

# **INFORME FINAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

## **LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

**MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
INVESTIGADORA**



**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34  
MEDELLIN  
2019**

**LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL  
PROCESO Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN  
EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN LA  
ACTIVIDAD PROBATORIA**

**MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO**  
Investigadora

**Trabajo de Grado para Optar al Título de Magister en Derecho Procesal  
Contemporáneo**

**Orión Vargas**  
Asesor



**UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34  
MEDELLIN  
2019**



## TABLA DE CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	
	<b>Pagina</b>
1. Título	<b>6</b>
2. Planteamiento del tema	<b>7</b>
3. Planteamiento del Problema	<b>10</b>
3.1. Descripción del Problema	<b>10</b>
4. Formulación del Problema	<b>13</b>
5. Marco Teórico	<b>14</b>
5.1. Capítulo I. Revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.	<b>14</b>
5.1.1. Esquemas o regímenes procesales	<b>15</b>
5.2. Capítulo II. Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente.	<b>25</b>
5.2.1. La Prueba de Oficio	<b>25</b>
5.2.2. Finalidad de la Prueba de Oficio	<b>28</b>
5.2.3. Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código General del Proceso	<b>28</b>
5.2.4. Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código de Procedimiento Penal	<b>39</b>
5.2.5. Papel del Juez dentro del proceso	<b>54</b>
5.2.5.1. Desde el Código General del Proceso	<b>55</b>
5.2.5.2. Desde el Código de Procedimiento Penal	<b>58</b>
5.2.6. Cuadro Comparativo de la Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código General del proceso y Código de Procedimiento Penal	<b>60</b>
5.2.7. Derecho Comparado	<b>63</b>
5.2.7.1. La prueba de oficio-Procedimiento Civil - Código de General del Proceso	<b>63</b>
5.2.7.2. La prueba de oficio-Reglamentación Procedimental Penal	<b>70</b>
5.2.8. Evolución e Historia del Sistema Procesal Civil en Colombia	<b>73</b>
5.2.9. Evolución e Historia del Sistema Acusatorio en Colombia	<b>75</b>
5.2.10. Objeciones y Críticas frente a la Aplicación de la Prueba de Oficio	<b>78</b>
5.3. Capítulo III. Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica.	<b>83</b>



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

5.3.1. Epistemología	84
5.3.2. La Prueba	94
5.3.3. Derecho a la prueba	110
5.3.4. Función de la Prueba	127
5.3.5. La verdad en el Proceso	131
6. Objetivos	141
6.1. Objetivo General	141
6.2. Objetivos Específicos	141
7. Propósito	142
8. Hipótesis	143
9. Metodología	144
9.1. Tipo de Estudio	144
9.2. Diseño de Plan de Datos	144
9.2.1. Gestión del Dato	144
9.2.2. Obtención y Recolección del Dato	144
9.2.3. Control de Sesgos	144
9.3. Plan de Análisis – Procesamiento del Dato	145
10. Resultados	146
11. Conclusiones	154
12. Recomendaciones	160
13. Ética	162
14. Bibliografía	163
15. Lista de Anexos	168



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

## LISTA DE TABLAS

**Tabla No. 1.** Cuadro Comparativo de la Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código de General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

1. **Título:** La prueba de oficio y su aplicación en el Código General del Proceso y Código de Procedimiento Penal: una visión epistemológica del deber y la prohibición de decretarla en la actividad probatoria.

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

6



## 2. Planteamiento del tema:

Cada individuo que conforma nuestra sociedad se ve obligado en su diario vivir a cohabitar con otros, que tienen pensamientos, comportamientos e intereses distintos, los mismos que han generado entre siglos conflictos entre ellos; los cuales han sido el detonante para crear mecanismos de solución que minimicen las diferencias que surgen entre las personas dentro de la humanidad. Es así como desde la misma creación del Estado como órgano principal de nuestra sociedad se da puerta abierta a la creación de Estatutos, normas, leyes, etc., organismos reguladores, y el más importante el surgimiento del proceso que regula todos los procedimientos y actuaciones de las partes, cuando todo aquel que considere que exista una controversia o disputa con otra, pueda acudir a los órganos jurisdiccionales con el fin de darle solución a ella. Lo que hoy conocemos bajo la imagen del derecho procesal que rige todas las operaciones en las cuales exista la intervención del estado, para darle solución a los conflictos internos que se generen entre los individuos y garantizar un equilibrio con el funcionamiento del Estado. Dicho poder jurisdiccional está en cabeza de los funcionarios jurisdiccionales que tienen el deber y el objetivo de solventar de manera apacible y decisiva las controversias.

Con relación a lo anterior, profundizamos en que toda disputa nace de una polémica, no meramente judicial, sino inclusive fáctica, es decir, los intervinientes tienden a exhibir sus altercados en relación a las vicisitudes propias que conforman un cerco factico que genera una práctica preceptiva determinada. Consecuentemente, el derecho probatorio trata de compensar con ese contenido de trifulca el requerimiento por las semejanzas por medio de mecanismos o herramientas que neutralicen la restricción del juicio humano.

Continuando con este perfil racional, Michele Taruffo propone que cualquier disputa germina de indiscutibles hechos y se fundamenta en ellos, que tales efemérides son combatidas por las partes y, por consiguiente, esa disputa debe ser solventada por un tribunal que debe buscar la salida de esa discusión sobre los hechos impulso de aquel altercado.

En otros términos, el derecho probatorio brota de una divergencia hermenéutica con respecto a los hechos, para lograr la instalación de una realidad o probabilidad concerniente a ellos, mediante unos instrumentos jurídicos. (Ferrer, 2015, pág. 62)

Los hechos fuente de controversia entre las partes en conflicto son los que dan como resultado el perfeccionamiento del proceso, donde un ente imparcial llamado



juez resolverá el asunto en disputa; a través de la intervención y formulación de sus apreciaciones, exhibiendo los fundamentos sobre los mismos. Cuyos fundamentos son considerados en el mundo procesal como la figura de la “Prueba” que es calificada como un derecho fundamental dentro del proceso.

