

ANÁLISIS DE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO: LA PRUEBA DE OFICIO SEGÚN EL CPACA.

FÁTIMA GARCÍA AVELLANEDA
Cód. 1.094.270.328

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA
FACULTAD DE DERECHO
PAMPLONA
2016

ANÁLISIS DE LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO: LA PRUEBA DE OFICIO SEGÚN EL CPACA.

INFORME FINAL

Profesores: Dra. Mónica Liliana Gómez
Co Directora
Dr. Jesús Elías Becerra Cañas
Asesor Externo

FÁTIMA GARCÍA AVELLANEDA
Cód. 1.094.270.328

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA
FACULTAD DE DERECHO
PAMPLONA
2016

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma de Jurado

Firma de jurado

Firma de jurado

Director del Programa

Pamplona, 12 de mayo de 2016

Dedico este trabajo de grado como terminación de mi ciclo de preparación profesional a mis queridos padres, Fabian Garcia Hernández y Nubia Avellaneda Peña, por su tesón y dedicación en apoyarme irrestrictamente para alcanzar esta meta en mi proyecto de vida; a mis docentes y asesores, quienes desde un principio creyeron y depositaron en mí su voto de confianza.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO 1	1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	1
1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.2 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.	4
2. OBJETIVOS.	4
2.1 Objetivo General.	4
2.2 Objetivos Específicos.....	5
CAPÍTULO 2	6
2. MARCO DE REFERENCIA	6
2.1 ANTECEDENTES	6
2.2 BASES TEÓRICAS.....	8
2.2.1 El proceso judicial.....	8
2.2.2 Los actos procesales.....	10
2.2.3 La Prueba	12
2.2.4 Verdad y derecho	13
2.2.5 La verdad en el proceso judicial.....	16
2.2.6 El Juez: constructor de verdad en el proceso judicial	23
2.3 BASES LEGALES	27
2.3.1 A Nivel Constitucional.....	27
2.3.1 A Nivel Legal.....	28
CAPÍTULO 3	29
3. DISEÑO METODOLÓGICO	29
3.1 TIPO Y METODO DE INVESTIGACIÓN	29
3.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	29
3.4.1 Fuentes Primarias.....	29

3.4.2 Fuentes Secundarias	30
CAPÍTULO 4	31
4. ESQUEMA CAPITULAR.....	31
4.1 SISTEMAS PROCESALES EN MATERIA PROBATORIA.	31
4.1.1 Modelo Inquisitivo.....	31
4.1.2 Modelo Dispositivo.....	33
4.1.3 Modelo Mixto.	33
4.2 ACTIVIDAD DEL JUEZ SEGÚN EL SISTEMA PROCESAL.....	34
4.3 ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL CPACA.	37
4.3.1 Parámetros de acción del juez colombiano.	37
4.3.2 Algunos principios orientadores de la práctica judicial.	39
4.3.3 Aspectos principales de la prueba.	43
4.3.4 Características generales del régimen probatorio en el nuevo CPACA.	49
4.3.5 Iniciativa probatoria del juez según el CPACA.	53
Conclusiones.	61

INTRODUCCIÓN

El derecho es una de las áreas del conocimiento humano que más dinamismo tiene, por cuanto la exigencia de los cambios en la sociedad, exige de éste ponerse a la altura de dichos movimientos que entrañan aspectos no sólo sociales, sino también culturales, políticos, económicos, que acompañan el trasegar histórico de la existencia y composición de la raza humana. Es así como, luego, que la historia mostrara, en el siglo XX, cómo el poder de destrucción del ser humano no tiene límites y, para frenar este tipo de desmanes del poder autoritario hacia el futuro, los grandes juristas entronizaron en la Carta Constitucional de los Estados Europeos una serie de talanqueras para que definieran los límites del poder de quien gobernaba. Además, se estableció un estricto orden de derechos fundamentales y garantías para su protección donde la primacía del ser humano y su dignidad serían el soporte de cualquier actuación, tanto de los agentes del Estado como de los particulares.

Ya en suelo patrio, con el paso de los años y bajo el fragor de las armas y el estado de violencia generalizada, con los diferentes ingredientes de la historia de violencia política, la lucha por la tierra, la muerte de líderes sociales, el narcotráfico, la creación de ejércitos particulares o paramilitares, el empoderamiento de grupos insurgentes, la corrupción de las castas políticas, entre otros factores, conllevaron a que en 1990 se configurara una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de reformar la anquilosada y paquidérmica Constitución de 1886. En Julio de 1991, tuvo vida el texto

final y aprobado por la Asamblea con el que se instauró un nuevo sistema jurídico para el país y sus habitantes.

Esta Constitución de 1991, acoge un nuevo tipo de estado, como es el Estado Social y de Derecho que se soporta sobre la base de unos principios y un portafolio de derechos fundamentales, así como deberes para las distintas instancias de la sociedad colombiana que a través de unos instrumentos jurídicos, a nivel individual o colectivo, se busca la protección de los mismos.

La Carta Política funge como prisma que irradia todas las actividades del quehacer de la nación. En este sentido, a partir de su promulgación se comenzó una tarea de actualización de cada una de las áreas del derecho para que estuvieran acordes a los nuevos preceptos constitucionales, en este sentido, se dice que ha surtido una constitucionalización del derecho colombiano, labor en la que ha desempeñado un papel importante la Corte Constitucional en sus análisis de constitucionalidad de las respectivas leyes.

En este orden de ideas, la tarea ha sido dispendiosa pues áreas como el derecho laboral, civil, familia, penal y el administrativo se vieron remozados por esta ola de actualización y puesta a punto con las directrices constitucionales.

Con la expedición de la Ley 1437 de enero de 2011, el Legislativo colombiano trazó nuevos derroteros para el derecho administrativo y el contencioso administrativo que, en armonización y por principio de integración con el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2011 -, son la plataforma jurídica que soportan la nueva realidad de esta especialidad del derecho colombiano. Dentro de los diferentes campos de elaboración que trae este nuevo estatuto, llama la atención el que tiene que ver con el campo del derecho probatorio, la

participación de las partes y del operador judicial en la producción de los elementos probatorios.

La actividad probatoria dentro del proceso judicial es una de las garantías que tienen las partes dentro del mismo, con el que se hacen explícitas diferentes facetas del debido proceso, como lo señala el artículo 29 de la Carta Política de 1991, entre ellas, el derecho a la defensa, así como el ejercicio del principio de contradicción de las pruebas allegadas al plenario.

Como quiera que el proceso judicial busca la reconstrucción de unos hechos donde solicita una de las partes se aplique justicia, se reconozcan unos derechos; esta labor reconstructiva sólo es posible mediante el estudio de elementos materiales de prueba o probatorios que permitan inferir, a grosso modo, cuál es el punto de litigio y a partir de allí alcanzar una solución a la controversia puesta en conocimiento de la judicatura.

Pues bien, en materia de procesos judiciales existen dos tipos de principios que rigen esta actividad: de un lado, el principio inquisitivo, de otro, el dispositivo. Desde el campo probatorio, en el inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de las partes en litigio, sino que es el operador jurídico, el juez, quien debe diseñar las estrategias pertinentes para obtener las pruebas del caso. Situación contraria se presenta en el principio dispositivo donde las partes son quienes deben ofrecer y presentar ante el juez los elementos de convicción para defender sus pretensiones o demostrar su hipótesis del caso, para que el juez valore dicho material y disponga el desenvolvimiento del pleito.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), en el plano del derecho contencioso administrativo colombiano se

presenta un amalgama donde se fusionan el sistema oral y el escritural, dando así la construcción de un sistema de carácter mixto.

Con esta investigación de carácter jurídico se buscó conocer más de cerca sobre los tareas probatorias que realiza el juez administrativo, específicamente, con su iniciativa en la producción de elementos probatorios, cuál es el marco jurídico que sirve de soporte para su tarea, así como bajo qué circunstancias puede decretarlas y practicarlas y que finalidad persigue con su accionar.

El tema abordado está articulado con otras áreas del derecho, no sólo el administrativo, sino que también se relaciona con la filosofía del derecho, pues, un tema central en esta contienda precisa sobre el problema de la verdad en el proceso judicial; con el derecho constitucional ya que se deben analizar los diferentes principios y derechos que ofrece la Carta Política en materia de garantías sustanciales y procesales para quienes se ven inmiscuidos en acciones contenciosas. El derecho procesal también importa en esta discusión, pues aquí se analizan los diferentes momentos u oportunidades en que las partes y el operador jurídico pueden abastecer de unidades probatorias al proceso. Bajo esta óptica, se han dispuestos varios apartados o capítulos con el propósito de abordar esta problemática que, como se dijo, aglutina diferentes campos del saber jurídico

El primer capítulo, se abordarán los elementos básicos de la propuesta de investigación como son la descripción del problema, la pregunta de investigación, los objetivos y la correspondiente justificación.

En un segundo apartado, se desarrollarán los aspectos centrales que tiene que ver con el marco de referencia, en este sentido, un acercamiento al estado del arte o los antecedentes de investigación; el marco teórico donde se exponen diferentes elementos

teóricos importantes para la comprensión de la temática, así como el marco legal que ofrece el soporte constitucional y legal que establecen los aspectos jurídicos que envuelven el tema a desarrollar

Un tercer bloque, tiene que ver con el marco metodológico que ha dispuesto para el avance de la investigación, estableciendo el tipo de investigación y el método de la misma, como también la técnica que se implementó para la recolección de la información y las fuentes desde donde se hicieron las respectivas descargas de información.

En un cuarto bloque, se estructura con un esquema capitular donde se muestran los resultados de la investigación. Un primer título que tiene que ver con los diferentes esquemas procesales (inquisitivo y dispositivo) y su correspondiente explicitación de su perfil probatorio. El segundo apartado, muestra el papel que desarrolla, desde el campo probatorio, conforme a las pautas que ofrece cada esquema procesal. Por último, se expone profusamente, los aspectos concernientes a la actividad probatoria que desempeña el operador judicial dentro de los nuevos cánones del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), donde se buscó rodear de algunos componentes fundamentales para su comprensión, tales como los parámetros de acción del juez colombiano visto desde los presupuestos constitucionales; también, se encuentran los principios orientadores de la actividad judicial, donde se presentan las guías constitucionales que orientan la práctica judicial; así mismo, los conceptos que desarrollan el tema de la prueba y su desarrollo dentro del proceso; seguidamente, se estructuró una visión general sobre los aspectos puntuales que desarrolla el nuevo CPACA en materia probatoria y, por último, mediante un ejercicio comparativo con el anterior estatuto procedimental contencioso administrativo (Decreto 1 de 1984), se buscó plantear las

diferencias y concordancias entre los mismos, en esta materia, así como los nuevos elementos que aporta el CPACA, en cuanto a la función del juez como parte vital del proceso y su tarea principal como un denodado decantador de la verdad y administrador de justicia material para las partes en conflicto.

Con esta labor se pretendió ofrecer un acercamiento a la problemática que encierra la tarea del operador judicial como director del proceso judicial administrativo, en su tarea cotidiana de administrar justicia material, con apego a los principios y garantías constitucionales que sirven de sustento jurídico y dentro del marco de la nueva visión de Estado Social y de Derecho, en el que se inscribió Colombia, a partir de la elaboración de la Carta Política de 1991.

CAPÍTULO 1

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hoy se habla del derecho fundamental a la prueba, como “la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido” (Ruíz, L., 2007, p. 2). En este sentido, el desarrollo del proceso y su culminación, conllevan a que se alcance una verdad material y se procure la aplicación, por ende, de una justicia material, cuyo fundamento se establece a partir del acervo probatorio.

La actividad probatoria dentro del proceso judicial es una de las garantías que tienen las partes dentro del mismo, con el que se hacen explícitas diferentes facetas del debido proceso, como lo señala el artículo 29 de la Carta Política de 1991, entre ellas, el derecho a la defensa, así como el ejercicio del principio de contradicción de las pruebas allegadas al plenario.

Como quiera que el proceso judicial busca la reconstrucción de unos hechos donde solicita una de las partes se aplique justicia, se reconozcan unos derechos; esta labor reconstructiva sólo es posible mediante el estudio de elementos materiales de prueba o probatorios que permitan inferir, a grosso modo, cuál es el punto de litigio y a partir de allí alcanzar una solución a la controversia puesta en conocimiento de la judicatura.

Como señala el doctrinante Pedro A. Cañón Ramírez (2013, pp. 115-116), son diferentes las posiciones, en los sistemas jurídicos, en cuanto a quiénes aportan las piezas

probatorias al proceso judicial. En este sentido, generalmente, se ha estimado que dicho papel es asumido por las partes, como directos interesados para que se resuelva la litis a su favor y, por ello, allegan los medios probatorios que convaliden sus manifestaciones fácticas que soportan las pretensiones que buscan alcanzar.

Pues bien, en materia de procesos judiciales existen dos tipos de principios que rigen esta actividad: de un lado, el principio inquisitivo, de otro, el dispositivo. Desde el campo probatorio, en el inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de las partes en litigio, sino que es el operador jurídico, el juez, quien debe diseñar las estrategias pertinentes para obtener las pruebas del caso. Situación contraria se presenta en el principio dispositivo donde las partes son quienes deben ofrecer y presentar ante el juez los elementos de convicción para defender sus pretensiones o demostrar su hipótesis del caso, para que el juez valore dicho material y disponga el desenvolvimiento del pleito.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), en el plano del derecho contencioso administrativo colombiano se presenta un amalgama donde se fusionan el sistema oral y el escritural, dando así la construcción de un sistema de carácter mixto. En este sentido, el sistema escritural está en sintonía con el inquisitivo y el dispositivo con la estructura oral y por audiencia. Así que si bien, en el CPACA se opta por el sistema dispositivo, ello no es total ya que tiene sus rezagos del escritural inquisitivo.

