

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-28
		Versión: 01
		Página 1 de 29

LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO COMO MECANISMO DE IMPULSIÓN Y ACCESO A UNA JUSTICIA REAL Y EFECTIVA EN EL MARCO DE LA LEY 1564 DE 2012

JAIME ANDRÉS PÉREZ BRAVO
E-mail: andresperes695@gmail.com

JUAN FELIPE FRANCO RÍOS
E-mail: francodinamo@gmail.com

2019

Resumen: En el presente artículo se tiene como propósito valorar los alcances jurídicos de la discrecionalidad del juez para decretar pruebas de oficio como mecanismo de impulsión y acceso a una justicia real y efectiva en el marco de la Ley 1564 de 2012; para ello, se parte del análisis del principio de la carga de la prueba a la luz de la doctrina y la jurisprudencia colombiana; a su vez, se constata la regulación que le es dada por el legislador a la figura de la discrecionalidad del juez para decretar pruebas de oficio; de igual manera, se lleva a cabo una valoración de la posición de la Corte Constitucional en torno al deber del juez de promover e impulsar las condiciones para que el acceso a la justicia sea real y efectivo a través del decreto de pruebas de oficio; y por último, se identifican los parámetros legislativos para el decreto de nuevas pruebas por medio o por parte de un juzgador.

Palabras claves: *Acceso a una justicia, Apreciación de la prueba, Carga de la prueba, Discrecionalidad del juez, Ley 1564 de 2012, Proceso civil colombiano, Pruebas de oficio, Valoración de la prueba.*

Abstract: The purpose of this article is to assess the legal scope of the discretion of the judge to decree ex officio evidence as a mechanism of impulse and access to real and effective justice within the framework of Law 1564 of 2012; for this, it is based on the analysis of the principle of the burden of proof in the light of Colombian doctrine and jurisprudence; In turn, the regulation given by the legislator to the figure of the discretion of the judge to decree ex officio evidence is verified; Likewise, an assessment of the position of the Constitutional Court regarding the duty of the judge to promote and promote the conditions for access to justice is real and effective through the decree of evidence and trade is carried out; and finally, the legislative parameters for the decree of new tests by means of or by a judge are identified.

Keywords: *Access to justice, Appreciation of proof, Burden of proof, Discretion of judge, Law 1564 of 2012, Colombian civil process, Ex officio evidence, Assessment of evidence.*

INTRODUCCIÓN

Decretar pruebas de oficio en el marco de un proceso civil se constituye en un función discrecional y potestativa del juez, tal y como lo establece el artículo 167 de la Ley 1564 de

2012 (Código General del Proceso), la cual establece que “el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas” (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 167).

El objeto problemático surge primero con el debate doctrinario, posteriormente con el desarrollo jurisprudencial y finalmente con la expedición de la Ley 1564 de 2012, por la cual se regula el Código General del Proceso; y en la cual, aparte de transcribir la vieja norma establecida en el Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil, hoy derogado), le agrega en el inciso segundo que de acuerdo al tipo de caso, el juez puede realizar la distribución de las cargas probatorias según la situación de favorabilidad que más le convenga a cada una de las partes para que aporten las evidencias necesarias y se establezca la posibilidad de controvertir los hechos que rodean cada caso.

Lo anterior recibe el nombre genérico de carga dinámica de la prueba, que enriquecida con un amplio contenido principialístico,

supone grandes problemas, entre los cuales se cuenta con el de determinar cuáles son los criterios que van a regir esa distribución, redistribución y asignación de la carga, según la cual el juez establece a cuál extremo o polo de la relación jurídico-procesal (civil) le corresponde acreditar determinado hecho.

Y no puede ser un tema exento de debate, porque sin lugar a dudas se encuentra en inherente relación con principios fundamentales como el de igualdad, justicia y acceso a la jurisdicción real y efectiva. No cabe duda de que tanto desde la igualdad de las partes, según estima Benavente (2009), como desde la norma según la cual las pruebas decretadas de oficio deben ser a cargo de ambas partes en igualdad de condición, de acuerdo con Henao (2006), esa determinación es “justa” de cara a la ley.

Se ocupará así el presente desarrollo de confrontar aspectos como los que anteriormente se describieron, a luz del Código General del Proceso, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil; ello con la finalidad de determinar las directrices que uno y otro configuran para la aplicación del principio de la Carga Probatoria y de la modalidad denominada carga dinámica de la prueba.

El objeto problemático que se asume en el presente proyecto es tan importante en cuanto a la juridicidad misma, que atañe a los derechos de defensa, contradicción, acción y a la misma tutela jurisdiccional efectiva, porque determina quién y cómo ostenta la carga de probar los hechos que se configuran en la causa petendi, ya de la acción misma a través de la pretensión incoada o ya de aquellas que configuran la excepción, cuando

sea el juez quien decrete la práctica de pruebas de oficio.