El derecho probatorio es la norma que se ocupa de los acontecimientos restituidos, creados por las partes, de simples hechos generalmente distinguidos y acontecidos en el pasado (judicial o extraprocesal), comenzando con unos acervos probatorios eficaces apreciados en la legislación, para conseguir la convicción del Juez. (Ferrer, 2015, pág. 62)

Para unos escritores, la prueba es un soporte vital del juicio que se vinculan entre sí para su perfeccionamiento, pues sin la primera no puede subsistir la segunda y viceversa; así se han referido frente al tema:

- Concluyentemente, no hay juicio sin acción probatoria. (Ferrer, 2015, pág. 19).
- No existe el mínimo efecto, que incumba al derecho o que sistematice los compendios y cauciones en el proceso, cuyo argumento se registre en el sistema de la prueba, es su refuerzo espinal: que profundiza el conocimiento, que recubre el proverbio público según el cual “poseer el derecho es comprobarlo”. (Carvajal, 2009, pág. 22)
- Y, por último, ninguno ha combatido la jerarquía de la prueba, incluso el espacio de que ha sido apreciada como el “impulso del proceso”, proporcionada en el continuo acontecimiento que se asume en la sentencia. (Gómez, 1994, pág. 103)

Considerando la prueba como una de las fases más sustanciales del juicio que nutre al juez de conocimientos necesarios para tomar una decisión justa y en equidad. Pero ese deber de probar como principio primario está a cargo de las partes que son las que tiene el deber legal de darle ese discernimiento o grado de certeza al juez, sobre las vicisitudes acaecidas, sin embargo, como principio accesorio, nace la figura de la prueba de oficio, que rige bajo la potestad del magistrado cuando se necesite precisar, o no haya claridad suficiente frente a ciertas situaciones objeto del conflicto procesal.

La prueba compone esencialmente al derecho procesal en todas las ramas del derecho llámese Derecho de Procedimiento Penal, Derecho Procesal del Trabajo,





MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Derecho de Procedimiento Administrativo y Derecho Procesal General, etc. No en todas estas castas, el legislador opto por estipular autoridad al juez de poder intervenir en el decreto de pruebas de oficio.

Mediante esta investigación se pretendió estudiar básicamente las potestades de oficio emanadas del juez, mediante la aplicación de la prueba de oficio, dentro del Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal, desde una perspectiva epistemológica; determinar los fundamentos sustanciales intrínsecamente del deber-poder del juez al interior de la Ley 1564 de 2012, al determinar las pruebas de oficio, cuando sean ineludibles para aclarar las efemérides esencia de la disputa y desde el ámbito normativo de la Ley 906 de 2004, respecto de la exclusión tajante de la misma para el juez de conocimiento.

Siendo enfáticamente el colofón principal determinar la prueba de oficio desde una visión epistemológica de su deber y prohibición. Con el fin de establecer si su aplicación o inaplicación al interior de la actividad probatoria, afecta su finalidad epistemológica en el proceso judicial. Dicho estudio se abordó desde un perfil cualitativo donde se buscó explicar las razones desde un punto comparativo ya que se fundó en la disertación de dos procedimientos jurisdiccionales con diferencia objetiva y teórico-analítica, frente a la recolección y acumulación de información en libros, artículos de revistas jurídicas, códigos, bases de datos, sentencias de las altas cortes, bibliotecas científicas, trabajos de grados, indagaciones sobre el tema, etc. que cumplió en ultimas con los objetivos trazados en esta investigación.



### 3. Planteamiento del Problema:

#### 3.1. Descripción del Problema:

Algunos autores definen la prueba de oficio como la: “herramienta que le permite al Juez, durante el desarrollo del proceso, aclarar hechos y consolidar el acervo probatorio para la definición de la sentencia” (Guerrero, 2010, pág. 4).

Inicialmente el Código de Procedimiento Civil (1970) que tenía una presencia en nuestra legislación desde el 6 de agosto de 1970, mediante el Decreto 1400, la Sección Tercera, Régimen Probatorio, Título XIII Pruebas, Capítulo I Disposiciones Generales, está regulaba la prueba de oficio, en el artículo 179 y 180 así:

Artículo 179. Prueba de Oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o **de oficio** cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

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

Artículo 180. Decreto y Practica de Pruebas de Oficio. **Podrán** decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso”. (Presidente de la República de Colombia, 1970)

Anteriormente, el legislador en el Código de Procedimiento Civil, le otorgaba al juez la facultad de decretar pruebas de oficio cuando las considerará útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; o en su efecto, el juez “podrá” decretar o practicar pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y subsiguientemente, antes de fallar. Posterior a esta normatividad, el legislador le concedió al juez una obligación que está expresada actualmente en la Ley 1564 de 2012, del 12 de julio



de 2012, por medio de la cual se expide el Código de General del Proceso y se dictan otras disposiciones, en su sección tercera, Régimen Probatorio, Título Único, Pruebas, Capítulo I, disposiciones generales, en el artículo 169 y 170:

Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o **de oficio** cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

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

Artículo 170. Decreto y práctica de prueba de oficio. El juez **deberá** decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes. (Congreso de la Republica de Colombia, 2012)

Como resultado, de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se denoto un cambio sustancial normativo frente a la prueba de oficio; evidenciándose en, primer lugar, que el juez no actúa respecto a su decreto cuando las crea útiles, sino cuando obligatoriamente sean totalmente útiles, para la comprobación de los hechos conexos con los alegatos de las partes.

En segundo lugar, frente al decreto y práctica de pruebas de oficio, las mismas que ya no "**podrán**", sino que "**deberán**" ser decretadas cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Y en la Ley 906 de 2004, se expidió el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Congreso de la Republica de Colombia, 2004), que tipifica la Prohibición de la prueba de oficio, en su artículo 361 que establece:

"Prohibición de Prueba de Oficio. En ningún caso el Juez podrá decretar pruebas de oficio".



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Analizando lo anterior, se evidencio que en unos de los preceptos jurídicos la prueba de oficio es un deber inculcado al Juez y en el otro se establece una prohibición al mismo para su aplicación.

Estando frente a estos dos esquemas procesales, por un lado, desde el punto de vista del Código General del proceso, con tendencia mixta inspirado en el sistema dispositivo, donde las partes son las que impulsan el proceso, y rasgos del sistema inquisitivo, bajo los poderes de instrucción probatoria y de dirección del juez y por otro, el Código de Procedimiento Penal, con un esquema procesal con tendencia acusatoria, donde separa las funciones de acusación y juzgamiento.

Siendo notable que las dos legislaciones expedidas y ejecutadas en nuestro país tengan fundamentos distintos frente a la actividad probatoria al momento de decretar pruebas de oficio.