Siendo esta la realidad en el nuevo CPACA, cómo se armonizan entonces los dos sistemas, dispositivo e inquisitivo, frente a los diferentes principios y reglas de carácter procesal, en especial, frente a la actividad probatoria que deben desarrollar las partes de los

extremos, pero también frente a las circunstancias cuando se presentan deficiencias en elementos materiales probatorios para conocer y reconstruir el hecho sometido al escrutinio del operador jurídico, cuál sería la actividad probatoria del juez, en ejercicio de su autonomía e imparcialidad dentro de la actividad procesal, sin que la misma conlleve a favorecer o afectar los intereses de algunas de las partes en conflicto.

En este orden, expone Cañón Ramírez (2013), que también es cierto que cuando las partes no logran soportar probatoriamente los hechos demandados y, por tanto, se origina una “duda o vacío probatorio”, se erige la función del juez quien, de manera dinámica, puede decretar y practicar pruebas de oficio. Siendo así, “[l]a prueba, entonces, no es exclusiva de las partes sino del juez quien las decreta, las recepciona y las incorpora de oficio o a petición de parte, es el juez quien manda en la prueba, no las partes.”(Cañón, P., 2013, p. 119).

En este orden de ideas, se erige la figura de la prueba de oficio que tiene su vocación jurídica en manos del juez, para que ordene las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico.

Bajo esta panorámica, el papel del operador jurídico se torna controversial, porque precisamente, con el decreto y práctica de pruebas de oficio, puede entrar a favorecer a algunas de las partes en controversia, esto es, que su imparcialidad pueda verse cuestionada y, de esta manera, surgiría un trato desigual frente a las partes (Gaitán, L., 2013, p. 4).

Sin embargo, como uno de los pilares del proceso judicial es impartir justicia, ella sólo se alcanza con una visión integral del problema controvertido, por parte del juez, quien necesita fundamentar una decisión correcta, con base en pruebas, que sirvan de soporte para la demostración de la existencia o no de la verdad que una de las partes reclama. En este

orden, la prueba de oficio, redundando “en beneficio de la economía procesal y de la actividad judicial, en el esclarecimiento de los hechos y búsqueda de la verdad” (Gaitán, L., 2013, p. 4).

Frente a este estado de cosas, se encuentra como problemática de fondo, el averiguar por los diferentes escenarios en los que está permitido al juez administrativo colombiano, conforme lo regula el nuevo CPACA, disponer la práctica de pruebas de oficio sin que esta labor entorpezca la filosofía y esencia del sistema dispositivo.

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuál es la iniciativa probatoria que puede desarrollar el juez administrativo colombiano, conforme a los nuevos parámetros procesales del CPACA?

1.2 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema de investigación se puede descomponer en varios interrogantes que sirven como orientación metodológica de la misma.

¿Cómo se caracterizan los sistemas dispositivo e inquisitivo, en materia probatoria?

¿Cuál es la actividad probatoria que desarrolla el juez en cada uno de los sistemas dispositivo e inquisitivo?

¿Cómo se encuentra positivada la prueba de oficio en el nuevo CPACA?

2. OBJETIVOS.

2.1 Objetivo General.

Analizar en qué consiste la iniciativa probatoria que puede desarrollar el juez

administrativo colombiano, conforme a los nuevos parámetros procesales del CPACA.

2.2 Objetivos Específicos.

2.2.1 Caracterizar los sistemas jurídico procesales, dispositivo e inquisitivo, en materia probatoria.

2.2.2 Estudiar en cada uno de los sistemas jurídico procesales -dispositivo e inquisitivo-, la acción que desarrolla el juez al decretar y practicar pruebas de oficio.

2.2.3 Exponer parámetros normativos que impone el nuevo CPACA, en cuanto a la prueba de oficio como facultad y deber del juez, para dilucidar toda vacío cognoscitivo y alcanzar la convicción al momento de decidir.

CAPÍTULO 2

2. MARCO DE REFERENCIA

2.1 ANTECEDENTES

Son muchos los trabajos académicos que se han hecho abordando el tema de las pruebas de oficio. Entre estos tenemos la obra del Consejero de Estado, Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié (2004), titulada “Derecho Procesal Administrativo La Prueba Judicial”, teniendo de fondo el anterior Código Contencioso Administrativo (1984), analiza la “oportunidad del juez para decretar pruebas de oficio” (pp. 64-72), tanto en el proceso ordinario como en los procesos especiales determinando los momentos procesales en que está permitido su actuación. El autor toma posición al señalar que la posibilidad que tiene el juez para decretar pruebas oficiosamente, puede “favorecer las pretensiones de una de las partes que por su conducta procesal haya descuidado la obligación de probar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones” (p. 65), situación que conlleva a que el operador jurídico “no puede reemplazar la actividad de las partes” (p. 65).

Otro trabajo para mencionar es del Dr. Juan Francisco Pérez Palomino, en su ensayo “Las pruebas de oficio en un Estado Social de Derecho” (2005), dirige su trabajo a definir el papel de las partes en la producción de la prueba, bajo el prisma de la Constitución de 1991, de cómo se articula con la tarea del juez dentro del proceso judicial y su actividad oficiosa en materia probatoria.

La Dra. Loly Aylú Gaitán Romero, ofrece una magnífica perspectiva de derecho comparado, en su trabajo “La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e

igualdad de las partes?” (2010), sin dejar de hacer su análisis con la producción nacional, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, esto es, a nivel de las Altas Cortes, realiza un acercamiento, mediante análisis de casos, sobre la práctica judicial del decreto y práctica de pruebas en la jurisdicción civil.

En el trabajo realizado por Susana Ayala Colmenares, María Carolina Flórez Pérez, Janeth Sánchez Castillo, Juan Carlos Ángel Barajas (2012), estudiantes de postgrado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia, titulado “Alcance de la facultad del juez al momento de decretar pruebas de oficio, de conformidad con la jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, años 2005 a 2010”, deja ver como a través de análisis pormenorizado de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en el lapso de tiempo mencionado, define el papel del operador jurídico, desde el ejercicio de su facultad-deber en el decreto y práctica de pruebas, como una de las tareas importantes a realizar por este funcionario, en busca de hacer efectiva uno de los fines del Estado, como es asegurar la convivencia pacífica y un orden justo.

Por último, como referente internacional, el profesor Michele Taruffo, eminente procesalista italiano, en su obra “La prueba de los hechos” (2005), ofrece una serie de parámetros para estudiar el problema de la verdad en el proceso judicial. Desde las tesis que postulan la negativa para hallar la verdad y sus soportes epistemológicos y filosóficos, hasta las posiciones que defienden la idea que sí es posible alcanzar la verdad dentro del proceso. Sin embargo, Taruffo, señala que no se puede pregonar una “verdad absoluta”, sino verdades relativas con base en las piezas procesales, de cuyo análisis remiten a hechos concretos, contingentes.

2.2 BASES TEÓRICAS.

2.2.1 El proceso judicial.

El proceso judicial se constituye en una de las herramientas de la administración de justicia para evidenciar a los diferentes actores de la litis, así como las diversas circunstancias que originan los conflictos en los más variados campos del derecho. Pero, yendo más allá, el proceso judicial sirve como instrumento para permitir el acceso del ciudadano común a los estrados de la justicia impartida por el Estado, a través de los operadores jurídicos, cuya eficiencia en esta tarea “no depende tanto de las virtudes de la legislación procesal de turno, sino del sentido lógico que los operadores jurídicos les impriman a la interpretación y aplicación de esas normas adjetivas” (Barbosa, G. 2006, p. 65)

Al hablarse de proceso, en sentido amplio, puede entenderse este término como “cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin” (Devis, 1987, p. 157). Concepto que puede aplicarse a diferentes tipos de tareas articuladas en una misma dirección. Ya en el plano de lo judicial, el proceso judicial tradicionalmente se entiende como “el conjunto de ritualidades (actos procesales) necesarias para la adopción de una decisión mediante la cual se resuelve un conflicto” (Barbosa, G. 2006, p. 67). Devis Echandía (1987) amplía este concepto matizando que, si bien entraña “una serie de actos diversos y sucesivos” el mismo está construido tanto por los funcionarios como por los particulares que acuden al proceso en los distintos momentos (p.157-158).

El profesor Gerardo Barbosa Castillo (2006) se aparta de la concepción tradicional de proceso y lo enfoca como “método para administrar justicia” al que asisten tanto los

funcionarios como los particulares, pero que se encuentran frente a un mismo método “aplicable a todos los casos” (p. 67). Desde esta perspectiva, el autor define el proceso judicial como “la secuencia lógica y ordenada de pasos (actos procesales) que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función” (p. 68).

El doctrinante Jaime Azula Camacho (1986), desde el punto de vista jurídico considera dos tipos de proceso: de una parte, conforme a la *teoría pura* denota el proceso como “el conjunto de actuaciones realizadas por las diferentes ramas del Estado dirigidas a la creación o aplicación de la norma, sea con carácter general o individual” (p.41); por otro lado, se encuentra la tesis del *sentido stricto*, donde el proceso se define como “el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, a fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto” (p. 42).

En este orden, el objeto que persigue el proceso judicial no es otro que establecer la existencia de una controversia o litigio (Azula. 1986, p. 44) y una vez definida “la relación jurídica” entre las partes encontradas o los “actos jurídicos o los hechos” se procede a la aplicación de las normas que regula tal relación (Devis. 1987, p. 158).

Ahora bien, ¿cuál es la finalidad que persigue el proceso judicial? En este sentido, vale decir que existe dos tendencias; por un lado, está una carácter general que “consiste en la preservación de la armonía y la paz entre los integrantes del grupo” (Azula, 1986, p. 44) o del colectivo, el mismo autor cita a Guasp, para quien “el fin normal del proceso es “el mantenimiento de la paz justa o de la justicia pacífica”” (p. 45). Por otro lado, está el carácter particular que se nutre de dos tendencias, una subjetiva y otra objetiva; la primera, está orientada a la protección y reconocimiento de un interés amparado por la normatividad

y que a través del proceso que “dispone el afectado para obtener su reconocimiento o satisfacción” (p. 45); la tesis objetiva, determina que el proceso es en espacio propicio para “la actuación de la ley, esto es, la aplicación de la norma sustancial o material al caso concreto que es materia u objeto de decisión en el proceso” (p. 45).

Sobre este particular, el insigne profesor Devis Echandía, recogiendo cada una de las tendencias antes citadas, consigna que

[E]l fin principal de los diferentes proceso (civiles, penales, etc.), no existe ninguna diferencia: tutelar el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial, en los casos concretos, para mantener la armonía y la paz sociales y para tutelar la libertad y la dignidad humana. (1987, p. 159)

2.2.2 Los actos procesales.

En el anterior apartado cuando se buscaba definir el concepto de *proceso*, se puede observar que en cualquiera de sus conceptualizaciones, se hacía alusión a los actos procesales, entendidas como instancias a surtirse dentro del proceso, estos forman parte del mismo. El profesor Barbosa los entiende como “secuencia lógica y ordenada de pasos”, Devis Echandía como “conjunto de actos coordinados”, Azula decía que eran un “conjunto de actuaciones realizadas” o “conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados”, en fin todos apuntan en una misma dirección, en el entendido que se trata de momentos o fases que se deben agotar dentro del itinerario del proceso judicial desde su inicio, desarrollo y terminación.

El profesor Devis Echandía en la obra que se ha venido citando (1987), clasifica los actos procesales desde dos puntos de apreciación: desde quien los produce, esto es, el sujeto; en este nivel se tiene a las diferentes personas que construyen el proceso, es decir, el juez, los empleados del juzgado, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la

justicia y, por otro lado, está la clasificación “según el momento en que se ejecuten y el fin que persiguen” (p. 410).

La segunda clasificación corresponde a la serie de actos procesales que van transitando a lo largo de la configuración del proceso judicial, según el maestro Devis Echandía (1987, p. 410-411), aquí se pueden apreciar los siguientes:

- ✓ Actos de introducción.
- ✓ Actos de impulso procesal.
- ✓ Actos probatorios.
- ✓ Actos decisorios y
- ✓ Actos para la terminación del proceso.

En este orden de ideas, los actos de introducción se refieren a aquellos con lo que se da inicio a la construcción del proceso, esto es, la demanda, el auto de admisión de la misma y traslado para la contestación de ésta, así como el auto de inicio de la investigación sumaria en el campo penal. Los actos de impulso procesal son aquellos que van permitiendo el tránsito y desarrollo de las diferentes etapas del proceso hasta desembocar en la sentencia.

Los actos probatorios están determinados por la instancia donde se efectúa la “petición, presentación, aceptación, decreto y práctica de las pruebas” (p. 411); en este nivel, si bien las partes son las indicadas de promover y aportar las respectivas piezas probatorias que buscan colocar a disposición del juez para que éste las someta al ejercicio del contradictorio de la contraparte y, luego ser valorada, esto no excluye que al operador jurídico “la ley confiere la facultad de investigar los hechos de forma oficiosa” (Cañón, 2013, p. 189), cuyo objeto es permitir el estado de convencimiento del operador jurídico

acerca de los hechos sometidos a su consideración y así dirimir el conflicto (Devis, 1987, p. 450-451).

También, se tiene los actos decisorios que están vinculados con la actividad del juez, exclusivos de su producción, pues pertenecen a la producción de autos interlocutorios y sentencias. Por último, los actos de terminación del proceso que pueden presentarse en una doble vía, por una parte desde las partes (por ej., la presentación del desistimiento de la demanda o la impugnación de una sentencia), de otra, están las originadas por el juez mediante autos interlocutorios o sentencias ponen fin al proceso.

