las partes. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti131017-01-decreto-de-pruebas-de-oficio-no-debe-usarse-para-subsanar-negligencia-de.cshtml> [Consultado marzo 2, 2016]

Ambitojurídico.com (2014). Decretar pruebas de oficio no puede interpretarse como parcialización, si se procura hallar la verdad. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti140801-11-decretar-pruebas-de-oficioso-no-puede-interpretars.cshtml> [Consultado marzo 2, 2016]

Carnelutti, F. (1982). La prueba civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Comisión Redactora del Código General del Proceso (2004). Acta nro.27.

Congreso de la República (2000). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República (2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (2011). Sentencia T-238. M. P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1974). Expediente 344438. M. P. German Giraldo Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1999). Expediente 5339. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2004). Sentencia 7880. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2004). Expediente 7273, M. P. Cesar Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2014). Expediente: 11001-31-03-020-2006-00122-01. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Devis Echandía (2002). Teoría General de la Prueba, Tomo I. Bogotá: Temis.

Eisner, I. (1964). La Prueba en el Proceso Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Emisora Externado de Colombia. Derecho a la carta (2015). Prueba de Oficio y Debido Proceso, entrevista a Jairo Parra Quijano y Fredy Toscano. Recuperado de <https://www.spreaker.com/user/externadoradio/158-prueba-de-oficio-y-debido-proceso> [Consultada: 04 de abril.2016]

Parra Quijano, J. (2004). Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá: Editorial Temis.

Presidencia de la República (1970). Decreto 1400. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Bogotá, Colombia.

Quintero B. y Prieto, E. (2000). Teoría General de la Prueba. Bogotá: Temis.

Ramírez Carvajal, D. (2009). La prueba de oficio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Real Academia Española (2014) Diccionario, edición del tricentenario. Prueba. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c> [Consultado 4 Feb. 2016].

Rojas Gómez, M. (2015). Lecciones de Derecho Procesal. 8ª ed. Bogotá: ESAJU.

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. Chile: Legal Publishing.

Taruffo, M. y Ferrer Beltrán, J. (2002). La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.

Velloso, A. (2004). Debido Proceso vs. Prueba de Oficio. 3ª ed. Bogotá: Temis.