Un asunto muy complicado a la hora de estudiarlo, ya que se han generado debates alrededor de este tema, debido a que existen muchos pronunciamientos de doctinantes frente al fin u objetivo fundamental de la prueba de oficio judicial al interior del proceso.

Por un lado, si la prueba es aquella que permite al juez mediante su ejecución, darle un grado de certeza al momento de decidir o fallar. Sobrellevarnos hacia la averiguación de la verdad. O en su defecto si por medio de la prueba decretada de oficio por el juez, dirige al mismo a impulsar la balanza en favor de alguna de las partes, violando el principio de imparcialidad dentro del proceso. O, por otro lado, la actividad probatoria del juez frente al conflicto, lo dirigiera presuntamente, a que exima a las partes de su carga probatoria. Cuál sería el fin último de la prueba de oficio dentro del proceso reglado ya sea por el Código General del Proceso o Código de Procedimiento Penal dentro de nuestro país. La aplicación o inaplicación de la prueba de oficio al interior de la actividad probatoria, afecta la finalidad epistemológica de la prueba en el proceso judicial. Estas son algunas de las premisas en las cuales se basó la presente investigación.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

#### **4. Formulación del Problema:**

¿Desde una visión epistemológica es plausible la aplicación de la prueba de oficio al interior de la actividad probatoria en el Código General del Proceso y Código de Procedimiento Penal Colombiano?



## 5. Marco Teórico:

**5.1. Capítulo I.** Revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.

### Introducción

Dentro de la normatividad que rige al interior de nuestro país ya sea en materia laboral, administrativa se plasmara un estudio concertado frente al estudio de la prueba de oficio tanto en el Código General del Proceso y el Código Procesal Penal, respectivamente, a partir, de su deber y prohibición respectivamente.

Dentro del régimen que ostentan nuestros ordenamientos procesales, en el Código General del Proceso, por un lado, se vislumbran dos técnicas de formulación de pruebas al interior del proceso, por un lado, la formal que está a cargo de los individuos procesales y la obligatoria a cargo de la autoridad judicial que es la de oficio (Artículo 169 y 170 del Código General del Proceso). Dentro de las reglas legalmente constituidas, este deber legislativo otorgado a los empleados judiciales no es de carácter absoluto, ya que, su ejecución depende del escenario en que reglamentariamente se considere necesaria su intervención procesal. Sin dejar de lado, la responsabilidad legal que recae sobre las partes de probar cada una de las circunstancias y situaciones que dan origen a cada una de sus pretensiones y alegaciones dentro del procedimiento.

La acción probatoria incumbe tanto a las partes como al juez, es responsabilidad para las partes la estipulación de la prueba y la labor de alcanzar su obra, en cambio, para el juez, está a cargo el poder de admisibilidad y valoración de las pruebas, decretando la práctica de los acervos presentados por las partes o las que de oficio crea ventajosas al asunto.

Por otro lado, en el Código de Procedimiento Penal, se le concede imperiosamente ese deber de aportar pruebas, al ente acusador, en cabeza de la Fiscalía, y asociadamente, a la víctima y Ministerio Público, pero impidiendo categóricamente al juez de conocimiento decretar la práctica de pruebas de oficio en la etapa preparatoria (Artículo 361 del Código de Procedimiento Penal).

Descripto lo anterior en este capítulo estudiaremos todos y cada uno de los sistemas procesales que se destacan en nuestros ordenamientos normativos,



específicamente el Código General del Proceso y Código de Procedimiento Penal: régimen dispositivo, inquisitivo, acusatorio y mixto. Su origen, naturaleza, ejecución, características y determinar desde su funcionalidad las fuentes de aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.

### **5.1.1. Esquemas o regímenes procesales:**

---

En esta etapa con el fin de nutrir y cumplir el desarrollo del primer objetivo específico de esta investigación, conoceremos lo que son los esquemas o regímenes procesales que rigen nuestros procedimientos jurídicos, los cuales se dividen en 4 prototipos a conocer así:

- El Sistema Dispositivo, históricamente es el más antiguo dentro de la clasificación, impero en la antigua Grecia y Roma, gracias al individualismo existente, expreso en la resolución de conflictos. Así las partes disponían libremente de su derecho de discusión y método empleado para su realización. Se define de libre disposición, debido a que las partes eran las que disponían de su derecho a discutir libremente, en cuanto al método de discusión y de cómo se debía conducir esa discusión. Luego, las partes eran las únicas que impulsan el proceso, fijaban la litis, aportaban las pruebas necesarias para confirmar o desmentir argumentos y finalizaban el proceso por el medio que consideraran más idóneo.

El Juez carecía de actuación alguna que diera impulso al proceso, su deber era seguir y acatar todo hecho propiciado por las partes, como únicas con poder de impulsión en la actividad procesal. Sin distinción a la etapa procesal de la cual se hiciera referencia, el juez, sería pasivo durante la totalidad del proceso. (Guerrero, 2010)

Por consiguiente, las codificaciones determinadas en las compilaciones legales, en seguida, de la Revolución francesa e incluso ingresando al siglo XX, estaban representadas en un conocimiento privatista e individualista de los fines del proceso. A esta visión los escritores la entablaron como “principio dispositivo”, para recalcar la idoneidad de los demandantes de apropiarse de la instrucción, la promoción y la culminación del proceso civil; con él que se examinaba exclusivamente en el amparo de derechos de entorno particular. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)



Entre otras características históricas se destacan:

- El proceso solo podía ser iniciado por el particular interesado. Nunca por el juez.
- El impulso procesal solo era iniciado por las partes. Nunca por el juez.
- El juicio era público salvo casos excepcionales.
- Existía la identidad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor y demandando.
- El juez era un tercero que como tal, era imparcial (no parte), ecuánime (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibía órdenes) de cada uno de los contradictores. Por lo tanto, el juez era persona distinta de la del acusador.
- No preocupaba ni interesaba al juez la búsqueda esforzada y a todo trance de la verdad real, sino que, mucho más moderada pero efectiva; procurando lograr el mantenimiento de la paz social, fijando hechos litigiosos para adecuar así el cumplimiento del mandato de la ley.
- Nadie intentaba lograr la confesión del demandado, pues su declaración era un medio de defensa y no de prueba, por lo que se prohibía su provocación.
- Correlativamente, se exigía que, cuando la parte deseaba declarar espontáneamente, lo hiciera sin mentir. Por tanto, se castigaba la falacia.
- Se prohibía la tortura.
- El imputado conocía siempre de que se le acusaba.
- El imputado conocía quien lo acusaba.
- Se identificaban quienes eran los testigos de cargo.
- Garantía plena de la libertad civil para el demandado. (Velloso, 2005, págs. 156-157)