Es así como entre los muchos cambios que a través del Código General del Proceso introduce el legislador nacional, la carga dinámica de la prueba* se legisla aparentemente con fines de justicia y equidad procesal, y aunque en sí misma no resulta del todo extraña al Decreto 1400 del año 1970, sí es un paso que ha dado el legislador, porque constituye una evolución en el desarrollo procesal que requería la normatización de la misma, haciendo de la carga dinámica un referente actual, del cual se desprende la necesidad de un estudio minucioso, a su vez que el análisis estructural y procesal de los

* “La noción de carga dinámica de la prueba, que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo” (Corte Constitucional, 2016, C-086).

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 29

critérios dados al juzgador para el cumplimiento y función de la misma.

Lo anterior implica preguntarse si la regulación hecha es clara y específica o si carece de parámetros claros para ser exigible al juez y si abarca las hipótesis probables de una abierta desigualdad procesal cuando se decretan pruebas de oficio. También cabe preguntarse si se puede hablar de carga en sentido técnico, o si una vez ordenada por el juez se vuelve una obligación procesal.

1. EL PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El tema de la carga de la prueba ha sido desarrollado por tratadistas españoles desde la perspectiva de la Ley de enjuiciamiento civil, específicamente desde el artículo 217 de dicha codificación, en donde se entiende

por carga de la prueba, “la regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que, al final del proceso, existan hechos que no han llegado a ser probados” (Luna, 2003, p. 7).

Pero la misma deviene de una concepción del largo desarrollo que el principio de “*onus probando incumbit actoris*” (Kielmanovich, 2012, p. 95) ha tenido. En lo concerniente a este principio, dice Devis (2009), cabe advertir que se funda en la teoría del jurista alemán James Goldschmidt en su desarrollo teórico de la “situación jurídica”, en el cual se opone a la aún vigente teoría de la relación jurídica, y que a pesar de ser superada, realiza aportaciones de gran relevancia, como “la teoría de los actos jurídicos y las mencionadas cargas procesales” (Devis, 2009, p. 175), y es por ello que de gran valor

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 29

resulta el concepto desarrollado por Rosenberg (1956).

La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada (Rosenberg, 1956, p. 7.).

Sin embargo, se afirma que “la tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica” (Micheli, 1961, p. 59), pues las partes deben probar en el proceso aquellos hechos que están relacionados con la norma jurídica que consideran afectada. También se afirma que “la regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al

juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso” (Micheli, 1961, p. 213).

De las citas de Rosenberg (1956) y Micheli (1961) se deduce claramente que se trata de una regla de juicio, también denominada regla de conducta del juez, la cual implica que “cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma Jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte” (Devis, 2002, p. 45).

Por lo anterior, explica Devis (2002) que con este principio se está haciendo referencia a la responsabilidad que cada una de las partes debe ejercer, ya que depende de su conducta voluntaria en el proceso, al establecer que si no se evidencian las pruebas de los hechos, esto puede perjudicar el

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 29

proceso mismo al dar lugar a un fallo desfavorable, lo cual genera un riesgo debido a una total o parcial inactividad en materia probatoria.

Se trata de un principio fundamental en el proceso civil, aplicable también en el penal y laboral, en virtud del cual se le permite al Juez cumplir su función de resolver el litigio o la acusación, cuando falte la prueba, sin tener que recurrir a un “non liquet”, es decir, a abstenerse de resolver en el fondo, lo cual pecaría contra los principios de la economía procesal y de la eficacia de la función jurisdiccional. En lo penal el primer aspecto se confunde con el principio in dubio pro reo, porque Significa que si el Estado no prueba plenamente la responsabilidad del procesado, éste debe ser absuelto (Devis, 2002, p. 35).

Para Luna (2003) la carga de la prueba reúne al menos cuatro caracteres; en primer lugar, se trata de una carga de ejercicio facultativo; en segundo lugar, es de carácter instrumental; en tercer lugar, tutela un interés jurídico propio; y por último, cuando esto se incumple, no hay lugar a sanción, lo que

ocurre es que se genera una pérdida frente a la posibilidad de que se pueda obtener un resultado favorable en el proceso.

(...) las normas que regulan la carga de la prueba desempeñan dos funciones básicas que no siempre han sido convenientemente distinguidas por la jurisprudencia y la doctrina, que acostumbran a reconocer exclusivamente la primera de ellas: la función de regla de juicio (carga material) y la función de distribución de los hechos a probar (carga formal). La función principal es la de señalar las consecuencias de la falta de la prueba, pero no puede negarse que, indirectamente, cuando un hecho no ha sido probado surge la cuestión acerca de quién se verá perjudicado por esta circunstancia y, por consiguiente, quién debió haber probado el hecho para evitar el perjuicio. Se deduce, por tanto, que las reglas sobre la carga de la prueba producen efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos (Montero, 2011, p. 5).