2.2.3 La Prueba.

La prueba, como lo indica Cañón (2013), “es el elemento fundamental del proceso” (p. 189). Ya rezaba el antiguo axioma romano “*da mihi factum dabo tibi ius*”¹ que muestra la importancia de los hechos dentro de cualquier caso abordado por el derecho. El encuadramiento fáctico en cualquier tipo de acción ya sea civil, laboral, comercial, familia, penal, etc., está soportada sobre la base de unos hechos o fenómenos que son en últimas los que sustentan una situación puesta a consideración de un tercero (el juez), para que éste dirima la controversia suscitada entre las partes.

Entonces, ¿qué es la prueba? Puede decirse al respecto que, a grosso modo, existen dos posibles conceptos, uno a nivel general y otro en stricto sentido. En el primero, se entiende este término como un elemento común en la vida ordinaria, pues cada quien en sus actividades debe estar comprobando, cotejando, verificando la ocurrencia de una serie de hechos que puede ser pasados como presentes y, sólo se puede llevar a cabo dicha tarea

¹ “Dame los hechos y te daré el derecho” (traducción libre)

mediante la recolección de evidencias de la ocurrencia de los mismos. En este sentido, Cañón dice que “[d]escubrir y establecer la verdad es el objetivo de la prueba, esto es, identificar los hechos físicos o morales, las afirmaciones o las negaciones propias del conocimiento, lo cual rebasa o trasciende el campo jurídico” (2013, p. 2).

La prueba en sentido jurídico, como concepto stricto, siguiendo a Cañón, dan cuenta que las probanzas que sirven dentro de un proceso, para determinar la existencia o la demostración de fenómenos de distinta índole se conocen como pruebas judiciales. En este orden, “corresponde al juez y a las partes establecer la verdad de un hecho jurídico, llámese delito, negocio jurídico, relación laboral, acto administrativo, etc.” (p. 4), aspecto esencial que sólo se realiza a través de la prueba y su respectiva valoración.

2.2.4 Verdad y derecho.

Ahora bien, se continuará en el análisis, en un primer momento, se abordarán las diferentes concepciones del derecho y, posteriormente, se buscará establecer la relación de éstas con la verdad. Aquí se siguen los lineamientos propuestos por el profesor Manuel Atienza (1998). Primeramente, el derecho se concibe, desde el estructuralismo, como un encadenamiento de enunciados positivados en normas “que contienen definiciones o juicios de valor” (p. 20). Ello permite observar cómo se ensamblan cada uno de los enunciados (leyes, normas) como partes de la estructura jurídica. Un segundo modelo, es el funcional, que responde a la pregunta para qué sirve o, mejor, qué tipo de aplicación se da a la producción legal en el campo práctico, es decir, “realidad social, comportamiento humano.” (p. 21). Un tercer esquema, lo constituye el enfoque valorativo del Derecho (p. 22), cuyo origen se relaciona con el iusnaturalismo o derecho natural, que busca justificar o

legitimar el derecho. Estas tres tendencias conllevan a que se perciba el derecho como “norma, como hecho o como valor”.

Un cuarto sistema, propuesto por Atienza, presenta el derecho como argumentación. “Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho” (p. 23). Con el avance de las sociedades humanas, cada vez, su nivel de complejidad pareciera ir en aumento, ello ha traído también un progreso de las diferentes disciplinas científicas que estudian el comportamiento humano, entre ellas el derecho. En este sentido, uno de los aspectos que permean el discurso jurídico está, íntimamente, ligado a la resolución de los conflictos e intereses que son puestos en conocimiento de la judicatura. Desde esta óptica, “el Derecho puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos” (p. 31-32). Bajo estas condiciones, las decisiones, llámense sentencias, proferidas por los jueces, deben soportarse en argumentos, es decir, las razones del por qué se falla a favor de cierta pretensión.

Según Atienza, existen dos tipos de razones, la explicativa y la justificativa. La primera, busca dar cuenta del por qué se tomó una determinada decisión, su asidero es más de carácter teórico; la justificativa, “están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta” (p. 32), el planteamiento es de orden práctico. Entonces, la tarea del operador jurídico consiste en tener en cuenta, al momento de la elaboración de una decisión, en que “motivar una sentencia significa ofrecer una justificación..., para cuyo establecimiento se necesita contar con razones explicativas adecuadas” (p. 35).

De otra parte, Atienza (1998, p. 39-50), distingue tres tipos o corrientes que disponen de tratamientos diferentes del tema de la argumentación: la primera, denominada

concepción formal, definen un argumento como un encadenamiento de proposiciones: es un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión”. La condición que garantiza este tránsito entre las premisas y la conclusión “son reglas de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o de corrección de las premisas”. Esta línea es propia de los lógicos.

Una segunda escuela, es la conocida como concepción material. Su centro de atención es el razonamiento jurídico, esto es, “en la distinción usual entre justificación interna y justificación externa”. La primera se refiere a la “validez de una inferencia a partir de premisas dadas”; mientras que la segunda, se relaciona con “justificación de las premisas”. Por último, la concepción pragmática o dialéctica, donde

[L]a argumentación es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas [...] La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma.

Este modelo, el pragmático, funge su desarrollo en la medida que los actores que intervienen en la construcción del discurso, de carácter lingüístico, lo realizan a través de concesiones, esto es, que la disputa o conflicto se realiza mediante la puesta en común de proposiciones que se someten a la aceptación o no de la contraparte, luego de una deliberación proposicional.

Interesa este último modelo expuesto por Atienza, que se relaciona con el tema de la verdad, entendiendo el Derecho como argumentación, en la línea de la escuela pragmática, ya que responde al modelo de verdad como construcción social, donde cada miembro de la comunidad aporta desde su experiencia y vivencia comunitaria, una visión subjetiva de su

propia verdad que se confronta y expurga frente a las demás verdades existente en el colectivo, esto es, en un permanente ejercicio lingüístico de aceptación, consensos y rechazos. No existe una única verdad, sino múltiples verdades, así como de individuos, porque la experiencia de la realidad es subjetiva; por ello, la verdad tiene su origen en el diálogo intersubjetivo, social, donde se apuesta por la discusión racional, es decir la confrontación fundada en argumentos, donde los diferentes discursos permiten construir, en definitiva, la realidad social.

2.2.5 La verdad en el proceso judicial.

Cuando se estudia este tema, necesariamente, trae consigo que se aborde otro, como es el problema de los hechos y la prueba de los mismos dentro del proceso. José Calvo, refiere del carácter antagónico que tiene el debate procesal o “duelo procesal” cuya contienda versa sobre:

[L]a ocurrencia histórica de unos hechos, y en ningún lugar mejor que en él se puede afirmar que los hechos nunca hablan por sí mismos. El Proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en ese sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos, en suma, donde, junto a su presente existencial, también su posible verdad fáctica está desaparecida. (1998, p. 2-3)

De la misma manera, Calvo expone que, la tarea a desarrollarse en el proceso está orientada a un “procesamiento narrativo” cuyo objetivo es reconstruir una verdad con base en la evocación ofrecida a través de unos hechos postulados narrativamente. Así, “el proceso sólo puede prestar y facilitar el cauce ideal, regulativo, y metafactual, en que se confronten argumentativamente, y el “argumento” será el propio artificio narrativo de un relato, las diversas versiones que de aquéllos se postulen”.

El objeto del proceso es, precisamente, determinar la verdad o buscarla, rastrearla en los medios de prueba que cada una de las partes aporta al proceso, cuya finalidad es probar la ocurrencia de unos hechos. Según Michele Taruffo (2005, p. 23), “es habitual pensar que las pruebas sirven para establecer si los hechos relevantes para la decisión se han producido realmente y, en su caso, cuáles de ellos; es decir, para fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen a esos hechos por objeto”. Bajo esta premisa, Taruffo, observa que existen una serie de problemas que “se enriquece con una noción aún más complicada, variable y, en ciertos aspectos, esquiva.”

Un primer obstáculo, es la relación entre lo que se conoce como verdad “judicial” o “procesal”, frente a la verdad que existe fuera del proceso (p. 24). Una de las respuestas a esta situación está dada por la siguiente elaboración:

[H]abría, por un lado, una verdad “formal” (o “judicial” o “procesal”) que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad “material” (o “histórica”, “empírica” o, simplemente, “verdad”) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales.(p. 24)

De lo anterior se desprenden varios cuestionamientos que, en últimas, para la doctrina, como plantea Taruffo, existe una “la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal”(p. 25). Así que el togado encontrándose frente al problema de la relación verdad y proceso judicial, conlleva a que éste indague en las dimensiones, no sólo, intraprocesal, sino también extraprocesales o extrajurídicas. Estas últimas, plantean que el jurista asuma posiciones basado en “elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general” (p. 25), con el fin de tener una visión más integral acerca de la verdad que busca en el proceso.

Un segundo problema, estudiado por Taruffo, “se refiere al lugar que se atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso” (p. 25). El ilustre profesor italiano, relaciona dos maneras claras de resolver esta dificultad. La primera tiene que ver con la posición que establece “que el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda y la determinación de la verdad de los hechos” (p. 25). El soporte de esta afirmación está dada para quienes “sostienen que el proceso sirve para resolver controversias y no para producir decisiones verdaderas” (p. 25). En este orden, el problema de la verdad es excluido como uno de los objetivos a ser alcanzados en el proceso. Taruffo, encuentra una serie de señalamientos a esta posición que la desvirtúan (p. 26-56).

La otra posición contraria a la precedente, tiene que ver con la posibilidad de construir “una decisión sobre los hechos de algún modo verdadera” (56), en el proceso en general y en el proceso civil en particular. Taruffo, deja claro que así como existen inconvenientes con la anterior tesis, frente a esta, igualmente, se erigen problemas de diferente índole.

Uno de estos, consiste en que dicha afirmación, simplemente, se hace sin ningún tipo de fundamento, es decir, “que esta afirmación carezca de justificación o de análisis crítico y se reduzca a una mera petición de principio fácilmente destinada a ser contradicha”

Taruffo, haciendo un recorrido por diferentes teorías filosóficas y epistemológicas en busca de una fundamentación teórica, determina que algunas de las posiciones del realismo crítico, de las que extrae la tesis de la verdad como correspondencia, en su concepción “semántica” de Tarski, como uno de los modelos teóricos que pueden servir para fundamentar “la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos” (p. 59).

Desde esta misma perspectiva, está la posición de Putman, Rorty y Goodman, donde, el primero, “se sitúa en una línea de relativización radical de los sistemas cognoscitivos y de los criterios de verdad”; el segundo, expone que existe una “contingencia del lenguaje”, circunstancia que conlleva a “que también la verdad, como posible carácter de los enunciados lingüísticos y, por tanto, como creación humana, es a su vez contingente, puesto que sólo se puede hablar de ella dentro de un “lenguaje” o de un “vocabulario””(p. 61). Por su parte, Goodman, en la misma orientación de relativización, sostiene que como consecuencia de ella, existen “versiones y visiones distintas del mundo en función de los diversos “marcos de referencia” posibles empleados por los distintos sistemas de descripción”, frente a lo cual la noción de verdad sirve como parámetro de indagación acerca de cuál visión o versión del mundo es aceptable.

Desde el punto de vista ideológico, Taruffo, observa la existencia de diferentes posiciones que también, como se hizo desde lo teórico, puedan servir oportuna y necesariamente a la “búsqueda de la verdad de los hechos”. Para ello, analiza algunas teorías como la teoría del proceso, las procedimentales de la justicia, de la aplicación de la ley y de la decisión judicial, modelos que “son favorables al principio de verdad, y fundamentadas, porque están basadas en teorías aceptables de la verdad y de su “presencia” en el proceso” (p. 71).

Frente a la posibilidad práctica de que la búsqueda de la verdad de los hechos sea posible, Taruffo, da cuenta que existe un problema en la posición enfrentada de la verdad obtenida procesalmente y la verdad por fuera del mismo; hecho que deviene de la regulación jurídica a que está sometido el proceso y que, luego, de analizarla, sostiene que los parámetros legales que rigen el proceso, “no son suficiente para distinguir

sistemáticamente esa verdad [dentro del proceso] de la que se obtiene fuera del proceso” (p. 72), de donde, incluso, se puede constatar que “hay normas que tienden a favorecer la determinación de la verdad histórica de los hechos, previniendo errores o regulando procedimientos específicos de control sobre la veracidad de la prueba” (p. 73).

Ahora bien, Taruffo, después de realizar este recorrido sostiene que dentro del proceso sí se puede alcanzar cierto tipo de verdad y esta, es una verdad relativa, por cuanto es “obvia la observación de que en el proceso no se trata de establecer verades absolutas e inmutables sobre nada y que, por tanto, sólo tiene sentido hablar de verdades relativas” (p. 74). Relativas ya que, primeramente, los instrumentos cognoscitivos presentan límites para determinar la realidad en sí misma y, en segundo lugar, también son relativos los “marcos de referencia”, como lo exponían Rorty y Goodman, en sentido amplio, tiene que ver con el paradigma de realidad desde donde se realiza la búsqueda de la verdad y, en sentido estricto, está en orden a determinar el marco de referencia “constituido por el proceso y las normas que lo regulan”, sujetos a lenguajes y vocabularios procesales propios que orientan “la búsqueda de la versión verdadera de los hechos”, donde se identifican las reglas jurídicas que limitan ese contexto.

Dado lo anterior, Taruffo, concluye que dado la gran cantidad de posibles contextos, esto no implica que cada uno sea impenetrable, sino que los mismos están comunicados y articulados, como también se muestran dependientes el uno del otro. Este escenario permite inferir que si es posible la existencia de vinculación entre la verdad procesal y la extraprocesal, con fundamento en la analogía y “la coincidencia de los respectivos contextos”, razón para “poder hablaren el proceso de determinada “verdad empírica” de los

hechos, alcanzada con los mismos medios cognoscitivos y argumentos racionales que valen para situaciones cognoscitivas extrañas al proceso” (p. 77).