La Honorable Corte Constitucional, destaco este esquema procesal, como aquel que correspondía a las partes, iniciar el proceso con el planteamiento de los hechos y normas jurídicas que serían objeto de análisis judicial, impulsarlo mediante la intervención activa en las actuaciones judiciales y aportar todos los elementos probatorios al proceso. Este sistema ha sido tradicionalmente utilizado en la justicia civil. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

El dominio del proceso en este sistema esta únicamente discreto para las partes, incumbiéndoles únicamente a ellas el adiestramiento de su ejercicio, estableciendo el asunto indeterminado e instituyendo los caudales probatorios que protegieran sus presunciones judiciales. Conforme con lo antepuesto, las nociones procesales de este método se despliegan primordialmente en función del beneficio íntimo de las partes (principio de iniciativa de parte, principio de oportunidad, etc.) el juez, en este régimen, redime ese título paciente.

En conclusión, este régimen ha configurado los códigos a partir del liberalismo clásico, incluso a inicios del siglo XX, bajo un pensamiento privatista e individualista de los objetivos del proceso, donde se faculto a las partes para iniciar, impulsar y llevar hasta su terminación todos los procedimientos judiciales. El sistema dispositivo confiere a las partes el imperio del procedimiento y el juez no efectúa ninguna función activa en el perfeccionamiento del proceso, sino en la concesión, al instante de resolver una disputa. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

- El Sistema Inquisitivo Puro, este sistema es originario de la Europa Cristiana, remontándonos a los años mil. El patronato de la inquisición medieval germina del Concilio de Verona año 1184, que permitía a los pontífices a inspeccionar las poblaciones y a reputar herejes. Hacia el período 1215, en probidad del Concilio de Letrán, se eligieron jueces pesquisidores o inquisidores especiales. Este fue el inicio de la creación de tribunales inquisitoriales, como el del Santo Oficio. Con el tiempo este tribunal no solo calificaba violaciones frente a la fe herejía, sino también, contra las buenas costumbres y otros deberes clericales. Este proceso solamente lograba ser inducido de oficio, esto es, por el juez, y primeramente, se definió por ser escrito y privativo. Ahora bien, para el año de 1480, el tribunal de la inquisición española procedía como en asuntos sacerdotales como de magistratura civil.



El Régimen Inquisitivo, se describía por tener un poderío exclusivo a cabeza del juez, encargado de elaborar y avivar cada uno de los períodos procesales, conformándose este, como investigador, acusador y juzgador.

Las particularidades primordiales del procedimiento se centralizaban en el que el juez, era en conclusión, aquel que ejecutaba todas las acciones procesales.

Consecuentemente, el propio juez se facultaba de instruir oficiosamente o por acusación el proceso, de hacer la investigación, elaborar el acervo probatorio y, en último lugar, luego de investigar, incriminar y probar, era quien juzgaba e imponía sentencia. En consecuencia, el juez se afino como el todo del proceso, el sujeto activo, mientras que las partes se mostraban neutrales en relación a este sistema procesal.

La prueba de oficio, como corolario del régimen inquisitivo, se fija de forma concreta en el artículo 65 de la Instrucción del Marques de Gerona de 1854. Subsiguientemente, en la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855, artículo 48, se ahondo en la diligencia del juez y se esclareció que la prueba de oficio era una potestad, más no obligación de aquel. (Guerrero, 2010)

El distintivo tradicional más preciso del sistema inquisitivo, es la concesión que ejercita el Estado en la actividad judicial. El Estado promueve y falla los procesos, y lo hace por interludio de un juez activo, con extensas potestades para incidir en las necesidades de las partes y simultáneamente, para alcanzar los fines perseguidos por el Estado. El juez se reserva la facultad de indagar-investigar por su cuenta los hechos, sustento del conflicto, porque busca ineludiblemente establecer una verdad real satisfactoria para el Estado. Es pues el sistema inquisitivo, un sistema propio para concretar asuntos en los cuales el Estado tiene intereses creados. Entre las distintas características más significativas del principio inquisitivo se destacan:

- La admisión de los procesos pertenece de oficio al Estado, por intermedio del órgano judicial.
- El poder jurisdiccional solo extraordinariamente procede por cuenta propia.
- El impulso del proceso y el veredicto corresponde, equivalentemente, al Estado.



- El juez debe tramitar todos los acervos de prueba imperiosos para garantizar una realidad absoluta y material de los hechos.

Inquisitivo es un vocablo que se afilia, en consecuencia, por los procedimientos medievales, concretamente los penales, cuando en el siglo XII, se adoptó la indagación como un mecanismo suficientemente poderoso para obtener una verdad real que admitiera cobrar multas, hacer confiscaciones y, oportunamente, fortificar la adquisición del imperio y conservar para las clases dominantes estabilidad económica. (Carvajal, 2009, págs. 251-252 y 255)

Este sistema está conexo con el procedimiento Constitucional, Penal, Laboral y el moderno Proceso Civil. El mando de este proceso está en cabeza del Estado. El proceso ya no solo es comprendido como un componente de solución de conflictos intersubjetivos, con suerte se transforma en el medio para lograr la paz social en justicia. La labor del juez se hace eficaz sin que se disminuya la categoría de la diligencia de las partes. En avenencia con este método se despliegan los principios de orientación judicial del proceso, impulso de oficio, intermediación, concentración, socialización, entre otros. El juez, como conductor del proceso, se apodera de oficio de investigar los hechos en su aspiración de conseguir la verdad real, en relación a la verdad procesal. (Grados, 2010, pág. 22)

La Corte, determina este esquema procesal como aquel en el que incumbe al juez la investigación y juzgamiento de los comportamientos censurables penalmente, por lo que puede proponerse que la exploración de la verdad y la justicia es una clara responsabilidad judicial; es de naturaleza adversarial, lo que enuncia es que en el espacio del proceso penal, los sujetos son contendores que se desafían ante un juez ecuánime en una discusión en el que uno y el otro les corresponde ingresar con iguales utensilios de agresión y amparo. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