De lo anterior se desprenden dos importantes sentidos: el primero es la función de regla de juicio o expediente formal de

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 29

decisión, y el segundo es la función de distribución de los hechos a probar.

Desde el primero de estos dos ángulos, es decir, a partir de la función de la carga probatoria como regla de juicio, las normas que regula ofrecen al juez unos elementos de juicio para poder resolver el asunto que se somete a su criterio, especialmente cuando se trata de hechos importantes sobre los cuales existe alguna duda, con fundamento en la prohibición de la denominada “*non liquet*” o fallo inhibitorio, y básicamente sobre dos supuestos: la parte procesal que debió aportar las pruebas no lo hizo, o lo hizo mínimamente, de tal forma que persiste la incertidumbre (para todos los efectos prácticos, el resultado es mínimo a pesar, según el autor citado, de que ciertos sectores de la doctrina difieren en la apreciación).

Por otro lado, y desde el ángulo de la labor que tiene el juez de destruir los hechos que es necesario probar, e desplaza el centro de atención de la doctrina dominante, esto es, a una regla de juicio que tiene como destinatario al juzgador, para ubicarlo en las conductas de aquellos respecto de quienes la actividad probatoria es verdaderamente relevante: las partes en litigio, pues al establecer a quién perjudica la falta o ausencia probatoria de un hecho controvertido, se informa a las partes sobre lo que han de probar de forma distributiva. La carga de la prueba entonces se convierte en un instrumento estratégico que comporta directa e indirectamente un incentivo a las partes, a fin de evitar para sí una sentencia desfavorable, regulando comportamientos procesales y extraprocesales.

A través del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, hoy derogado, el legislador consagró la regla del *onus probando incumbit actoris*, esto porque “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (Henaó, 2006, p. 77).

La Constitución Política de Colombia, de conformidad con lo establecido en el artículo 29, estipula el fundamento de la carga de la prueba en el contexto del derecho al debido proceso, al establecerse que cualquier proceso judicial debe realizarse “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Constitución Política, 1991, art. 29).

Explica Nisimblat (2012) que estos procesos son el resultado de la incorporación

en un mismo ámbito de los dos extremos de una disputa jurídica, es decir, el demandante y el demandado, quienes presentan sus alegatos al juez, brindándoseles la oportunidad de solucionar su postura y estableciendo los medios procesales para que aporten las pruebas que permitan evidenciar sus pretensiones.

Del principio de autorresponsabilidad de las partes se deriva el aquí desarrollado principio de la carga procesal, noción principialística clásica como lo conocen algunos autores, postulado normativo que se caracteriza por ser anfibológico, ya que ello conlleva una regla decisonal para el juzgador, quien debe evitar el *non liquet*, o ya sea basado en las pruebas que han sido bien allegadas al proceso o a través de un sucedáneo probatorio, el cual corresponde a:

(...) una dispensa probatoria, un “reemplazo” de prueba, frente a aquellos casos en que no es posible demostrar un hecho, o bien porque su ocurrencia es notoria; también cuando existen presunciones legales o cuando, como en el caso de las dudas, se prefiere proteger a una parte sobre la otra, casos todos en los cuales la ausencia probatoria es reemplazada por una solución a favor de una de las partes (Nisimblat, 2012, p. 2).

Como puede verse, las partes son responsables en el proceso en materia probatoria, pero aun así dicha responsabilidad no implica necesariamente la necesidad de demostrar su hipótesis, aun a pesar de que existe la regla de distribución de las cargas y deberes procesales sobre la cual cada parte tiene plena potestad de acogerse o no a dicha regla.

Según Montero (2011), el tema de la carga de la prueba admite dos metodologías, a las que el juez puede recurrir: la carga en sentido

estático y la carga en sentido dinámico. La carga estática de la prueba implica que:

i. El hecho afirmado por la parte fue suficientemente probado, de modo que el alegato es exitoso y quien lo postuló resulta vencedor; ii. El hecho afirmado por la parte no ocurrió o se demostró uno distinto, de suerte que no es posible asignar la consecuencia consagrada por la norma invocada o se asigna la consecuencia designada por la ley al hecho que sí se probó; “iii. No fue posible demostrar ni negar la ocurrencia del hecho, caso en el cual el juez estará sujeto, en principio, a la regla que le impide reconocerle el efecto que consagra la norma invocada, resultando inatendible la pretensión, por aplicación del principio *onus probando* (Montero, 2011, p. 120).

Respecto a la carga dinámica de la prueba, esta se encuentra sustentada en los principios de solidaridad, igualdad, buena fe y lealtad de las partes en el proceso, además, en conceptos que hacen alusión a hechos difíciles de probar por su tecnicidad. Se trata de una norma, regla o sistema que permite que sea el juez “quien en cada caso concreto,

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 29

debe determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla” (Bermúdez, 1995, p. 16).

Deberá entonces mirarse al momento de distribuir la carga a aquella parte que posee unas condiciones más favorables para aportar las pruebas al proceso. De esta manera se pretende superar la noción clásica de la carga de la prueba que recaía en cabeza del actor.