En otro orden de ideas, señala Ana María Torres Chedraui (2013), que la búsqueda de la verdad se establece como uno de los estados de realización de la justicia, en consonancia con la tendencia garantista que “concibe los derechos procesales como garantías de verdad que ayudan al establecimiento correcto de los hechos” (Torres, A. 2013, p. 21); circunstancia que frente a los objetivos del proceso judicial, conlleva se verifique cómo la búsqueda de la verdad, tiene un “lugar que le corresponde en un proceso judicial, pues no puede ser juzgada como un criterio de eficiencia, sino como un valor que junto con la protección de los derechos, legitima el establecimiento del proceso judicial” (2013, p. 22). Calamandrei, citado por el profesor Nattan Nisimblat (2013), apunta en este mismo sentido, cuando afirma que “la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más: es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”.

Sin embargo, el profesor Nisimblat (2011), es claro que frente al problema de la verdad en el proceso judicial, más que hablar de “verdad verdadera” la situación apunta a que el objetivo por alcanzar es en cuanto al grado de “certeza”, ya que la búsqueda de la verdad tiene la connotación de que ésta “es relativa a quien la observa. La verdad no es nada distinto que lo que se percibe, más lo que cree percibir, más lo que se quiere percibir” (2011, p. 210), dejando por sentado que este tema siempre será objeto de discusión y que, frente a la concepción del proceso como un debate de carácter dialéctico, la realidad que se buscará será la “verdad probada, que en suma, será la verdad alegada” (2011, p. 212).

Entonces, qué tipo de concepto de verdad se debe tener en desarrollo del proceso judicial. Una orientación la ofrece, en este sentido, el profesor Dúber Armando Celis Vela (2009), quien sostiene que la “verdad es un propósito difícil de satisfacer de modo pleno en la decisión judicial porque depende de variables no controlables por los sujetos procesales”, esto obedece a que la “verdad es una pluralidad de sentidos e interpretaciones que enriquecen la controversia jurídica, política, científica o filosófica en el proceso” (p. 114).

Lo anterior obedece a que los hechos, en sentido general, “son una estructura abierta porque las proposiciones que los constituyen pueden representar una pluralidad de sentidos” (2009, p. 115), es por ello, que la tarea a realizar consiste en “establecer cuál es el sentido de las proposiciones que los expresan”. Bajo este presupuesto, el profesor Dúber Celis, puntualiza que “[n]inguna proposición, en sí misma considerada, basta para dar por probada la existencia y el sentido de un hecho en el proceso”. Esta circunstancia conlleva a que el proceso se torne en un debate dialéctico, como se decía arriba, ya que las partes deben probar sus pretensiones con fundamento en sus intereses dentro del proceso.

Dúber Celis, expone que otro gran problema en la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, consiste en que la tarea de quien juzga, es sobre la base de lo que aportan las partes, aun cuando él tenga conocimiento en relación con los hechos que investiga, su esfera de conocimiento privado no puede verse involucrada en la decisión; hecho este que dispone que la tarea reconstructiva sea de carácter histórico, falible, por cuanto cualquiera de las versiones sobre los hechos puede ser cierta y habrá que ver cuál es el sentido y significado de las proposiciones con las que se dicen las mismas.

Aunado a lo anterior, existe una serie de condiciones dentro del proceso judicial, como lo relaciona Dúber Celis, como son los términos para la actividad probatoria, la forma

mediática de la prueba, las formalidades procesales, el tipo de conflicto, el sistema procesal, clase procedimiento (escritural u oral), entre otros que comportan talanqueras a que haya un direccionamiento dentro del proceso, cuyo fin conduzca a obtener la verdad, cuando mucho un cierto grado de certeza razonable, ponderada y oportuna en la decisión, cuyo escenario es más propicio para definir que la verdad no es el fin último dentro del proceso judicial, que sin embargo, no se puede renunciar a ésta (2009, p. 117-120).

2.2.6 El Juez: constructor de verdad en el proceso judicial.

El Estado constitucional moderno persigue como uno de sus objetivos, ofrecer a sus ciudadanos un espacio armónico y pacífico, donde puedan realizar a plenitud su proyecto de vida dentro de una comunidad²; por ello cuando surgen disputas al interior de estos núcleos societarios, existe la figura del juez que administra justicia y dirime los conflictos surgidos entre las partes encontradas. Ellos son los encargados de verificar las causas del conflicto, las pruebas que aduce cada uno de los contendores y, luego, de analizar detenidamente las piezas procesales, proferir una sentencia que no es más, que una determinación en favor de alguno de los extremos del negocio jurídico cuestionado. Así, la figura y el papel de “los jueces son una parte necesaria de todo sistema jurídico moderno” (Malem, 1989, p. 5).

La figura del juez, entendido como aquel que tiene poder jurisdiccional, en el sistema colombiano, en un sentido amplio, no sólo cobija a aquellos que son funcionarios

²Obsérvese como en la Carta Política de Colombia, en su artículo 2, en cuanto a los fines esenciales que persigue, dice: “Son fines esenciales del Estado: [...] garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; [...] asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. (Constitución Política de Colombia, 2007: 4)

del poder judicial ordinario, sino también a los particulares que en determinadas circunstancias son investidos y cumplen funciones transitorias como jueces, véase los casos del tribunal de arbitramento, los jueces de paz, la jurisdicción indígena, entre otros.

Hoy en día, se busca que la actuación del juez sea más activa y garantista conforme a los parámetros dispuestos en el Estado Social de Derecho, en cuanto que sus decisiones tienen que estar ajustadas al portafolio de derechos fundamentales, por esto es garantista, así como a las exigencias jurídicas y procedimentales que exige el derecho, esto es una búsqueda razonada y argumentada de la verdad, por lo menos, histórica, dirección que apunta al carácter racional que debe imprimir el juez a sus decisiones (Perea, H. 2012, p. 2).

Como lo expone el profesor Agustín Squarella (2005), no puede decirse que razonan únicamente los jueces que, en el día a día, imparten justicia, sino todos aquellos que celebran actos jurídicos y contratos, legisladores, doctrinantes, juristas, abogados, etc., por lo que son diferentes los niveles en que la exigencia de un razonamiento ajustado a las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y la sana crítica, unido a un riguroso análisis del caudal probatorio del asunto a desatar, ofrecen al juez, los parámetros propios para que aplique un juicio racional a su decisión.

Como se ha visto a lo largo de este estudio, la función primordial del juez es impartir justicia, objetivo que está en consonancia con el deber que le exige de un ejercicio racional, en orden a alcanzar un estándar de calidad en la producción de sus decisiones.

Es ya conocido que el operador judicial desarrolla su actividad instructiva con base en las piezas obrantes en el proceso; donde se exige a cada una de las partes acercar, llevar ante el juez de conocimiento, los medios de prueba con los que se demuestra la ocurrencia de unos hechos, sobre los que se debe realizar el estudio para determinar qué tipo de

normas son las que consagran el efecto jurídico que las mismas persiguen. Así quedó plasmado en el artículo 167 del nuevo Código General del Proceso (CGP).

Bajo las anteriores premisas, el juez se convierte, en su calidad de director, en un artífice importante en el desarrollo del proceso, por cuanto en él recae la responsabilidad de la dinámica del proceso, más aún, con la implementación del sistema de oralidad en las diferentes especialidades de las jurisdicciones, ordinaria y especial. Así, su tarea es dirigida a disponer una actividad probatoria ágil y eficaz, conforme a los términos y disposiciones legales.

En este orden, como se dijo arriba, el juez y las partes tienen el objetivo del esclarecimiento de los hechos. Como verbo infinitivo, esclarecer, conforme la Real Academia de la Lengua Española, tiene varios significados: entre ellos, “iluminar, ilustrar el entendimiento”, “poner en claro, dilucidar un asunto o doctrina”. Así las cosas, esta figuración de “iluminar, poner en claro”, sólo puede estar en dirección a la búsqueda de la verdad. Por ello, esclarecer los hechos no es más que buscar la reconstrucción histórica, en un ejercicio de ofrecimiento de pruebas, verificación de las fuentes de las mismas, contradicción y debate de estas y el señalamiento de la posible y más fiable versión de los hechos, sometidos a escrutinio judicial, precisamente, en lograr alcanzar un acercamiento más depurado de los hechos.

En este estado de cosas, la actividad del juez está orientada hacia la búsqueda y construcción de la verdad en el proceso judicial. Trayendo a colación nuevamente a José Calvo (1998), refiere que, luego, del debate narrativo de confrontación de cada una de las versiones acerca de los hechos, la tarea del juez es componer, una vez terminado el procesamiento narrativo, “la verdad judicial como relato concluyente”, la cual no puede

presentarse ni como “una crónica ni, menos aún, con ofrecer un extracto del conjunto y total narrado”, si no que este “ajuste narrativo”, como tarea del juez, permite la construcción de la verdad judicial como una verdad histórica que se convierte en lo que “juzgamos que “verosímilmente” debió suceder; es decir, una verdad en correlato ni tan siquiera a la “verdad de los hechos contados” sino a la verosimilitud de lo contado por verdad en las varias narraciones sobre hechos”. Así, Calvo (1998), refiere que más que hablar de la búsqueda de la verdad, por parte del juez, éste lo que procura es “dilucidar los hechos de acuerdo a lo narrado”; téngase en cuenta que dentro del proceso debido a su carácter controversial, en él discurren una serie de verdades contendientes o encontradas, cuyo único objetivo, de acuerdo a su “dimensión estratégico-constructiva y destructiva de lo contado”, es que en esa labor del juez, como instancia conclusiva, su relato se ajuste como “aquella definitiva narración “histórica” de la “verdad fáctica””. Así, se produce una acción de infiltración e instalación de “propia petitio narrativa en el relato de la verdad judicial como narración de lo contado por verdad sobre los hechos”.

El problema de este ejercicio surge cuando se presenta un vacío cognoscitivo que no logran solucionar ninguna de las versiones narrativas de los hechos, no se puede ir más allá hasta tanto no se esclarezca dicha situación; este vacío ocurre cuando hay una situación no comprensiva para las partes y, especialmente, para quien debe decidir. Frente a este contexto, el juez debe regular la actividad probatoria mediante la distribución de la carga dinámica de la prueba o, entrar a disponer la práctica oficiosa de pruebas cuando la ley se lo permita.

El doctrinante Pedro Alejo Cañón Ramírez (2013, p. 118), en relación con la carga dinámica de la prueba, señala que, es “el señalamiento de quien soporta el peso *onere u onus probando*, obligación o deber jurídico, necesidad o interés de probar”, de donde la misma persigue un propósito y es que “debe probarse el supuesto de hecho o el conjunto de hechos que lo conforman, sin que sea relevante determinar quién aportó la prueba o de dónde provino aquella”.

2.3 BASES LEGALES

2.3.1 A Nivel Constitucional.

Art. 2: Esta norma relaciona los fines esenciales del Estado colombiano.

Art. 13: Este artículo dispone acerca del derecho a la igualdad tanto material como formal.

Art. 14: Este define el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona.

Art. 23: Determina el derecho de toda persona a presentar peticiones ante las autoridades de manera respetuosa.

Art. 29: Señala que el principio y derecho al debido proceso dentro de las actuaciones administrativas y judiciales. Dentro de estas prerrogativas, se tiene el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que estén en su contra.

Art. 90: Se señala al Estado a través de sus agentes, como causante de daños antijurídicos a sus asociados y por los que debe responder patrimonialmente.

Art. 250: En éste se describen las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

2.3.1 A Nivel Legal

Ley 600 de 2000. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956, de 18 de enero de 2011.

Ley 1564 de 2012. Por la cual se expide el Código General del Proceso. Diario Oficial No. 47.956, de 18 de enero de 2011.

Decreto 2304 de 1989. Por el cual se modifica el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 39.013, del 7 de octubre de 1989.

CAPÍTULO 3

3. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 TIPO Y METODO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación es descriptivo enfocada en el material documental y bibliográfico existente en base de datos, al que se aplicará el método de análisis, tanto de la jurisprudencia como de los aportes de los doctrinantes, desde donde se organizarán los diferentes elementos que componen este ejercicio investigativo.

Para ello, la investigación utiliza un método inductivo analítico, por cuanto analiza, en primer lugar, el texto normativo del CPACA (Ley 1437 de 2011) y el CCA (Decreto 1 de 1984), así como algunas sentencias enfocadas en este asunto de estudio. En este mismo sentido, se tendrán en cuenta los aportes de los diferentes doctrinantes nacionales y extranjeros sobre la materia.

3.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se utilizará como técnica de recolección de información la búsqueda en los registros judiciales, es decir, las sentencias, proferidas, tanto por el Consejo de Estado, como por la Corte Constitucional que tratan esta temática.

3.4.1 Fuentes Primarias.

Para el desarrollo de la presente investigación se cuenta con la información suministrada en cada una de las leyes, expedidas por los órganos competentes y algunas sentencias de los Altos Tribunales, obtenidas de la página oficial de esas Corporaciones en la Web.

3.4.2 Fuentes Secundarias.

Se tendrán en cuenta diferentes fuentes tales como: libros, bases de datos.