En conclusión, este modelo se define por un movimiento protagónico del juez y accesoria de las partes, en el que el juez indaga la verdad, relegando del dinamismo de las partes. Por proporción, alcanza a formarse oficiosamente el proceso, fijar pruebas de oficio, promover o regir el proceso y manejar cualquier contorno que indague la exploración de la verdad. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

- Regímenes con propensión acusatoria - acusatorios especiales, en los cuales se diferencian y apartan las fases cognoscitiva y valorativa del



hecho, por lo que la averiguación de la verdad de lo acaecido no está en cabeza del juez y, con base en ello, a él atañe forjar justicia en el tema textual. Entre una de las características propias de este sistema se encuentra, las evicciones somáticas de disociación entre juez, imputación, las herramientas de oralidad, publicidad y contradicción en la constitución de la prueba. El principio de igualdad de armas, compone una de las tipologías esenciales de este sistema penal de predilección acusatoria. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

Este sistema, se rige por ciertos principios procesales y la aplicación de reglas relativas, tanto en la sustancia como en la configuración externa del proceso penal; no se satisface con la separación acusador – juzgador, ni con la imparcialidad en el enjuiciamiento a que este atiende. Entre sus distintos principios se destacan: el de contradicción, igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la reformatio in peius, y, así mismo, el principio acusatorio. El Sistema Procesal Acusatorio presume entonces una escala de principios y reglas que adicionadas proveen como consecuencia la alineación total del proceso.

La estructura del sistema acusatorio predomina la pasividad del juez, como garantía en todo el proceso de imparcialidad e independencia, al resolver los distintos requerimientos del acusador público, que pueda afectar los derechos del investigado o imputado. Por tanto, su fundamento reposa en la necesidad de garantizar al justiciable la imparcialidad del órgano encargado de su enjuiciamiento. Presupuesto obligatorio y antecedente para la ejercitación práctica de las demás garantías fundamentales. Dicha imparcialidad del juez, en cualquier etapa del proceso en el que este interceda, investigue, preliminar o preparatoria y de juzgamiento, se ve impulsada por la pasividad que referente a los requerimientos de la Fiscalía le demanda un esquema acusatorio. El juez constantemente actuara como un pasivo arbitro que ejerce solo ante y en relación a las exigencias de las partes. (Vega, 2013)

- Los regímenes mixtos, es aquel en que se despojan compendios de ambos esquemas extremos, por lo que la disputa hacia la ilegalidad, la averiguación de la verdad y la elaboración de la justicia material son compromisos compartidos entre autoridades judiciales y administrativas. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Cuando el asiento teórico que sobrellevaba el estándar dispositivo hizo crisis (liberalismo clásico, igualdad formal, individualismo), fue el centro de rigurosas críticas y se pasó a forjar el proceso como una herramienta de naturaleza pública, se insistió en la ocupación del juez como “longa manus Estado”, comisionado de velar la salvaguarda de los derechos, en específico ante “la creciente necesidad de orientación e inspección por parte del tribunal sobre el procedimiento y el requerimiento de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa”. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Surgiendo en Europa, la publicización del proceso, un prodigio que buscaba censurar el enorme individualismo y el menoscabo de igualdad material entre las partes que asistían a la justicia estatal a solucionar sus apremios. La primera contribución de este nuevo sistema residió en indicar que si bien era seguro que en los procesos jurídicos se luchaba y precisaban derechos individuales, igualmente lo era que la humanidad, en su conjunto, poseía un beneficio legítimo en conseguir soluciones equivalentes, conformes con la realidad y justas. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)

Dándose camino en aquel momento a la consumación de modelos mixtos que define los métodos procesales actuales, cada uno de los cuales, como es original, muestra sus correctas especialidades. En estos se discurre que el proceso implica además una utilidad pública, por lo que es sensato conceder al juez potestades justificantes y de impulso procesal con intenciones a avalar una efectiva igualdad entre las partes y alcanzar la verdad real.

Los modelos con una guía procesal civil acumulan ciertos axiomas tanto del régimen dispositivo, destacando ciertas peculiaridades del mismo así:

- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Todo proceso se crea a interés de las partes.
- La obligación de probar este cargo de aquel que asevere hechos que especifiquen su petición o a quien los objete citando distintos hechos.
- El juez no debe disipar ultra petita o extra petita.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

- Siempre y cuando se haya dictado sentencia de segunda instancia, las partes pueden en su efecto conciliar en cualquier momento del proceso, entre otras. (Grados, 2010, pág. 22).
- El juez no debe aleccionar de oficio. (nemo jure sine actore).
- Los hechos que los individuos procesales no hayan aportado al proceso no pueden ser tomados como medios de prueba por el juez. (quod non est in actis non est in mundo).
- El juez le corresponde poseer como innegables los hechos en que las partes queden en arreglo (ubi partis sunt conoerdes nihil ab judicem).
- El juez no puede penar, a más, ni a otra cosa, que la solicitada en la demanda (en eat ultra petita partium). (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Como también posee vestigios del régimen inquisitivo, distinguiéndose las siguientes particularidades tales como:

- El juez está a cargo de la administración del proceso.
- El impulso procesal de oficio.
- La unificación de la norma procesal.
- La acción del acervo probatorio de oficio.
- El juzgamiento anticipado del proceso. (Guerrero, 2010)

En la totalidad de las reglamentaciones, el proceso civil, ha sido preponderadamente dispositivo y el penal predominantemente inquisitivo. No obstante, en el derecho comparado, el primero, puede apreciarse, actualmente, como mixto, pues el proceso civil moderno, se discurre de interés público y se sitúa en el sentido, de conceder potestades al juez, para fijar pruebas de oficio y para promover el proceso, se desarrolla hacia la verdad real, a la igualdad de las partes e instituye la libre estimación de la prueba. Sin embargo, requiere la demanda del interesado, impide al juez, solventar sobre puntos no esbozados en la demanda o excepciones y admite que las partes logren disponer del proceso



por desistimiento, transacción o arbitramento. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Nuestro proceso civil, se ha encaminado hacia un sistema mixto. En consecuencia, es dispositivo referente a las partes, que forman el proceso por demanda y lo acaban por acuerdo o abandono, lo promueven y solicitan pruebas y el juez debe resolver sobre las presunciones de la demanda y las excepciones enunciadas por el demandado (principio de congruencia). Empero, es inquisitivo al punto que el juez induce el proceso y dicta pruebas de oficio, en primera o en segunda instancia, emite probadas las excepciones de mérito, cuando se hallen probadas las efemérides que las formen, y utiliza los poderes que la ley le concede, para impedir sentencias inhibitorias, nulidades y sancionar la simulación procesal.