No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que tradicionalmente incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En ese orden de ideas, el Juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir de un principio general de presunción de la

culpa, todo depende pues del caso concreto (Tamayo, 1993, p. 91).

Lo anterior significa que la carga dinámica de las pruebas no se debe entender como principio rígido, o como una presunción, sino más bien como un método regulador de aplicación por el juez al caso concreto, sin perjuicios de las consagraciones legales.

En Colombia, pese a su desarrollo jurisprudencial, que no es nada novedoso, pues ya desde principios de la década de 1990 el Consejo de Estado se había expresado respecto del dinamismo probatorio en tratándose de responsabilidad médica, denominándolo falla administrativa presunta (Sentencia 5902 del 24 de Octubre de 1990), no se halla legislada o regulada actualmente la flexibilización del principio del *onus probando*, pues la norma se limitaba al

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 29

clásico principio de la carga probatoria. Esto, en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y cuya modificación después de cuatro decenios de vigencia, viene a darse con la expectativa de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, en los incisos segundo y tercero del artículo 167, a través de los cuales se faculta al juez para distribuir las cargas para decretar las pruebas, bien sea de manera oficiosa o a petición de parte; así, cuando el juez realice tal acción, debe también establecer los términos para que se aporten las respectivas pruebas.

Quando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 167).

Así mismo, se manifiesta respecto del análisis realizado por Benavente (2009), que se encuentra plasmado en la que fue la motivación del proyecto de ley presentado por el Ministerio de Interior y Justicia para el Código General del Proceso en dicho artículo, la cual fue citada también por la investigación de Pérez (2011), destacando que:

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo (Pérez, 2011, p. 209).

Es mediante la consagración del artículo 167 del Código General del Proceso como se empieza a integrar la flexibilización o dinamismo en las cargas probatorias dentro del régimen procesal civil positivo en Colombia, generando además las

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 29

expectativas que en otras legislaciones ha provocado inquietudes y críticas, que son de recibo porque abarcan diferentes núcleos y niveles de normas constitucionales y legales.

fuentes del derecho, artículo 29, 121, 214 y 230 C.P. Solo si respetan los valores y principios constitucionales a través de la técnica jurídica definida en el ordenamiento jurídico, puede decirse que sus decisiones son coherentes (León, 2016, p. 61).

2. LA FIGURA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

El artículo 8 de la Ley 1564 de 2012 es el correlativo al artículo 2 del Código de Procedimiento Civil que fija las reglas de inicio e impulso procesal.

La figura de la discrecionalidad del juez para decretar pruebas de oficio se encuentra fundamentada en los artículos 29, 121, 214 y 230 de la Constitución Política, en donde se encuentran determinados los límites de las actuaciones de los jueces en los procesos judiciales.

Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya (Congreso de la República, Ley 1564, 2012, art. 8).

Pero al tomar decisiones el juzgador ordinario no es libre. Aunque en cada caso debe argumentar sea para integrar el derecho, ora para interpretarlo o para elegir entre las varias posibilidades valorativas, su juicio está sujeto a las

El artículo 164 del Código General del Proceso es el correlativo al Artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que estipula el principio general del derecho probatorio de la necesidad de la prueba, según el cual:

“Artículo 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho” (Congreso de la República, Ley 1564, 2012, art. 164).

El artículo 167 del Código General del Proceso es el correlativo al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En éste se definen las reglas generales que regulan la carga probatoria y la carga dinámica de la prueba en la nueva codificación.

El artículo 169 del Código General del Proceso es el correlativo al artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, mediante el cual el legislador procesal autoriza la iniciativa probatoria, de las partes y del juez.

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. 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 (Congreso de la República, Ley 1564, 2012, art. 169).

Con esta norma se sigue apuntando al equilibrio de las cargas probatorias, ante la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar la práctica de pruebas, bajo el auspicio del sentir del juez.

De acuerdo con Gómez (2006), son tres familias jurídicas en las que puede advertirse, desde el punto de vista procesal, la tendencia de la llamada penalización del proceso civil que, no es nada distinto a la unificación del derecho probatorio en esos ámbitos del

proceso. Se puede advertir un criterio en virtud del cual la prueba debe ser practicada en audiencia, eso significa que la prueba se va a controvertir allí en la audiencia, y significa que allí tienen presencia dos principios probatorios importantes: el principio de la concentración de la prueba y el principio de la inmediación.

El principio de concentración significa que todas las pruebas se evacuan allí en audiencia, en la medida de lo posible en una sola sesión o en sesiones ininterrumpidas, y, el principio de la inmediación implica que el juez perciba sensorialmente la prueba, que el juez escuche el testimonio, que el juez escuche al perito o peritos, que el juez tenga la oportunidad de observar el documento, es decir, que el juez tenga un contacto directo con los elementos de prueba; entonces uno de

los criterios a que hacemos referencia es el de la práctica de las pruebas en audiencia.