CAPÍTULO 4

4. ESQUEMA CAPITULAR.

4.1 SISTEMAS PROCESALES EN MATERIA PROBATORIA.

Existen dos grandes modelos procesales, en materia probatoria, de acuerdo con la aplicación de los principios: inquisitivo y dispositivo y un tercer esquema de la aplicación mixta de estos dos anteriores. La centralidad de estos principios radica en cuanto a que tratan acerca de “la fuente del impulso procesal, primando uno u otro según si este se encuentra radicado en la partes o el tribunal” (Jiménez, T. Pineda, M. & Salmona, F. 2004, p. 6)

4.1.1 Modelo Inquisitivo.

El sistema inquisitivo tiene sus orígenes en la Edad Media, específicamente, en el derecho canónico o derecho de la Iglesia Católica que aplicaba en sus procesos en los tiempos de la Inquisición. Este tenía como lo indica Cañón Ramírez (2014, p. 230) algunos principios que lo definían, como son:

- El poder de investigar, defender, acusar y juzgar se encontraba concentrado en un solo órgano o en una persona.
- Se adelantaba un proceso escrito, secreto y carente de debate oral o público, en materia probatoria.
- Existía el método de la tarifa legal o tasada.
- No había identificación de los testigos que intervenían

En la vida moderna, muchos de estos rasgos judiciales inquisitivos han dejado su huella y permanecen vigentes en muchas legislaciones, como paradigma judicial. Se pueden enumerar algunas características esenciales de este paradigma como son:

- a. El juez tiene la potestad y función de investigar la verdad utilizando todos los medios legales que tenga a su alcance.
- b. Las partes pueden participar dentro del impulso del proceso, pero su inactividad no es obstáculo para que el operador vaya mucho más allá de las pruebas aportadas o pedidas por las partes, y
- c. El juez tiene la facultad oficiosa para iniciar el proceso, así como para decretar y practicar pruebas de oficio. (Devis, 1987, p. 42)

Para entender mejor este modelo se debe traer a colación la definición del principio inquisitivo, esto es, “que el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de activo, por cuanto está facultado para iniciarlo, fijar el tema de decisión y decretar las pruebas que considere necesarias para establecer los hechos” (Azula, 1986, p. 82).

Para el profesor Miguel Enrique Rojas Gómez (2014), la idea de la prevalencia del “interés público en la justicia” (p. 284) denota una imposición u obligación para el operador jurídico que imparte justicia, por cuanto

[E]n función de dicho interés el juez debe estar autorizado para disponer por su propia iniciativa la realización de diligencias encaminadas a reconstruir los hechos, cuando los elementos de prueba aducidos por las partes adolezcan de deficiencias que impedirían aproximarse a la realidad para hacer una acertada aplicación del derecho. (2014, p. 284)

Se infiere de lo anterior, que el juez deba entonces, frente a la posible inactividad probatoria de las partes, enfilarse sus poderes para recaudar el material probatorio necesario con los que pueda efectuar una aproximación a la realidad cuestionada u objeto de la Litis y, así disponer de los elementos necesarios para discernir el sentido de su fallo.

Este mismo autor, explica que si bien el principio inquisitivo no descalifica “la iniciativa probatoria de las partes” (p. 284) pues son ellas quienes pueden tener una mayor posibilidad de acceso, localización y contribución de los materiales probatorios, también es cierto, que existen un sinnúmero de inconvenientes o limitaciones para que las partes

puedan arrimar dichas probanzas; aspectos que conllevan a que el papel protagónico del juez sea más relevante a la hora de recabar estos materiales de prueba.

4.1.2 Modelo Dispositivo.

Siguiendo al profesor Hernando Devis Echandía (1987), el principio dispositivo tiene algunas características particulares que lo identifican:

- “Corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella”
- “Corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez puede ordenarlas de oficio”.
- El juez no tiene participación activa dentro del proceso a diferencia de las partes, “debe atenerse exclusivamente a la actividad de éstas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos”. (p. 42)

De otra parte, Azula (1986), señala que el juez es sujeto pasivo en el proceso, “pues su función se limita a dirigir el debate y decidir la controversia” (p. 81). La disponibilidad del derecho, refiere Azula (1986), “que constituye el tema de la decisión recae también de manera exclusiva sobre las partes”. (p. 82)

4.1.3 Modelo Mixto.

Este paradigma procedimental, simplemente, lo que hace es hacer una combinación de los dos anteriores modelos, dando prelación a uno de estos. Lo anterior indica que ninguno de los dos esquemas prevalece de manera pura o exclusiva en ninguna legislación. Si bien en algunos se da prelación al papel del juez dentro del proceso, las partes tienen el ejercicio exclusivo de ciertas iniciativas, o, en los que las partes tiene mayor prelación, el juez también goza de ciertos poderes, como es la facultad de ordenar pruebas oficiosas “que considere útiles para verificar o aclarar los hechos”. (Azula, 1986, p. 82). En este sentido

“la iniciativa en materia probatoria no solamente emane de los sujetos procesales, sino, también, del operador jurídico” (Peláez, 2015, p. 94).

4.2 ACTIVIDAD DEL JUEZ SEGÚN EL SISTEMA PROCESAL.

Como se ha venido consignando anteriormente, en cada uno de los sistemas procesales, ya sea el inquisitivo, el dispositivo o el mixto, el operador jurídico tiene unas funciones muy determinadas que conllevan a que su papel dentro del proceso pueda verse, o bien de forma activa o, por el contrario, de manera pasiva.

En el sistema dispositivo, Azula (1986) remarca el papel pasivo del juez, por cuanto las partes, quienes debaten sus propios intereses, son quienes llevan la iniciativa desde los orígenes mismos del proceso. A ellos corresponde la presentación de la respectiva demanda, en este sentido, el juez no puede proceder o actuar de oficio para iniciar la litis. Consuno con lo anterior, son las mismas partes quienes ponen en conocimiento del juez el tema sobre el que versará el debate jurídico y probatorio, sin permitir al juez que se aparte de lo fijado por las partes, tanto en la demanda como en la contestación de la misma.

En cuanto a los hechos que se controvierten, corresponde también a las partes poner en conocimiento del juez los respectivos fenómenos o sucesos que sirven de fundamento al conflicto jurídico por resolverse. Aunado a esto, las partes son quienes deben pedir el decreto y práctica de pruebas “tendientes a demostrar los hechos materia del tema de decisión” (p. 81). En este sentido, son las partes quienes deben desarrollar la carga probatoria. Así, “el juez carece de facultad para decretar pruebas de oficio tendientes a establecer o aclarar los hechos materia del debate, limitándose a lo que aparezca de las solicitadas por las partes” (p. 81).

En este orden, el profesor Miguel Enrique Rojas Gómez (2014), al referirse a la titularidad de la iniciativa probatoria en el modelo dispositivo, demarca la tarea del juez, en el entendido que “[n]o es admisible que alguien que se supone completamente neutral y desinteresado, promueva la aducción de pruebas con desconocimiento del poder de disposición de las partes” (p. 283). Más adelante, define cuáles no son tareas del operador jurídico dentro del sistema dispositivo, de donde

[S]e descarta que el juez ordene actividades probatorias que no hayan sido solicitadas por las partes, admita elementos de prueba aportados por los litigantes sin invocación, disponga la práctica de pruebas solicitadas en forma inadecuada o admita las invocadas sin sujeción a las formalidades legales. (p. 283-284)

Tanto Azula en la obra precitada (1986) como Devis Echandía (1987), exponen que el tipo de procedimiento dispositivo está a la medida de las controversias del derecho privado, siendo entonces de aplicación para los casos de derecho civil, laboral, comercial, etc.

En cuanto al procedimiento inquisitivo, de cuño penalista, éste es contrario al planteamiento del modelo dispositivo. El juez es un operador jurídico activo que desarrolla sus tareas de iniciativa e impulso procesal y probatorio conforme haya la necesidad de esclarecer los hechos y definir la verdad sobre los mismos que se investigan. El profesor Peláez Hernández (2015), define este tipo procedimental, señalando que:

[T]iene como particularidad trasladar al funcionario judicial la iniciativa procedimental, se traduce en el hecho de que éste cuenta con plenas y absolutas facultades que le permiten, entre otras cosas, dar curso a la actuación procesal y asumir dentro de ésta una total dinámica que se materializa en la posibilidad de decretar y aportar pruebas. (p. 94)

Rojas Gómez (2014) critica el modelo inquisitivo por cuanto ayuda a suplir las deficiencias de las partes, en cuanto a la tarea de impulso y aporte probatorio al proceso, ya que

En esa dirección el otorgamiento de iniciativa probatoria al juez envilece la importancia de las exigencias formales respecto de las solicitudes de diligencias probatorias y la aportación de elementos de prueba, lo que de suyo aniquila la discusión intraprocesal entorno a la observancia de tales requisitos, pues en todo caso la informalidad puede ser superada mediante la disposición judicial oficiosa de incorporar los elementos de prueba o de ordenar las diligencias inadecuadamente solicitadas. (p. 284)

Otro aspecto que resalta Rojas Gómez (2014), de manera crítica, es que el paradigma inquisitivo conlleva a que desemboque en un proceso parcializado, pues el optar por el decreto y práctica de pruebas oficiosas, dicha posición determina el favorecimiento de alguna de las partes en perjuicio de la otra (p. 284). En cierta medida, esta crítica expone el desequilibrio que se presenta frente a la carga de la prueba, donde debe reinar el principio de igualdad de oportunidades para cada una de las partes que, de cara a la actividad oficiosa del juez produciría un desequilibrio en la balanza. Sin embargo, en la síntesis que ofrece este autor, a pesar de las críticas que deambulan contra el sistema inquisitivo, resulta difícil establecer la intencionalidad del juez al momento decretar y practicar pruebas de oficio, ya que “cuando el juez decide ordenar una diligencia de prueba no puede prever cuál será su resultado y mucho menos advertir a cuál de las partes podrá favorecer” (p. 285).

Peláez, Azula y Devis concuerdan en consignar que este tipo de procedimiento inquisitivo es propio del derecho penal. En Colombia aún prevalece en los distintos procesos penales que se siguen bajo el formato de la ley 600 de 2000.

4.3 ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL CPACA.

Para el estudio de este apartado se necesita segmentarlo, con el fin de dilucidar varios niveles de entendimiento y así lograr una visión integral del papel del juez, en materia probatoria.

4.3.1 Parámetros de acción del juez colombiano.

Antes de entrar a verificar los aspectos centrales de este apartado, es menester dejar claro cuál es la función del juez, su papel en el marco del Estado Social de Derecho, propio de la Constitución de 1991, cuya raigambre está determinada por su visión garantista, promotora y defensora de los derechos fundamentales.

La figura del juez y su función dentro del aparato social es considerada de vital importancia para su desarrollo armónico, por cuanto se trata de un tercero imparcial que en ejercicio del poder y, por ende, de su autoridad por encima de las partes en conflicto, evalúa cada una de las posiciones encontradas y conforme a derecho busca una solución (López, 2013).

En esta línea de razonamiento, en otro fallo constitucional, el magistrado Alejandro Martínez Caballero (1998), al hacer una comparación entre los funcionarios jurisdiccionales y los funcionarios públicos administrativos sostiene que existen algunas características particulares de los funcionarios judiciales frente a los demás, donde se resaltan la “predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces”(Corte Constitucional, C-189). Condiciones que además determinan unas exigencias como que exista un juez natural para el caso sometido a escrutinio judicial, que éste sea ajeno a las pretensiones de las partes en litigio; que debe manifestarse independiente a

cualquier intromisión de sus superiores o de otro poder, en este sentido, debe ejercer su autonomía para tomar y fallar conforme a derecho (Corte Constitucional, C-189).

Corresponde al juzgador articular dos aspectos importantes a la hora de desarrollar la problemática sometida a su estudio. Por un lado, están las reglas que direccionan el proceso, que son las que determinan de una parte, “las normas de organización, funcionamiento y la competencia judicial o la autoridad con potestad jurisdiccional, por el otro, las actuaciones procesales del juez y de las partes, los requisitos y condiciones de los actos procesales y de las cargas procesales” (Patino, D., 2013, p. 669). Junto con las reglas se encuentran, también, los principios que son categorías muy amplias, genéricas, derrotables a diferencia de las reglas, “ya que no regulan de manera exhaustiva los requisitos que se deben cumplir para acceder a la justicia, sino que le es suficiente con fijar la finalidad que se quiere alcanzar” (Patiño, D., 2013, p. 668).

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana en uno de sus pronunciamientos, de manera extensa, determina las tareas del juez, visto desde el nuevo paradigma constitucional de la Carta de 1991, dentro del marco del Estado Social de Derecho:

La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (CP art. 2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho sea aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.

La independencia de los jueces no tiene el significado de privilegio ni de abierta exoneración de responsabilidad. Esa independencia, lejos de ser una invitación a la

arbitrariedad, es el medio que resguarda su autonomía e imparcialidad para poder proferir sentencias justas y conforme a derecho.”(C-486 de 1993)

4.3.2 Algunos principios orientadores de la práctica judicial.

En la práctica judicial se pueden resaltar aspectos, muy importantes, como son la aplicación de los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial, debido proceso e imparcialidad, entre otros, por parte del aparato judicial al momento de construir sus sentencias y dar una respuesta o solución al hecho controvertido y que fuera sometido a la jurisdicción.

Dentro de este espectro de principios, cabe traer a colación el principio de imparcialidad y de impulso procesal, como elementos fundamentales a la hora de entender la problemática y el papel que despliega el juez administrativo dentro del desarrollo del proceso contencioso administrativo.

El principio de imparcialidad determina en el ejercicio de la judicatura que se desarrollen dos acciones, muy importantes, como son: de un lado, que el operador jurídico no tenga intereses personales con ninguna de las partes del litigio, es decir, que sea ajeno a quienes ponen en sus manos a consideración el conflicto y, de otra parte, que éste “ponga en paréntesis todas sus consideraciones subjetivas a la hora de enjuiciar, el juez debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad” (López, 2013, p. 5-6).

Así, la imparcialidad se conecta con el principio de la objetividad, ya que el tercero imparcial debe sujetarse a una posición neutral con respecto a los enfoques asumidos por las partes inmiscuidas en el litigio, puesto que cada una busca defender sus propios intereses y con ello sus exposiciones subjetivas, en este sentido, “la imparcialidad no es

sólo ni principalmente una recta disposición del ánimo de los juzgadores, sino una objetiva posición de estos” (De Oliva, A., citado por López, 2013, p. 9).