El principal prototipo de la tendencia hacia la apatía del método dispositivo puro y del vínculo de las preponderancias inquisitivas del juez, que consienten estimar de mixto, actualmente, al Proceso Civil Colombiano. (Corte Constitucional de Colombia, 2003)

No hay codificación procesal alguna que ampare a uno de estos métodos y exceptúe al otro, sino que perenemente hay una coexistencia, si bien con una mayor obligación determinada de una con relación a la otra. En nuestro país en la Compilación Procesal Civil, se acogió un pensamiento preponderante publicista del proceso, y tiene un sistema mixto, debido al predominio equitativo de los regímenes dispositivos e inquisitivo, si bien con modulación más acentuada en el último. (Grados, 2010, pág. 22)

En la reglamentación colombiana el acogimiento de la Compilación Procedimental Civil, envolvió desatender, el enfoque típicamente dispositivo, para registrar facultades inquisitivas al juez, que consintieron, en apreciar de mixto al proceso civil colombiano.

En esta figura histórica, se han concebido dos modelos tradicionales que al menos desde el derecho occidental, han definido el cuadro de ejercicio del juez en el proceso como director: tanto al dispositivo y el publicista o inquisitivo (el primero que es prevalente en el espacio Civil y el otro, que se presenta en el entorno Penal). (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Este sistema de procesamiento acusatorio, adoptado en nuestro Código de Procedimiento Penal, denota un gran apartamiento funcional entre juez y la



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

acusación, al punto de lograr inclusive a ser estimado como la columna vertebral de todos los que forman el estándar que teóricamente ha sido llamado acusatorio. Además, gira alrededor del principio de imparcialidad, característico de los métodos con disposición acusatoria, en donde el juez se identifica por no tener potestades probatorias independientes, dado que si asumiera esa capacidad para dictar pruebas de oficio se proporcionaría al traste con uno de los cimientos esenciales de ese sistema de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es alegórico de las democracias contemporáneas, con el objetivo de impedir que el juez induzca el esplendor del proceso, y por consiguiente prediga su convencimiento o desperdicie la imparcialidad, como podría acontecer si rige o resitúa el empleo último de la cuestión a través de su intrusión en el contexto probatorio. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2006)

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

24





**5.2. Capítulo II.** Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente.

### **Introducción**

Una vez explorados los sistemas procesales predominantes en nuestros ordenamientos procesales, consecutivamente, realizaremos una pequeña disertación de la prueba de oficio, tanto en su definición, noción, objetivo y fundamentos. Plasmando en este ciclo el segundo objetivo específico. Como también detallaremos las razones del deber y prohibición que se presenta frente a la aplicación de prueba de oficio dentro del procedimiento, planteada tanto en el Código de General del Proceso y Código de Procedimiento Penal, a partir, del sistema jurídico preferente aplicable por cada precepto legal.

Ya que se observa que tanto en la concepción desarrollada en la norma Procedimental General Del Proceso que está dirigida hacia un sistema procesal de perfil mixto con fragmentos del régimen dispositivo, como del sistema inquisitivo. Como en el Procedimiento Penal Colombiano actual, que sienta sus bases bajo los parámetros del sistema acusatorio.

En síntesis, la barrera presentada dentro de estos dos ramales del procedimiento objeto de investigación frente a la aplicación de la prueba de oficio, se despliega tanto en el procedimiento General del Proceso como en el Penal, a partir del sistema jurídico adaptado por el legislador en cada norma jurídica, que van en contravía según las particularidades acogidas por cada una.

---

#### **5.2.1. La Prueba de Oficio:**

El decreto de pruebas de oficio por parte del juez ha sido definida por la Corte Constitucional como un instrumento practico y útil para lograr la verdad de los hechos objeto de controversia, en aquellos asuntos que los acervos que obran en el plenario sean insuficientes para acoger una decisión correcta, o cuando la reconstrucción fáctica ejecutada por las partes, con la cual, en principio, se presume resolvería el asunto debatido, no garantizaría la igualdad procesal ni el amparo efectivo de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2018).



La prueba de oficio es la potestad e iniciativa que se le otorga al Juez (Penal o Civil), para dictar la práctica de una prueba que cree rigurosamente ineludible para alcanzar el objetivo final de la verdad material y consiguientemente expresarla en una sentencia.

Este instrumento complementario del juzgador fundado por el derecho procesal lo induce a la práctica de actividades que suponga forzosas para la alta comprobación de los hechos en un caso sujeto a su juicio.

El fin último de la prueba de oficio, es concederle al director del proceso la convicción sobre puntos discutidos y no demostrados de forma clara, consecuentemente, esa prueba por él declarada va encaminada a aclarar sus dudas. (Flórez Canosa, Galvis Sánchez, & Rico Díaz, 2013)

Por otro lado, se considera que: La prueba de oficio es un mecanismo constituido como herramienta que permite al juez acceder al descubrimiento de la verdad material de los hechos en los procesos legales. (Grisales, 2012)

Los sujetos procesales determinados dentro de la actividad probatoria le corresponden: La actividad probatoria incumbe tanto a las partes como al juez. En efecto, por un lado, a las partes, por cuanto, que es carga para ellas la disposición de la prueba y la tarea para lograr su práctica; por otro lado, al juez, en la medida que decide sobre la admisibilidad (decreta la práctica de los acervos propuestos por medio de las partes o las que de oficio discurren útiles al proceso) de las pruebas y realiza su valoración. (Ferrer, 2015, pág. 168).