Desde luego, si se está hablando de la concentración y de la inmediación, allí está presente un juez que dirige y controla la práctica de las pruebas, pero no interviene, porque su función es únicamente la que se está señalando: dirigir y controlar la práctica de la prueba; allí se observa al juez como un tercero independiente, el juez no interroga los testigos, a estos los interroga el fiscal o los interroga el defensor, a los testigos los interroga el demandante y los interroga el demandado, el juez no interroga, el juez debe ser un tercero imparcial, el juez no decreta la práctica de pruebas; por eso como norma general el juez no puede desbordar el ámbito de las afirmaciones de las partes; está limitado y condicionado por las afirmaciones que hacen las partes.

Desde luego, en el proceso civil, en el que también existen esos condicionamientos, el juez puede decretar oficiosamente la práctica de pruebas, pero son las partes las que asumen la carga de la prueba; y ese es un principio procesal y probatorio vigente casi en todos los sistemas procesales.

Sobre este asunto, el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil se refirió a la carga de la prueba; actualmente, esta norma quedó derogada por la Ley 1564 de 2012, a través del artículo 167, según el cual el demandante tiene que probar todas las afirmaciones que hay; el demandado debe desvirtuar las afirmaciones del demandante, pero puede suceder, por descuido de los juristas, que se dé lo que se llama una negligencia probatoria o inercia probatoria; por ejemplo: alguien presenta una demanda

muy bien presentada, propone allí unos elementos de prueba, unos elementos de convicción para el juez, pero no realiza la actividad probatoria que debe realizar, se quedó con las afirmaciones; por tanto, el demandado puede, si lo considera adecuado, no realizar tampoco ninguna actividad probatoria porque en ese proceso se va a terminar absolviéndolo, debido a que el demandante no probó, se limitó a hacer afirmaciones; o el demandado puede, dependiendo del caso, realizar actividad probatoria para que la sentencia sea absolutoria.

De otro lado, el artículo 176 del Código General del Proceso sobre la apreciación de las pruebas, señala:

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley

sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba (Congreso de la República, Ley 1564, 2012, art. 176).

Todo el universo probatorio que gravita en el proceso debe ser apreciado por el juez, pero apreciado también por los sujetos procesales que tienen responsabilidad jurídica en la terminación del proceso, demandante y demandado, para hacer sus alegatos; siempre hay un alegato en los sistemas procedimentales modernos y contemporáneos, desde luego, siempre hay alegatos de apertura o introductorios.

Según el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, el juez tiene que explicar razonadamente porqué le da credibilidad al testimonio de A y, también tiene que explicar razonadamente por qué no le da credibilidad al testimonio de B, y así con todas las

pruebas, porque si no lo hace, entonces la interpretación quedaría librada al mero criterio subjetivo del juez, lo cual desde luego no es de recibo en ningún ámbito del derecho. Las pruebas deben ser apreciadas en conjunto y el juez debe explicar razonadamente, es decir, de manera analítica, de manera racional, el mérito que les está dando, el mérito que le está otorgando a cada prueba; allí hay una gran falencia en el orden jurídico colombiano.

En un proceso civil, por tanto, no es correcto señalar que la prueba hace referencia a identificar quién es el encargado de probar cada situación, lo correcto es establecer que con ello se determina quién es el que tiene un interés jurídico real en que un hecho deba ser probado, ya que se sufriría un perjuicio por su falta de prueba.

De este modo, la carga de la prueba hace alusión a una regla de juicio y de distribución del riesgo: en primer lugar, porque estipula cuál debe ser el sentido del fallo cuando no se logra probar un hecho que debería ser fundamental para la decisión; y en segundo lugar, porque la distribución del riesgo procura la igualdad de las partes ante la ley, de tal forma que cada una tenga igualdad de oportunidades en el proceso.

De este modo, los criterios o reglas que la doctrina desarrollada por Devis (2009) para determinar la carga de la prueba y sus objeciones en el proceso civil son los siguientes:

Tabla 1

Criterios o reglas para determinar la carga de la prueba y sus objeciones en el proceso civil

Criterios	Objeciones
“a) Tesis que impone al actor la carga de la prueba, pero le da este carácter al demandado, que que excepciona”.	“Este criterio es incompleto e insuficiente, pues existen hechos que no requieren prueba, por gozar de presunción legal o de notoriedad, o por la naturaleza indefinida de la afirmación o negación, a pesar de servir de fundamento a las pretensiones del demandante”.
“b) Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega”.	“Es inexacto porque muchas negaciones deben probarse, y es insuficiente para explicar la regla de la carga de la prueba”.
c) Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones.	Equivale a la que exige probar al actor, pero le da este carácter al demandado cuando excepciona.
“d). Teoría de lo normal y lo anormal (regla y excepción)”.	“La regla de la normalidad depende del criterio subjetivo y en cierto grado caprichoso de cada cual, cuando el legislador no la consagra como presunciones en normas de valor general y de excepción, que no es posible prever para todos los actos”.