En este mismo orden, es menester que el juzgador se aparte de sus propias convicciones, creencias, valores, etc., en otras palabras, que sus posiciones personales queden entre paréntesis y se deje guiar por las normas jurídicas dispuestas para el caso contencioso y así, “sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad” (López, 2013, p. 11).

Fernando López Parra (2013), en su estudio doctoral acerca de la imparcialidad jurisdiccional, señala que el apego a la “voluntad de la ley” se convierte en la garantía “que asegura la independencia necesaria, frente a poderes e instituciones, para garantizar la imparcialidad” (p. 12), por parte del operador jurídico.

En suma, el juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, en condiciones de igualdad de tratamiento para con las partes; esto implica que los jueces y tribunales deben ejercer sus labores de administración de justicia, sin la intromisión, tanto de los demás poderes públicos como de los particulares, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política junto con el derecho de acceso a la justicia (artículo 229) y el derecho a la igualdad (artículo 13), determinan elementos sustanciales que han aplicarse en condiciones de igualdad a las diferentes partes en el proceso, pues ir en contravía resultaría abiertamente contraria a las pautas de la Constitución, ya que cualquier interpretación que privilegie a una de ellas en detrimento de la otra u otras, desdibujan la filosofía de la administración de justicia dentro de un estado social de derecho.

El principio procesal del impulso procesal está relacionado con el principio de oficialidad del proceso, ya que dispone la necesidad y deber del operador jurídico de promover la marcha del proceso, para que éste no se estanque a consecuencia de la inactividad de las partes, en este sentido se busca imprimir celeridad al proceso para que se alcancen los fines del mismo dentro de un término prudencial (Devis, H., 1987, p. 47).

Ahora bien, en esta misma línea, se tienen otros principios que sirven como vórtices para entender la actividad probatoria del operador jurídico dentro del proceso contencioso administrativo, son los relacionados con el principio de la verdad material y la oficialidad o impulso del proceso de oficio.

El apego al principio de la verdad material determina que el operador jurídico debe verificar y constatar plenamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como los actores que participan en la Litis, ingredientes que se obtienen a partir de los diferentes elementos probatorios y que serán las piezas claves para armar el rompecabezas de la sentencia.

Según la profesora Miriam Mabel Ivanega (2012), señala que este principio se encuentra, como muchos otros, incluidos dentro del principio general del debido proceso adjetivo; en este sentido, el principio de la verdad material “supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es” (p. 199). Para la autora citada, la verdad consiste en la fórmula tomasina de la adecuación entre el objeto y la idea o el juicio que se tiene de dicho objeto (p. 200).

En íntima conexión con el anterior principio, aparece el principio de oficialidad que busca “superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica

meramente formal presentada por las partes” (Ivanega, 2012, p. 200). En este sentido, dicho principio apunta a la obtención de la verdad material, mediante un afinamiento de las posiciones de las partes, en cuanto a destrabar las lagunas cognitivas o puntos dudosos u oscuros del entramado judicial sometido al juicio del operador.

La anterior afirmación choca con aquellos que pregonan, desde la preeminencia del principio dispositivo, que es a las partes del proceso a quienes compete aportar todo el material de prueba y someterse a la libre confrontación con su contraparte, en ejercicio del principio de contradicción y defensa. En este sentido, el ejercicio del principio de oficialidad, por el juez, puede conllevar que al desplegar la facultad de decretar pruebas de oficio termine yendo más allá de sus poderes, esto es que “sobrepase los parámetros sobre los cuales la ley enmarca dicha potestad y se provoque una afectación de derechos fundamentales” (Ayala, S., Flórez, M., Sánchez J. & Ángel J., 2012, p.51).

Siguiendo a estos autores, los mismos señalan, muy en concreto, como esta tensión puede inclinar la balanza dependiendo desde donde se analice la tarea del juez:

[S]i el juez aporta una prueba para demostrar un hecho alegado por uno de los intervinientes procesales está relevándolo en el deber de probar los hechos alegados, y con ello incumple su deber de administrar justicia de forma imparcial; mientras si el juez aporta una prueba al proceso con el fin de demostrar un hecho oscuro o sobre el cual no tiene claridad, su actividad no está afectada pues sólo busca tener plena certeza acerca de los hechos, aclarar sus dudas, a fin de motivar la sentencia que debe emitir. (Ayala *et alt*, 2011, p. 51)

El tratadista y profesor Pedro Alejo Cañón Ramírez, expone sintéticamente, las diferentes articulaciones que tiene la prueba de oficio dentro proceso, donde resalta la búsqueda de la verdad, la decantación de las dudas y la aplicación de las herramientas apropiadas para la valoración de la prueba:

En todo caso, la prueba de oficio aparece y se justifica para obtener la verdad, para corroborar versiones, para confirmar o refutar hipótesis, con lo cual, decretada y practicada en sana lógica, se hace iguales a los desiguales, toda vez que la prueba es el elemento del cual se vale el entendimiento para comprobar o verificar la veracidad de un juicio, o lo que es lo mismo, es el elemento que fundamenta un juicio, lo cual depende más de la lógica que de la ley y no de las diversas construcciones del mundo. (2013, p. 117)

En definitiva, el principio de oficialidad del operador jurídico conduce a que haya una combinación de los principios hasta aquí precitados, entre otros, donde fundamentalmente, la operatividad del juez está orientada a que éste se torne activo o inactivo dentro del proceso judicial. Así lo expone el profesor Carlos Enrique Pinzón Muñoz (2015) para quien

[N]o es cierto que un juez silente garantice mayormente la imparcialidad que aquel que activamente cuestiona a los testigos. Si se trata de lograr la convicción judicial, lógicamente debe admitirse que participe activamente en la producción probatoria, especialmente cuando dentro de la práctica persuasiva aparezcan dudas que necesariamente deberá resolver en ese mismo instante, lo que de ninguna manera lesiona los derechos de las partes, sino por el contrario efectiviza el valor de justicia y la racionalidad de la decisión. (p. 29-30)

4.3.3 Aspectos principales de la prueba.

Si bien los problemas fundamentales de la prueba judicial se siguen circunscribiendo a los mismos interrogantes (qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y cómo se evalúa la prueba) (Parra, s.f.), los mismos están articulados dentro del proceso al accionar de las partes como del mismo juez que adelanta la causa.

Como se sabe, el operador de conocimiento, del caso en concreto, tiene la obligación de proferir una sentencia que ponga fin al litigio entre las partes; esa declaración judicial es el mismo Estado quien la pronuncia, pero para que ella sea aceptada su soporte argumentativo debe ir sostenido por el andamiaje probatorio, es decir, los distintos elementos materiales de prueba, “material de prueba que las partes del proceso deben

suministrar en las oportunidades legales, pero que también puede ser incorporado al mismo por iniciativa y orden del juez” (Ayala *et alt*, 2011, p. 53).

Se tiene entonces, que la prueba es el centro de atención dentro del proceso, pues ella sirve de criterio de confrontación entre la tesis argumentativa, desde lo jurídico, y la realidad, pues es a través de éstas que el planteamiento elaborado por el juez, esto es la parte motiva de la sentencia, haga posible la obtención de la verdad material de lo sucedido que dio origen al problema, que se convirtió en litigio y terminó en un estrado judicial buscando una posible solución.

De otra parte, la Corte Constitucional, haciendo un análisis en materia laboral, en cuanto al debido proceso y su incidencia en la estructura probatoria de los procesos, vio la necesidad que la misma debía guardar unos mínimos de garantías en esta materia, tales como:

i) [E]l derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso. (Barrera, A., 2000, C-1270)

Por ello, la importancia de las pruebas, la oportunidad para solicitarlas o presentarlas, su decreto y práctica, en todo procedimiento, ya sea judicial o administrativo, es evidente. Tanto las partes como el operador jurídico, a través de una vigorosa actividad probatoria, pueden alcanzar un conocimiento cercano a la realidad de los hechos. Sólo así podrá el derecho, en cabeza del operador jurídico, mediante la aplicación de las normas jurídicas

pertinentes, dar respuesta a los asuntos controvertidos, en sede administrativa o judicial, sujetándose al derecho sustancial.

Ahora bien, conviene hacer unos análisis más profundos al tema de la prueba. La prueba tiene varios elementos que la definen y consisten en las respuestas a los siguientes interrogantes: cuál es su objeto de la prueba, qué define su tema de aplicación; cuál es el fin de la prueba; en qué consiste la pertinencia y la conducencia de la prueba, además, quién está obligado a probar o como bien se conoce quién tiene la carga de la prueba.

En cuanto al objeto de la prueba, se tiene que consignar que este no tiene una discusión pacífica entre los especialistas del área. En términos generales, puede afirmarse que el objeto de la prueba radica en los hechos o fenómenos que se buscan esclarecer en el proceso, ya sean pasados o presentes y sobre los cuales se efectuará una reconstrucción a efectos de establecer su existencia real, así como su incidencia y modalidades de intervención en la vida humana (Cañón, P., 2013, p. 157-160). Esta idea la concretizan aún más los autores Ayala *et al* (2011), para quienes “los hechos que interesa probar, son aquellos que tienen estrecha relación con la cuestión material del proceso” (p. 54).

Aquí es importante señalar las apreciaciones que hace el eminente procesalista Michele Taruffo (2005), quien consigna que los hechos si bien son los objetos utilizados para probar, estos no se pueden desligar del mundo, del contexto jurídico, por cuanto:

[E]n el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto. (p. 90)

Determinando aún más la idea de hecho, desde su valor y posición dentro de lo jurídico, más precisamente en perspectiva probatoria, el profesor Pinzón Muñoz (2015) lo define como:

[E]l resultado de la selección que hace cada una de las partes, y el éxito frente a su proposición o enunciación es lo que determina la realidad dada en el proceso que en últimas constituye el hecho a probar o el objeto de la prueba que valorado por el juez encuentra repercusión jurídica en la sentencia. (p. 13-14)

En cuanto al tema de prueba, ligado muy estrechamente al objeto de la prueba; en este sentido, cabe decir que aquí se tiene que verificar qué tipo de hechos deben probarse y cuáles “no pueden o no deben ser probados por disposición legal” (Cañón, P., 2013, p. 160). En este orden, se apunta es “hacia lo que verdaderamente interesa en el caso concreto por ser el asunto de controversia [...] aquellas que se relacionen con el asunto en litigio y que servirán para dirimir el problema jurídico” (Ayala *et alt*, 2011, p. 55). Puede predicarse entonces que el tema de prueba consiste, en la identificación de los hechos relevantes desde lo jurídico, esto es, el hecho a probar en el caso concreto a raíz de las enunciaciones hechas por las partes y que son sometidos a un procedimiento de verificación, mediante la reconstrucción del hecho histórico, objeto de la litis, (Pinzón, C., 2015, p. 12-13).

La finalidad de la prueba está dirigida, *grosso modo*, a indicar que ésta busca “alcanzar la verdad, o reconstruir el hecho tal y como supuestamente ocurrió” (Ayala *et alt*, 2011, p. 57). En este sentido, el fin de la prueba, está relacionado con la valoración de la misma, ya que el juez tiene la tarea de poner valor a cada prueba y con ellos precisar si, en verdad, tuvieron ocurrencia mediante la ratificación de los fenómenos por las piezas probatorias o, por el contrario, son desvirtuados por las mismas (Cañón, P., 2013, p. 197-198).

Cuando se dice alcanzar la verdad se hace alusión a la verdad material, por encima de todo formalismo procesal; en este sentido, el juez debe construir y tener certeza acerca de la ocurrencia de los hechos, de modo que se muestre convencido por la demostración que se obtiene de las pruebas. Aspectos que se verán reflejados en la construcción de la sentencia.

En cuanto a la conducencia y pertinencia de la prueba, se tiene que decir que con el primer concepto se denomina la afinidad que tiene el elemento probatorio con el asunto o el tema que se quiere probar; así las cosas, “las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso so pena de que el juez rechace *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas” (Cañón, P. 2013, p. 102). Devis Echandía (citado por Ayala *et alt*) sostiene que existen dos requisitos para determinar la conducencia de una prueba donde se remarca la raigambre legal de la misma:

- 1) Que la prueba solicitada esté autorizada por la ley, y que no se encuentre prohibida, tácita o expresamente, por norma legal.
- 2) Que el valor probatorio de la prueba solicitada no esté excluido por una norma legal, en razón de que esta norma exija una prueba especial. (2011, p. 60)

En relación a la pertinencia, ésta se refiere a la idoneidad del medio probatorio utilizado, esto es que en verdad, la pieza probatoria aporte algo al tema del proceso, al objeto de la litis, “que la prueba solicitada debe tener vinculación con los hechos y las pretensiones” (Ayala *et alt*, 2011, p. 62).

Ahora bien, en cuanto al tema de la carga de la prueba, Devis Echandía (citado por Ayala *et alt*, 2011), señala que la carga de la prueba “determina cuáles hechos de los que integran el tema de prueba, debe probar cada parte y le indica al juez de qué forma debe

fallar cuando no encuentra demostrado un hecho determinante de la solución jurídica que debe adoptar” (p. 55). Más aún, Cañón, refiere que una situación riesgosa para la parte que teniendo la obligación de probar los hechos, no lo hace, conduce a que el objeto de la Litis no encontrándose probada conduzca a la pérdida del caso (2013, p. 123). En este mismo sentido, el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié (2004), consigna que si bien la ausencia o la insuficiencia del material probatorio no conlleva a que el operador jurídico no pueda fallar de fondo, si dará los motivos suficientes para que no se falle a favor de las pretensiones del actor que no observó con diligencia su obligación de probar los hechos, objeto del litigio (p. 2-3).