La prueba de oficio, tiende a que la regla individualizada con que concluye el proceso se acerque a ese valor jurídico superior de la justicia, que tantas cavilaciones ha suscitado. Igualmente, busca afirmar cierta igualdad de las partes en el proceso, el develamiento de fraudes en menoscabo de terceros y el de impedir sentencias inhibitorias y nulidades así lo instituye Gómez (1994) y a su vez recalca actos que resultan con la aplicación o no aplicación oportuna de la prueba de oficio del juez, que consideró de gran importancia por ser una realidad pulsante en nuestro sistema así:

En varios momentos las partes no logran avalar los extremos esenciales de la petición o excepción, por faltas, negligencias, etc., lo cual establece una sentencia separada de la rectitud de la disputa, un peligroso perjuicio para una de las partes y contradictorio al propósito del proceso. Con la iniciativa de oficio del juez, que en algún instante se logre convenir pruebas para comprobar los hechos de la



discusión, se busca reducir esta afligida posibilidad, porque se llenaran las insuficiencias, se ampararan faltas y dificultades en la consagración de los hechos, con desenlace inmediato en la clase de fallo concluyente, que a la postre no existirá producto propio de la destreza de uno de los litigantes o del azar.

Disminuyendo esos fallos distanciados y así el Estado cumpla eficazmente con uno de sus elementales cometidos al paso que la sociedad tendrá más confianza en la justicia.

El impedir que el resultado del proceso sean las sentencias inhibitorias y las declaraciones de nulidad. Resulta reprochable, por el contrario, que por haber prescindido una de las partes determinada prueba, inobservancia que se indica solo en el tiempo de la sentencia, el esfuerzo de algunos años y las posibilidades de las partes concluyera en nada, empero de que el juez pudo proporcionar el medio a instancia del mecanismo que se estudia.

En efecto, solo indulgencias, beneficios a granel, le acarrea al proceso y a la justicia en general la apropiada utilización de los poderes introductorios que se le conceden al juez.

Pero los mayores enemigos no son tanto los expositores como los agazapados de la propia jurisdicción, que sistemáticamente eluden el cumplimiento del deber impuesto por las normas instrumentales, tal vez, porque no han logrado tomar conciencia de la necesidad impredecible de utilizar esos poderes para satisfacer las necesidades de interés público. (págs. 104-106)

La interpretación Constitucional, ha resguardado la legalidad e inclusive mantenido su obligación, partiendo de la comprensión de que la exploración de la verdad es una imposición para el juez y un cálculo para la producción de providencias justas. Tal autoridad no corresponde concebirse como una corriente ilícita del balance de la justicia para cualquiera de las partes, sino como un deber del juez con la verdad, pues con el derecho sustancial.

La prescripción de oficio de pruebas no es una pura liberalidad del juez, es una efectiva obligación legal. según lo plasma esta Sala, al funcionario le corresponderá fijar pruebas de oficio: cuando desde el inicio de los hechos referidos por las partes y de los acervos de prueba que estas procuren hacer valer, brote en el funcionario la necesidad de aclarar áreas oscuras de la discusión; cuando la ley selle un despejado rumbo a alcanzar; o cuando consten razones fundadas para suponer que su inacción puede retirar su disposición de la



senda de la justicia material; preservando en toda cuestión, de no causar con ello la desidia o deslealtad de las partes. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)

### 5.2.2. Finalidad de la Prueba de Oficio:

La Corte Constitucional ha expresado sobre la finalidad de la prueba de oficio se enmarca en que el Estado a través del régimen de justicia investiga o tiene como propósito fundamental no solo en la demostración de la verdad, sino así mismo en obtener la certeza de los derechos de los individuos, dotando al juez de elementos e instrumentos procesales para que la realidad procesal concuerde con la verdad real.

La prueba de oficio, que es aquella que el juez determina y ejerce no a petitoria de parte, sino porque considera conveniente y oportuna la comprobación de los hechos. (Grisales, 2012)

La prueba de oficio, tiene como propósito satisfacer los fines del proceso judicial. Tales fines han estado ligados con el esclarecimiento de la verdad respecto a los intereses en conflicto, así como con la materialización de postulados constitucionales, en particular, la administración de justicia y la eficacia de un orden social justo. (Corte Constitucional, 2018)

### 5.2.3. Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código General del Proceso:

Es de gran importancia resaltar que mediante la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, se expidió el Código General del Proceso (2012), norma que reemplazo gradualmente la normatividad del Código de Procedimiento Civil que comenzó a regir desde el 1° de enero de 2016, en todo el territorio Nacional Colombiano, que en su Sección Tercera “Régimen Probatorio”, Título Único “Pruebas”, Capítulo I “Disposiciones Generales”, en su artículo 169 y 170 estableció:

**Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.** Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.



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

**Artículo 170. Decreto y Practica de Pruebas de Oficio.** El Juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.

Mientras que en la reglamentación Procedimental Civil (1970), que tuvo una presencia en nuestra legislación, desde el 6 de agosto de 1970, mediante el Decreto 1400, en la Sección Tercera, Régimen Probatorio, Título XIII Pruebas, Capítulo I Disposiciones Generales, en el artículo 179 y 180 disponía:

**Artículo 179. Prueba de Oficio y a petición de parte.** Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

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

**Artículo 180. Decreto y Practica de Pruebas de Oficio.** Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso.

Independientemente en el título III Deberes y Poderes de los Jueces, en el artículo 42 del Código General del Proceso (2012), Deberes del Juez, se destacan entre otros en el numeral 4:



4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.

Entre tanto, en el título IV de los deberes, Poderes y Responsabilidad de los Jueces Civiles, en el articulado 37, del Código de Procedimiento Civil (1970), Deberes del Juez, entre sus obligaciones se planteaba en el numeral 4:

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

Es clara la normatividad al establecer esta reglamentación, como se observa, en el Código General del Proceso, que regula la prueba de oficio y a petición de parte; las pruebas pueden ser decretadas cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

Frente al decreto y practica de pruebas de oficio el juez las **deberá** decretar en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes antes de fallar, cuando se consideren necesarias para aclarar los hechos objeto de controversia. Teniendo en cuenta que estas pruebas deberán estar sujetas a la contradicción de las partes.

Por el contrario, en el Régimen Procedimental Civil, tenía otro fundamento, donde las pruebas solo podían ser decretadas de oficio, cuando el magistrado o juez las considerara útiles para verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Frente a su decreto y práctica, se disponía que **podrán** decretarse en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Se revela el tránsito en la normatividad frente al empleo de la prueba de oficio, ya no es cuando el juez las crea útiles, sino cuando sean útiles como se plantea en el Código General del Proceso. Por otro lado, su decreto ya no se configura en el podrá decretarse, sino, que el juez las deberá decretar en cualquier circunstancia probatoria del proceso.