“e) Teoría que impone la prueba a quien pretende innovar”.	“Se le aplica la objeción del criterio anterior”.
“f) Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, o, por el contrario, extintiva, invalidativa, o impeditiva de los hechos”.	“No puede hallarse la determinación exacta de la carga de la prueba “a base de una consideración aislada de su objeto, esto es, de los datos procesales por probar”” (Guasp, 1968, p. 105).
“g) Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable”.	“No hace falta recurrir a esta clasificación de las normas en constitutivas, impeditivas y extintivas para adoptar un criterio general en cuanto a distribuir la carga de la prueba, pues utilizarla trae inconvenientes y perjudica la elaboración de una regla clara y exacta”.
“h) Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido”.	“No es posible elaborar una regla general con base en los criterios de la posición procesal de las partes”.

Fuente: Devis (2002).

prueba es aquel según el cual se “impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que le es favorable” (Barberio, Carrillo & García, 2005, p. 55), ya que en principio parte de la imposibilidad de que se introduzca una regla general basada en los diferentes criterios y que sólo haga referencia a la situación específica de las partes; es decir, hay una relación de reciprocidad, finalidad y posición que admite la adjudicación de la carga de la prueba a aquel que resulte favorecido por la norma.

Desde un concepto personal, el criterio más apropiado para determinar la carga de la

**3. EL DEBER DEL JUEZ DE
PROMOVER E IMPULSAR LAS
CONDICIONES PARA QUE EL
ACCESO A LA JUSTICIA SEA REAL Y
EFECTIVO A TRAVÉS DEL DECRETO
DE PRUEBAS DE OFICIO**

Según se establece en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991, en Colombia se debe garantizar que todo ciudadano pueda acceder a la administración de justicia, frente a lo cual es la ley la encargada establecer las diferentes situaciones sin la necesidad de abogado; frente a ello, la misma carta constitucional establece que el juez tiene la potestad de establecer las condiciones para que toda persona logre acceder a la justicia.

Para resolver el asunto que convoca la valoración de la posición de la Corte Constitucional en torno al deber del juez de

promover e impulsar las condiciones para que se logre acceder a una justicia real y efectiva a través del decreto de pruebas de oficio se tuvieron en cuenta una serie de referentes jurisprudenciales de la Sentencia C-086 de 2016, la cual se ha tomado como hito, en la cual se analiza la constitucionalidad de lo contemplado en el artículo 167 del Código General del Proceso respecto de la potestad que tiene el juez de decretar pruebas de oficio en un proceso.

En dicha providencia la Corte Constitucional colombiana reconoce la facultad de configuración de los procesos judiciales que tiene el legislador colombiano y frente a ello la potestad que éste le ha asignado al juez en estos procesos; pero así como la Corte estudia la razonabilidad y proporcionalidad de la carga procesal asignada al juez, también evalúa estos

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 20 de 29

mismos componentes en la asignación que se le ha hecho a las partes, pues hay que recordar que las partes también pueden solicitar la práctica de pruebas a lo largo del proceso.

Del análisis la Corte logra constatar que la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia impone una serie de obligaciones procesales que en virtud de la ley permiten distribuir tanto entre las partes como en el juez la posibilidad de solicitar pruebas en el proceso, ello con el propósito de “asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos” (Corte Constitucional, 2013, C-279).

Lo anterior concuerda con lo establecido en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, en donde se estipula que todo ciudadano debe colaborar con la correcta administración de justicia, deber que por su naturaleza impone una carga procesal sobre aquellas instituciones creadas por la ley y que exigen una conducta frente a los procesos jurídicos, deber frente al cual no escapan ni las partes del proceso ni el juez.

Así, “el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia” (Corte Constitucional, 2004, C-662).

Sin embargo, ello no quiere decir que si una carga impuesta en un proceso no resulta acorde con el texto constitucional y, por tanto, sea desproporcionada, sea en sí misma razonable, pues ante todo, toda carga procesal debe ser “capaz de comprometer el goce efectivo del derecho de acceso a la justicia de una persona es inconstitucional cuando es irrazonable y desproporcionada” (Corte Constitucional, 2009, C-807).

De este modo, en todo proceso una de las principales cargas que promueven el acceso a la justicia es la relacionada con la prueba de los hechos que se alegan, al tratarse de un elemento que debe ser acreditado por cada una de las partes, pero que también ha sido reconocido de manera oficiosa por el juez.

Es importante tener en cuenta que el *onus probandi* es una institución que “pretende

que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte” (Corte Constitucional, 2016, C-086).