De otra parte, frente a la carga de la prueba denominada “carga estática” y ajustándose a una distribución de las cargas, esta nueva situación es una excepción a dicha obligación de probar. Se trata de la carga dinámica de la prueba que consiste propiamente en que “la carga [de probar] se desplaza hacia quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo” (Palacio, 2004, p. 8). Así el juez tiene la potestad para exigir a la parte, que esté mejor posicionada frente al material probatorio y lo deba allegar al debate judicial.

Este mismo autor refiere la posibilidad de “hablarse de una carga procesal en el juez” (2004, p. 5), conforme al desarrollo del principio de distribución de las cargas probatorias, más precisamente, en cuanto a la necesidad de la prueba, ya que si en determinado momento del desarrollo procesal se encuentra “un punto negativo de convicción, delante de un punto oscuro o dudoso, deba [el juez] hacer llegar al proceso los medios que eliminen dicha duda” (2004, p. 5).

De lo anterior, podría decirse que si bien cada una de las partes dentro del proceso tiene una carga probatoria, desde la concepción “estática”, otra es la que se debe realizar

desde la carga “dinámica”, cuando esta corresponde a quien esté en mejores condiciones de aportar la prueba y, por otro lado, la actividad probatoria que puede desempeñar el juez que, si bien, la sustentación de su accionar es la búsqueda de la verdad, no está exento de cierta carga probatoria en el itinerario del proceso.

4.3.4 Características generales del régimen probatorio en el nuevo CPACA.

El área del derecho administrativo, hoy, cuenta con un renovado Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011, que sin embargo, no deja de estar sujeto a las anteriores prácticas que estaban dispuestas en el Código de Procedimiento Administrativo (C.P.A.) contenido en el Decreto 001 de 1984, por cuanto aún son muchos los procesos que están pendientes por fallo y que vienen siendo tratados por el sistema de escrituralidad, teniendo en cuenta que las diferentes etapas procesales desde la presentación de la demanda hasta la sentencia se realizan de manera escrita.

En la construcción del nuevo CPACA y el texto terminado del mismo, se pueden describir varios elementos que caracterizan este nuevo estatuto legislativo. Siguiendo a Jesús Enrique Caldera Infante (s.f.), éste define una serie de líneas propositivas que orientan este nuevo trabajo legal. En primer lugar, el campo del derecho administrativo como muchos otros, son cobijados por la acción constitucionalizadora del derecho, es decir, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1991, se produjo un efecto dominó, en el que cada especialidad del derecho se tuvo que someter a un proceso de permeabilización, es decir, los diferentes campos del derecho se adaptaron a los profundos cambios que trajo la Carta Política, en materia de derechos fundamentales, garantías y

principios que conformaron ese nuevo portafolio axiológico bajo una nueva visión del Estado colombiano.

El segundo aspecto, que propone el autor, tiene directa incidencia en campo del derecho probatorio, es la utilización de las tecnologías de información y comunicación (TIC), con ello se incorporan los diferentes avances tecnológicos en materia de ofimática, con los cuales se produce un acercamiento entre los usuarios del sistema judicial y la administración de justicia. Esto se ve reflejado en lo dispuesto en el art. 216 del CPACA.

En tercer lugar, se encuentra una articulación entre el sistema inquisitivo y el dispositivo, produciendo un sistema mixto en el nuevo CPACA “que conjuga elementos escritos y orales” (p. 2). Esta mixtura trae consigo una serie de nuevas prácticas, que tiene su incidencia en el régimen probatorio, que si bien tiene su propio apartado (Parte II, Título V, Capítulo X, arts. 211-222), el nuevo estatuto administrativo ofrece diferentes momentos de regulación probatoria a lo largo de su articulado.

En este punto, importa traer a colación los aspectos generales que caracterizan la oralidad del proceso, movimiento que como lo explica el Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, entraña unas pretensiones que intentan superar el “viejo procedimiento” (2012, p. 255) y que se sintetizan así:

a) [O]btener la “**inmediación**”; es decir, una relación directa, personal y pública entre el órgano decisor por un lado y las partes, testigos y demás fuentes de prueba por otro; b) **libre valoración de la prueba**, basada en la observación directa de los elementos probatorios por parte del juez en la audiencia pública; c) **concentración** del procedimiento en lo posible en una **audiencia**, o en pocas audiencias orales, mantenidas a poca distancia temporal la una de la otra, preparadas en una fase preliminar en la cual la escritura no es necesariamente excluida. d) rapidez en el desarrollo del proceso. (p. 255) (negrillas propias del texto)

Este mismo autor, luego de hacer unas precisiones sobre las particularidades de la oralidad, matiza que la misma está, íntimamente, ligada con el momento probatorio en la audiencia, ésta define el proceso de convencimiento que construye el operador frente a los hechos y a las pruebas a través de la palabra, así como la inmediatez del juez, espectador activo que escucha y toma nota del ejercicio contradictorio desarrollado por las partes e intervinientes dentro de la audiencia (p. 256).

Conforme lo regula el art. 179 del CPACA, las etapas del procedimiento contencioso administrativo están distribuidas en tres niveles, acompañados de sus respectivas audiencias como son:

1. La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.
2. La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y
3. La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.

Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

Siguiendo las voces del Magistrado Garzón Martínez, (2012), expone otra característica, que bien es una prolongación de otra que ya se traía entre el C.P.A. Y EL Código de Procedimiento Civil, como es el principio de integración en materia probatoria entre el CPACA y el nuevo Código General del Proceso (CGP). Aquí se tiene que señalar que el CGP vino entrando en vigencia de manera gradual, aspecto que tuvo plenitud a partir del 2014. Por citar un ejemplo de la aplicación del principio de integración normativa, se encuentra en el concepto de la carga dinámica de la prueba no está expuesta en el CPACA, por tanto, por integración normativa se aplica el art. 167 del CGP. Como se dijo arriba, la

carga dinámica de la prueba tiene como objetivo una redistribución de la carga procesal de la prueba o como se denomina también, carga inversa de la prueba; así,

[E]l juez traslada al inicio del litigio la obligación de demostrar la verdad de lo alegado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte y con independencia de quien haya alegado el hecho dentro del proceso. (Caldera, s.f., p. 6-7)

Otro aspecto en el régimen probatorio, es lo expuesto en el art. 212, que refiere a las distintas oportunidades procesales en las que se puedan solicitar, practicarse e incorporarse al proceso las pruebas, tanto en primera como en segunda instancia, donde se definen las circunstancias explícitas para evitar “las pruebas de “último momento””, pues ello debilitaría el ejercicio de contradicción y “la correlativa certeza jurídica para las partes e intervinientes” (Pabón, 2014, p. 289).

El art. 214 del CPACA, regula acorde al último inciso del art. 29 de la Constitución Política del 91, lo que tiene que ver con la exclusión de toda prueba que haya sido obtenida con violación al debido proceso, será nula de pleno derecho. Sin embargo, en aplicación de un “criterio de restricción relativa [...] se concluyó que las pruebas que no tuvieran una relación directa e inmediata con una prueba ilegal podrían poseer plena potencialidad demostrativa” (Pabón, 2014, p. 292).

En consonancia con la producción jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto a la nueva valoración probatoria de las copias aportadas al proceso, el art. 215 del CPACA, acogió dicho criterio que buscaba desalojar prácticas de “inequidad procesal” (Caldera, s.f., p. 17) frente a los postulados y garantías procesales constitucionales. Si bien el inciso primero de dicho artículo fue derogado, por integración normativa con el CGP, el art. 246,

dispone que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original” con las excepciones legales que haya en contravía.

Otra determinación en el campo probatorio es el que viene normado en el art. 217 donde se arguye sobre el valor probatorio de la declaración de los representantes legales de las entidades públicas sin importar el nivel o el régimen jurídico al que pertenezca, en donde la confesión de aquellos no tendrá validez. Sin embargo, el juez podrá pedir al representante que por escrito rinda un informe bajo juramento, sin que el mismo constituya una confesión, so pena de acarrear con las sanciones previstas.

Frente a la prueba pericial, el CPACA se ocupa del mismo en los arts. 218 a 222, ofreciendo todo un marco sobre esta materia, en cuanto a su oportunidad para presentarlo por las partes o para que sea ordenado por el operador jurídico; el debate oral, contradictorio ajustados a las reglas definidas y de acuerdo a la complejidad del dictamen; los honorarios del perito en cuanto al momento de fijar los honorarios cuyo referente serán las tarifas oficiales que sin embargo, pueden apartarse de ella dependiendo de la especialidad y complejidad del dictamen.

4.3.5 Iniciativa probatoria del juez según el CPACA.

Seguidamente, se hace un análisis de la situación que tenía regulada las pruebas de oficio, conforme al Código Contencioso Administrativo – Decreto 001 de 1984 que luego fue modificado por el Decreto 2304 de 1989.

Texto original del Decreto 1 de 1984:

ARTICULO 169. PRUEBAS DE OFICIO. En la primera o única instancia y antes de ordenar los traslados para alegar, podrá el ponente decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el establecimiento de la verdad.

Tales pruebas deberán practicarse en el término extraordinario que se conceda y que no podrá exceder de diez (10) días.

En la segunda instancia sólo podrán decretarse pruebas de oficio, por una sola vez, con el fin de aclarar los puntos dudosos de la contienda.

Contra los autos que se dicten en desarrollo de este artículo no procederá recurso.

Este artículo deja claro que sólo se permite el decreto de pruebas de oficio en primera o única instancia y en segunda por vía excepcional. El objetivo de las mismas es aclarar los puntos dudosos de la contienda, en búsqueda de establecer la verdad de los hechos.

ARTÍCULO 169. Modificado por el art. 37, Decreto 2304 de 1989. En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

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

La redacción del artículo en esta modificación de 1989, trae nuevos elementos que su primigenia elaboración había concebido en el Decreto 01 de 1984. Primeramente, extiende la posibilidad del juez para decretar pruebas de oficio en cualquier instancia procesal. Segundo, se mantiene el criterio teleológico de la búsqueda y esclarecimiento de la verdad de los hechos (dilucidar puntos oscuros o dudosos) en litigio que conduzcan al convencimiento del juez quien, en últimas, debe fallar. Tercero, el decreto de las pruebas de oficio se hace en conjunto con las que soliciten las partes; sin embargo, si éstas no solicitan pruebas, el juez tiene la posibilidad de decretar sus propias pruebas, sólo hasta el vencimiento del término de fijación en lista.

Si bien el nuevo CPACA acoge dentro de su filosofía un amplio espectro del sistema dispositivo, no deja atrás algunas tareas propias del sistema inquisitivo. En este orden, el nuevo estatuto otorga un amplio margen de acción a las partes, para que sean ellas quienes aporten y construyan los diferentes medio probatorios que se alleguen al proceso judicial, dentro de las oportunidades legales que las mismas tienen.

El problema surge cuando las partes no han cumplido con dicha “facultad procesal” (Garzón, 2012, p. 260) (garzón, 2014, p. 466) y, más aún, cuando el no cumplimiento de esta labor probatoria deja vacíos, lagunas cognoscitivas o asuntos poco claros, con cierto grado de duda, que entran un acercamiento a la realidad material de los hechos, objeto del litigio.

El CPACA en su artículo 213 define el poder del operador jurídico en materia probatoria al regular las “pruebas de oficio”:

ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, de oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta.

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones de este artículo para determinar los alcances del mismo:

El primer inciso de este artículo define tres aspectos: primero, las pruebas de oficio se pueden decretar en cualquier instancia; segundo, las pruebas de oficio se deben decretar

y practicar al unísono con las que piden las partes, esto significa que si las mismas no piden pruebas no se pueden decretar las de oficio y, tercero, la finalidad que persigue el decreto de las pruebas de oficio es el esclarecimiento de la verdad.

El segundo inciso, registra lo siguiente: primero, nuevamente se establece que en cualquier instancia se pueden practicar antes de dictar sentencia. Segundo, remarca nuevamente el objetivo de la búsqueda de la verdad, en cuanto con ellas se busca dilucidar, esclarecer los puntos oscuros o difusos de la contienda y. tercero, el término para su práctica dentro del proceso.

El tercer y último inciso, regula otros eventos que acompañan la práctica de pruebas de oficio: primero, en ejercicio de los principios de contradicción y defensa, el legislador dispuso que las partes, frente al decreto de práctica de pruebas de oficio, puede solicitar otras pruebas, por una sola vez, a efectos de contraprobar lo que se haya dispuesto de oficio, en este sentido, la prueba solicitada debe tener una relación directa con las pruebas de oficio decretadas por el juez. Seguidamente, se fija el término de diez (10) días a partir del auto que las decreta para que se lleve a cabo su práctica.

Ahora bien, frente a la realidad que plantea la prueba de oficio, establecida como una facultad-deber, en cabeza del operador jurídico, resulta pertinente clarificar varios aspectos:

1. El carácter subsidiario de la prueba de oficio: la carga de la prueba dispone que las partes procesales que intervienen están en la obligación de aportar los medios probatorios que soporten los hechos alegados que encuadren en el efecto jurídico que persiguen dentro del proceso. Así lo regula el artículo 103, último inciso del CPACA, que señala que “[q]uien acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en

cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.” Lo anterior en concordancia con el artículo 162, numeral 5. del CPACA que consigna los diferentes requisitos que debe contener la demanda contencioso administrativa que dice “5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso éste deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.” Así la prueba de oficio sólo tendrá su operatividad en el sentido que allegadas las piezas probatorias por las partes y definido el problema jurídico, objeto de la litis, el juez como director del proceso está obligado a direccionar el aparato judicial en procura de hallar la verdad de los hechos cuestionados. Esto es que si existen zonas oscuras o poco claras acerca de los hechos sometidos a la valoración probatoria, en aras de una decisión soportada racional y objetiva, éste debe decretar las pruebas necesarias para encontrar esa verdad de los hechos cuestionados, como parte de su tarea diligente, proactiva e imparcial dentro del proceso.