En virtud de lo anterior es que se ha planteado la teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual permite establecer una correlación entre las partes y la necesidad de intervención del aparato judicial, de tal forma que se establezca un proceso judicial en condiciones de igualdad; por tanto, se trata de un mecanismo que no desconoce las reglas probatorias, sino que, por el contrario, las perfecciona a través del ejercicio de un rol activo del juez en procura de un acceso a la justicia real y efectivo con la posibilidad de que el juez pueda decretar pruebas de manera oficiosa.

Así por ejemplo, se destaca en la Sentencia T-772 de 2003 que el juez busca distribuir la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en el proceso; del mismo modo, en la Sentencia C-215 de 1999 la Corte establece que:

(...) si por razones de orden económico o técnico dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella (Corte Constitucional, 1999, C-215).

Lo anterior es una muestra de que la materialización de una justicia real y efectiva en un proceso es a través del ejercicio del deber del juez para decretar pruebas de oficio, ya que con ello se promueven e

impulsan las condiciones para un adecuado equilibrio de las cargas probatorias.

4. PARÁMETROS LEGISLATIVOS PARA EL DECRETO DE NUEVAS PRUEBAS POR MEDIO O POR PARTE DE UN JUZGADOR

En los artículos 29 y 229 de la Carta Política colombiana, se encuentran los fundamentos para el decreto de nuevas pruebas por medio o por parte de un juzgador, disposiciones en las cuales se sustenta la ley estatutaria de administración de justicia.

Así, de acuerdo con el artículo 60A de la Ley 270 de 1996, el juez tiene la potestad de impulsar los procesos de manera oficiosa, y así lo ha entendido el legislador y lo ha implementado a lo largo de sus diferentes

codificaciones procedimentales civilistas, destacándose por ejemplo lo señalado en el Decreto 1400 de 1970, en el cual se estipulaba que “los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos” (art. 2); del mismo modo que señalaba el deber de “dirigir el proceso, velar por su rápida solución y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal” (Presidencia de la República, Decreto 1400 de 1970, art. 37), así como también permitía “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga” (Presidencia de la República, Decreto 1400 de 1970, art. 37).

De manera puntual la norma señalaba que el juez tenía la potestad de decretar pruebas de manera oficiosa en los casos en los que

estas pudieran ser consideradas “útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (Presidencia de la República, Decreto 1400 de 1970, art. 179).

En el mismo sentido, el Código Contencioso Administrativo, es decir, el Decreto 01 de 1984, establecía que quien oficiaba como ponente podía decretar oficiosamente cualquier tipo de prueba que fuera considerada indispensable para esclarecer la verdad; inclusive, se contemplaba la oportunidad procesal para que en cualquier momento se pudieran esclarecer hechos dudosos en el proceso.

Actualmente, a través de la expedición de la Ley 1564 de 2012, se determina que el juez puede recurrir a esta facultad “para lograr la igualdad real de las partes”

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 29

(Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 4); del mismo modo, estipula que el juez también es el facultado para “adelantar los procesos por sí mismo” (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 4); Frente a ello puede recurrir a decretar pruebas de manera oficiosa “cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 42 y 169).

De manera similar la Ley 1437 de 2011 que dicta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que, en virtud del principio de imparcialidad, “las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna”

(Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 3); de este modo, el Código autoriza el decreto de pruebas de oficio en cualquiera de las instancias cuando se “considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad” (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 213).

El decreto de pruebas puede estar supeditado a los principios de igualdad, acceso de administración de justicia, igualdad entre las partes, entre otros. Para la Corte Constitucional, tal y como lo señala en la Sentencia C-086 de 2016, el decreto de pruebas de oficio no genera una afectación o limitación a la administración de justicia ni mucho menos a la igualdad de las partes.

Así, cuando se decreten de manera oficiosa las pruebas, dichos derechos siempre deben prevalecer, ello con independencia de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 29

que se pueda o no otorgar mayor dinamismo a la carga de la prueba.

(...) el acceso a la administración de justicia, la igualdad de las partes y el debido proceso, no se desdeñan con tal término ‘podrá’, pues se insiste, otra norma del mismo código de carácter general obliga e impone el decreto oficioso y ese poder implícitamente también conlleva la distribución de la carga de la prueba como conducta obligatoria y no se da por tanto de manera material y práctica la violación a la constitución aquí endilgada (Corte Constitucional, 2016, C-086).

Respecto a la manera cómo opera la carga dinámica de la prueba, ésta encuentra sustento teórico en principios tales como la solidaridad, la equidad, la lealtad y la buena fe procesal, los cuales tienen fundamento en la Constitución y ponen en evidencia la potestad legítima que tiene el juez bajo los postulados propios de un Estado Social de Derecho.

CONCLUSIONES

Tanto la legislación como la doctrina jurisprudencial emanada de las Altas Cortes en Colombia, especialmente la de la Corte Constitucional, han sido enfáticas en establecer que el juez tiene plena autonomía para decretar pruebas de oficio en cualquier tipo de proceso civil y que dicha facultad discrecional se constituye en un mecanismo de materialización de impulso y acceso a una justicia real y efectiva, y aun cuando a pesar de lo establecido en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, que se refiere a la carga de la prueba y que faculta a las partes para que prueben la respectiva hipótesis en un proceso, no por ello el juez deja de estar facultado para decretar pruebas de oficio, de tal forma que con ello se realice una adecuada distribución de las cargas probatorias, labor que procura no sólo

garantizar el derecho al debido proceso, sino también el acceso a una administración de justicia en condiciones de igualdad.

Este es un asunto que ha entrañado importantes debates, los cuales han sido objeto de estudio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana, y a pesar de su amplio abordaje, se hace necesario seguir planteando las consideraciones que permitan establecer una postura frente a la potestad discrecional que tiene el juez para actuar en un proceso.

Vale la pena recordar que si bien el juez es el director del proceso y su fin último es el de generar un fallo frente a una disyuntiva jurídica, para lograr tal cometido debe mantener un equilibrio entre las partes, ello en virtud de una posición objetiva e imparcial; es de esta manera que el legislador

lo ha facultado a través del Código General del proceso de una potestad discrecional para decretar pruebas de oficio, mediante las cuales lo que se busca es llegar a una verdad jurídica que reconozca el derecho legítimo a todas las partes procesales.

Sin embargo, a pesar de la discusión que se ha desarrollado frente a este asunto, es preciso advertir que existen posiciones que critican y discuten la legitimidad de que al juez se le faculte de un poder discrecional para que decrete las pruebas de manera oficiosa, según su parecer, situación que para algunos podría considerarse como una presunta afectación a derechos como la igualdad y el acceso a la justicia, lo cual, claramente puede interpretarse como una afrenta al principio de la carga; sin embargo, coincidimos con la Corte Constitucional que si bien el juez tiene una facultad discrecional,

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 27 de 29

esta debe ser ejercida siempre con absoluta imparcialidad y neutralidad, ya que dicha facultad para decretar pruebas de oficio ha sido otorgada para la búsqueda de la verdad material, pues al decretar una prueba de oficio no se estaría vulnerando el principio de imparcialidad ni el de igualdad.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política. Anotada por Gómez Sierra, Francisco*. (2008). Bogotá: Leyer.
- Barberio, S., Carrillo, H., & García, M. (2005). *Doctrina y jurisprudencia procesal, civil y comercial*. Rosario (Argentina): Juris.
- Benavente, M. (2009). Dinámica de la prueba en el proceso civil patrimonial en la búsqueda de soluciones prácticas. *Revista Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, 1*, 67-90.
- Bermúdez M., M. (1995). El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad. *Revista Temas Jurídicos*, (11), 16-38.
- Congreso de la República. (1996). *Ley 270, Estatutaria de la administración de justicia*. Bogotá: Diario Oficial No. 42.745 del 15 de marzo de 1996.
- Congreso de la República. (2011). *Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.
- 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: Diario Oficial No. 48.489.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1990). *Sentencia del 24 de octubre. Exp. 5902*. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.
- Corte constitucional. (1999). *Sentencia C-215*. Magistrada Ponente: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-772*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-662*. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-807*. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-279*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 28 de 29

- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-086*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Devis E., H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá Temis S.A.
- Devis E., H. (2009). *Nociones generales de derecho procesal civil*. Bogotá: Temis S.A.
- Gómez O., I. (2006). *Notas de derecho probatorio general*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Henao C., O. (2006). *Código de Procedimiento Civil. Compilado, Concordado y Anotado*. Bogotá: Leyer.
- Kielmanovich, J. (2012). *Algunas reflexiones en torno a la teoría de la carga dinámica en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Madrid: Compendio Jurídico
- León C., S. (2016). Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991. *Inciso*, 18(2), 55-71.
- Luna Y., Á. (2003). *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*. Barcelona: InDret.
- Micheli, G. (1961). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América.
- Montero A., J. (2011). *La prueba en el Proceso Civil*. España: Civitas Thomson.
- Nisimblat, N. (2012) *Carga de la prueba, autorresponsabilidad o incumbencia probatoria*. Recuperado de http://nisimblat.net/images/Carga_de_la_prueba.pdf
- Pérez R., J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – decaimiento de su aplicación –*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Presidencia de la República. (1970). *Decreto 1400, por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil*. Bogotá: Diario Oficial No. 33.150 del 21 de septiembre de 1970.
- Presidencia de la República. (1984). *Decreto 01, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo (Derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 a partir del 2 de julio de 2012)*. Bogotá: Diario Oficial No. 36.439 de 10 de enero de 1984.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*. Tomo II. Buenos Aires: Ejea.
- Tamayo J., J. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 29 de 29

CURRICULUM VITAE

Jaime Andrés Pérez Bravo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo desarrollado en el marco del diplomado sobre Código General del Proceso.

Juan Felipe Franco Ríos: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado, coautor del presente artículo desarrollado en el marco del diplomado sobre Código General del Proceso.