2. La prueba de oficio frente al principio de la buena fe: Éste último es una consigna de carácter constitucional según el artículo 83 Superior, “[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes éstas”. Ahora bien, ¿qué alcance conceptual tiene este principio de la buena fe? Según Pedro Alfonso Pabón (2013), existen dos orientaciones de este principio, en sentido lato, significa “sujeción a la verdad de toda la actuación pública” y, un alcance más subjetivo, “es la creencia, convicción o conciencia de obrar conforme a derecho” (p. 92). Conforme a lo anterior, la prueba de oficio persigue la búsqueda de la verdad material y objetiva de los hechos,

materia de controversia, que frente a la esencia del principio de la buena fe, armonizan el entorno procedimental y sustancial, en cuanto su objetivo común gira alrededor de la verdad. Así las cosas, núcleo de desarrollo de la prueba de oficio está ligado a este principio, en cuanto transita y debe ajustarse a la búsqueda y obtención de la verdad, sin desapego al camino recto y a la intención única de obtener ésta.

3. La prueba de oficio frente a la no petición de pruebas de los sujetos procesales: esta circunstancia se circunscribe a la petición de las partes ante el operador jurídico para que éste, de manera oficiosa, decrete la práctica de pruebas por fuera de las etapas procesales pertinentes, esto es, agotada la oportunidad para presentar las probanzas por parte de los sujetos procesales, éstos podrían solicitar al juez para que él las ordene y practique de manera oficiosa, teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad y utilidad de la prueba solicitada. Así que si las partes sólo se sujetan a las pruebas obrantes en el proceso el juez no podrá expandir, a mutuo propio, las piezas probatorias, pero eso sí, podrá decretar prueba de oficio, circunscribiendo la misma únicamente a los hechos probados dentro del expediente, en donde resulte algún tipo de no claridad para el conocimiento del hecho alegado, por ello, aquí vale decir que la idea de la búsqueda de la verdad única, material, es más que una justificación para respetar la iniciativa del juez en la formación de las pruebas. Bajo este paradigma, la prevalencia de lo sustancial, entendido como el ejercicio del derecho del debido proceso apegado al establecimiento de una justicia material y el derecho a la administración de justicia por parte de los asociados, no chocan con el ejercicio de los poderes del operador judicial, pues la máxima de su ejercicio es alcanzar la verdad material que le permita administrar justicia, ofreciendo la oportunidad a cada una de las partes para ejercer sus derechos de aportar las pruebas que consideren necesarias y el

poder controvertir o contradecir las pruebas en su contra, conforme a los cánones constitucionales y legales que regulan la misma.

De otra parte, siguiendo el estudio de los preceptos legales, otro poder adicional relacionado con la práctica de pruebas de oficio, consiste lo regulado en el art. 176 del CPACA:

Artículo 176. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA Y TRANSACCIÓN. Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad. En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y **decretar pruebas de oficio** cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso. Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso de transacción. (negritas fuera del texto)

El acto procesal de allanamiento en este caso se aplica a los asuntos donde se discuten derechos conciliables. El mismo conlleva a que haya una “aceptación expresa de las pretensiones formuladas en la demanda, o en su caso, en la demanda de reconvención. Implica el sometimiento a las pretensiones de la demanda, abandonando actitudes expresas de defensa u oposición” (Pabón, 2014, p.246).

Si bien puede haber allanamiento por parte de la entidad pública demandada, una vez dicho evento pasa a conocimiento del juez de la causa pueden darse dos situaciones: una que éste sea aprobado y se dicte sentencia de conformidad con los parámetros de las pretensiones aceptadas o reconocidas a favor del demandante; sin embargo, la otra realidad que puede suscitarse es que, luego, de ser cuidadosamente estudiadas las condiciones bajo las cuales se dispone el allanamiento, por parte del operador jurídico, éste advierta algún

tipo de anomalía como fraude o colusión y entonces decida rechazar el allanamiento o la transacción hecha entre las partes o, también que su no aprobación sea solicitada por un tercero interviniente en el proceso.

Acaecida la segunda hipótesis el Estatuto Procesal Contencioso Administrativo, se otorga facultades probatorias al juez, para que éste proceda a decretar pruebas de oficio y determine los pormenores del tipo de irregularidad que pudieron poner en peligro los intereses del Estado, así como el patrimonio público y, decida de fondo la aprobación o no del respectivo allanamiento o la transacción.

El anterior análisis es importante, como quiera que en el Decreto 001 de 1984, en su artículo 218, no se contemplaba esta tarea oficiosa de parte del juez en caso de ser rechazado el allanamiento y transacción frente a la demanda. Como tampoco lo hizo la reforma en el Decreto 2304 de 1989.

Conclusiones.

Se hizo un análisis de los diferentes sistemas procesales como son el inquisitivo, el dispositivo y el mixto. Desde la perspectiva procesal, el primero hace preponderancia en la actividad del juez, mediante su desempeño oficioso, especialmente, en el decreto y práctica de las pruebas de oficio. El sistema dispositivo enfatiza el rol de las partes en el proceso quienes son los ejes principales del mismo, ya que de su accionar depende el éxito de sus pretensiones e intereses buscados a través de la presentación y solicitud de pruebas ante el operador jurídico, quien simplemente es un observador de la contienda. El sistema mixto es una combinación de los dos anteriores, donde en algunos casos, uno de los sistemas tiene cierta relevancia pero sin desconocimiento del otro.

Se logró hacer un acercamiento a las funciones del juez en cada uno de los sistemas procesales arriba mencionados. En el sistema inquisitivo, el juez desarrolla una tarea proactiva dentro del proceso, pues es quien está atento al impulso procesal y, en especial, al recaudo probatorio, mediante el decreto de las pruebas de oficio. En cambio, en el sistema dispositivo el juez son las partes quienes tienen la facultad de aportar y solicitar las pruebas que son de su interés en la Litis, circunstancia que delimita la acción del juez a, simplemente, declarar a quien pertenece el derecho discutido.

Hecho un estudio de las incidencias del papel que juega el operador judicial, conforme a las disposiciones del CPACA, se encontró que este estatuto procedimental contencioso administrativo responde a la tarea de permeabilización constitucional de cada una de las áreas del derecho colombiano, a partir de la promulgación de la Carta Política de

1991, donde se da una prelación relevante a una nueva visión de Estado Social de Derecho con fundamento en un portafolio de derechos y garantías fundamentales. En este sentido, el CPACA, siguiendo los derroteros de la modernización del aparato judicial, ha hecho la opción por el desarrollo del proceso contencioso administrativo aplicando el principio de la oralidad y la publicidad dejando de lado la preeminencia del proceso escritural, pero sin abandonar algunos momentos de soporte escritural en el desarrollo del mismo.

En este orden, se desarrollaron algunos elementos fundamentales en torno a la temática de la prueba judicial, teniendo en cuenta los algunos principios que caracterizan la misma en este nuevo enfoque, como la búsqueda de la verdad, la objetividad, el impulso procesal, la oficialidad, entre otros. De igual manera, se estudiaron aspectos básicos de la prueba como el objeto de la prueba, el tema de la misma, la carga de la prueba en su aspecto estático y dinámico, que sirven como ingredientes descriptivos para entender el papel de las partes y del juez en el desarrollo del proceso.

Ya en materia del papel protagónico del juez, en cuanto a la iniciativa probatoria conferida por el nuevo CPACA, se debe concluir que, por un lado, el sistema procesal asumido por este nuevo régimen procesal contencioso administrativo hace una mixtura entre el inquisitivo y el dispositivo, ya que confiere participación activa tanto a las partes como al operador judicial en el campo probatorio. El juez es investido de una facultad poderosa, como es el decreto y práctica de pruebas de oficio, cuya única finalidad es el esclarecimiento de la verdad; aspecto que conlleva a que, en el caso del allanamiento o la transacción, pueda determinar si hubo algún tipo de conducta ilícita por parte de los representantes de las entidades del Estado, a partir de la posibilidad de presentarse el fenómeno de la colusión o de fraude, aspectos que se configurarían o no, luego, de la

actividad oficiosa probatoria del operador jurídico, procediendo entonces a su aprobación o rechazo mediante la respectiva decisión de fondo.

Bibliografía.

- Ayala, S., et alt. (2012). “Alcance de la facultad del juez al momento de decretar pruebas de oficio, de conformidad con la jurisprudencia de la sala civil de la C. S. J. años 2005 a 2010”. En *Temas Socio-Jurídicos*, Vol 30, No 62 (2012) Descargado de: <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=viewArticle&path%5B%5D=1757>
- Atienza, M. (1998). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Azula, J. (1986). *Curso de teoría general de proceso*. 3ª. Edición. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches.
- Blanco, C. (1999). El problema de la verdad. *Universidad de Castilla-La Mancha, España*. Descargado de internet <http://www.uclm.es/ab/educacion/ensayos/pdf/revista14/141.pdf>
- Caldera, J., (s.f.). *Breve análisis del régimen probatorio, Nulidades e incidentes en el nuevo código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Disponible en internet: <http://nuevagobernanza.com.co/documentos/2.pdf>.
- Calvo, J. (1998). La verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo). En *Verdad [Narración] Justicia*. Universidad de Málaga, España. Disponible en internet: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/verdadjudicial.pdf>
- Cañón, P. (2013). *Teoría y práctica de la prueba judicial. Legislación–Doctrina Jurisprudencia 1887 – 2012*. Bogotá: Ecoe.
- Celis, D. (2009). La verdad de los hechos en el proceso judicial. *Criterio Jurídico*, 113-121.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1437, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, (11 enero 2011). Descargado de www.secretariassenado.gov.co
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto extraordinario 2304, Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo, (07 octubre 1989). Descargado de www.secretariassenado.gov.co
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1, Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, (10 enero 1984). Descargado de internet en www.secretariassenado.gov.co

- Devis, H. (1987). *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*. Tomo III. 12 Edición. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Ferrater, J. (2001). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel S. A.
- Gaitán, L. (2010). La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes? *Derecho Privado*. Descargado de http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri84.pdf
- Garzón, J. (2012). Principales modificaciones al régimen probatorio en el Código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo (CPACA). En Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (Ed), *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Guías procesales de casos típicos)*. (p. 245-296). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en internet: <http://ejrlb.net/content/modulo-de-formacion-el-juicio-por-audiencias-en-la-jurisdiccion-de-lo-contencioso>
- (2014). *El nuevo proceso contencioso – administrativo. Sistema escrito – Sistema oral. Debates procesales (Ley 1437 del 18 de enero de 2011)*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Ivanega, M. (2012). El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo, en *AIDA*. Descargado de internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art6.pdf>
- Jiménez Murillo, R. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, 2(67), 189-206. Consultado en internet <http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2947/3514>
- Jiménez, T. Pineda, M. & Salmona, F. (2004). *Aspectos generales de la prueba y medios de prueba*. Descargado de internet: <http://es.scribd.com/doc/55439170/Maturanazo-VIII-Aspectos-Generales-de-La-Prueba-y-Medios-de-Prueba#scribd>
- Klingler, C., & Vadillo, G. (2001). *Psicología Cognitiva, estrategias en la práctica docente*. Bogotá: McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- Lifante, I. (2012). *Universidad Autónoma de México*. Recuperado el 10 de Febrero de 2014, de http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/tres_ambitos.pdf
- Nisimblat, N. (2011). *Los medios de prueba en particular*. Bogotá: Nisimblat abogados & Cia. Disponible en internet: http://nisimblat.net/images/LIBRO_DERECCHO_PROBATORIO_-4.pdf

- Pabón, P., (2013). *Constitución política de Colombia. Esquemática*. 2ª. Ed. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- (2014). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Esquemático*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Palacio, J., (2004). *Derecho procesal administrativo. La prueba judicial*. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Parra, J., (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Patiño, D. (2013). La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. *Rev. Facultad. Derecho y Ciencias Políticas – Universidad Pontificia Bolivariana*. 43(119), pp. 655-703. Descargado de internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a06.pdf>
- Perea, H. (2012). *Valoración de la prueba científica en Colombia y su relación con el conocimiento privado del juez*. Universidad de Medellín. Disponible en internet en: <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/helver-perea-cuesta.pdf>
- Pérez, J. (2005). “*Las pruebas de oficio en un Estado Social de Derecho*”. Descargado de internet: <http://www.icdp.co/revista/articulos/31/Juan%20Francisco%20Perez.pdf>
- Pinzón, C., (2015). *La prueba de la responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Ruíz, L., (2007). *Valoración de la validez y la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosóficos-políticos*. Descargado de internet en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/2402/1955>
- Rojas, M. (2014). Iniciativa en la actividad probatoria. Prueba de oficio y carga dinámica en el CGP. En ICDP (Ed.), *Código general del proceso. Ley 1564 de 2012 con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP*. (p. 281-294). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal - ICDP.
- Squarella, A. (2005). Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales. *Revista de Derecho* Vol. XIX - Nº 1 - Julio 2006, p. 277-292. Disponible en internet: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art15.pdf>
- Taruffo, M. (2003). Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de derecho (Valdivia)*, 15, 205-213. Recuperado en 25 de noviembre de 2015, de

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-09502003000200010.

(2005). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

(2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 12(2), 95-122. Disponible en internet:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122006000200005.

Torres, A. (2013). *Verdad procesal y derechos humanos: un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción penal internacional* (Tesis doctoral), Universidad de la Coruña, España). Recuperado de <http://hdl.handle.net/2183/15937>

Vargas, G. (2003). *Tratado de epistemología*. Bogotá: Ediciones San Pablo.