Por otro lado, se denota un cambio sustancial en la norma respecto a la potestad otorgada al juez para el decreto o práctica de pruebas de oficio por parte del legislador, porque mientras, en el Código de Procedimiento Civil, el juez solo **podría** decretar pruebas de oficio dentro de los requisitos probatorios de las instancias y de los incidentes, y subsiguientemente, antes de fallar, en el Código



General del Proceso, se implanto el **deber** de decretarlas en las ocasiones probatorias del proceso y de los incidentes y previo a fallar, cuando fueran de plena necesidad para aclarar los hechos esencia de la controversia.

De esta manera, se observa que dejo de ser discrecional para el juez el decreto oficioso de pruebas, como se estipula en el Código de Procedimental Civil, pues actualmente como lo preside el Código General del Proceso, el juez deberá. Pero frente al escenario del decreto oficioso del juez, los sujetos procesales tienen el derecho de ejercitar su defensa, salvaguardando la garantía procesal bajo el principio de contradicción.

El juez ya tiene el deber de emplear poderes según como se dispone en la normatividad frente a pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes, ya no está puesta a su consideración su ejecución. Ya no existen condicionantes de raciocinio del juez para su aplicación en la reglamentación procesal general.

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se materializo con más ahínco las facultades otorgadas al funcionario judicial, encargado de solucionar las diferentes controversias, direccionando y resolviendo apropiadamente el asunto controvertido, actualizándose así el Código de Procedimiento Civil en el actual Código General del Proceso. Sin perder de vista el eje central del proceso concentrado en las partes.

Frente a las pruebas de oficio si en su efecto es una facultad o deber del juez, la Corte Suprema de Justicia, ha aclarado que con respecto a la facultad que se le había concedido al juez para decretar pruebas de oficio con fundamento en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, es un poder-deber del juez caracterizado como una acción del Estado empujada a la ejecución del derecho, mediante la expedición de sentencias conforme con la legalidad, la justicia y la verdad, móvil por el que en muchos acontecimientos no se trata de una elemental discrecionalidad del juzgador, sino un deber cimentado sobre el juicio y conclusión sensata de este, en aras de investigar la credibilidad dentro del contenido puesto a su consideración.

Asentando que relativamente ese poder-deber otorgado por la ley al juez para decretar de oficio las pruebas que considere útiles para la verificación de los hechos afirmados por las partes como lo establecía el artículo 179 del CPC y actualmente el artículo 169 y 170 del CGP respectivamente, inicialmente instituyó una facultad. El día de hoy, sucesivamente, se instituyó como un deber, dado el



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

interés público del proceso, encaminado al establecimiento de la verdad real, recayendo sobre el aludido funcionario juzgador, juez o magistrado, el establecer anticipadamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuales son las alegaciones de las partes y los hechos referentes con estas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuales aprecia o discurre útiles para tal efecto. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Para alcanzar cada uno de los fines señalados en el código General del Proceso, se consagro la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, como una forma de romper con la divina igualdad y confrontar la realidad que se indica en la Constitución Política de Colombia, reconocida en el artículo 13. Fundamentado en el mandato constitucional direccionado hacia la búsqueda de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.P.), no se conseguiría, en indicados casos, si el juez decide no utilizar sus poderes e impide que esas desigualdades fijen el resultado del proceso.

Las pruebas de oficio tienen como objetivo principal la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, porque difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012)

Inicialmente se acude mediante el proceso al aparato judicial, donde cada parte aporta los fundamentos probatorios que consideren importantes con el fin de nutrir sus pretensiones o excepciones respectivamente, para que se definan favorablemente. El juez siempre ignora la realidad acontecida, por tal razón, cuando las partes no alcancen a demostrar los fundamentos alegados, este podrá valerse de los poderes legales otorgados para el esclarecimiento y perfeccionamiento del proceso.

La estructura del juicio civil no solo es de carácter dispositivo, sino inquisitivo, por cuanto, es mixto. Dispositivo en cuanto las partes cuentan con la facultad de promover mediante la presentación de la demanda, la solicitud y adicción de pruebas, como finalizarlo por transacción o desistimiento. Quedando en cabeza del juez decidir sobre las pretensiones del accionante y la defensa del accionado. E inquisitivo por cuanto el juez es director del juicio y tiene el deber de impulsarlo, decretar pruebas de oficio, para evitar fallos inhibitorios, nulidades, prevenir y reprimir el fraude procesal.





El poder oficio del juez no irrumpe las funciones de cada sujeto procesal, respetando las reglas de aportación y el control en las actuaciones de las partes bajo el principio de la buena fe procesal.

La iniciativa de actuar de oficio ha venido aclarándose en el tiempo y sin oscilación, el funcionario, como conductor del litigio, ocupará el papel que, por naturaleza, como custodio de la facultad de resolver conflictos, condensa el compromiso de incluirse hasta descubrir, de serle viable, por su propia iniciativa, las pruebas que le lleva a esclarecer la contienda a él adjudicada.

Dicho precepto no ha eximido en ninguna circunstancia el deber de las partes frente a la carga de probar que les atañe legalmente, pues les incumbe proceder fervientemente en la demostración de cada uno de los supuestos de hechos que cada una pretenda.

Tanto el juez, como las partes, tienen una participación activa en el proceso; como se le han conferido poderes al juez, también a las partes, teniendo el deber de actuar según las obligaciones otorgadas, razón por la cual nuestro régimen procesal se caracteriza por vincular un sistema tanto dispositivo y máximamente con presencia inquisitiva, de ahí su carácter mixto, que no pierde equivalencia de uno u otro, pues se denota la activa participación de las partes como del poder oficioso del juez, que dan como resultado la eficiencia del proceso.

Frente a ciertas situaciones la actitud pasiva de alguno de los sujetos procesales respecto de aquel que recaiga la responsabilidad de demostrar ciertos hechos, son el productor del fracaso, bien sea de manera directa frente a las pretensiones o la defensa o excepciones, por haber incumplido con su compromiso al interior del procedimiento y en las circunstancias anunciadas por el legislador.

Actualmente, con la vigencia de los marcos jurídicos, prototipos doctrinarios y jurisprudenciales, la única incompatibilidad con el ejercicio oficioso, instintivo de un punto de equilibrio procesal, es no permitir que dicha facultad termine siendo utilizada para librar, en términos absolutos, a las partes de asumir la carga procesal que les atañe, sino que por el contrario se dote al funcionario de participación oficiosa para el bien del proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la gestión de oficio del juez no traslada el principio dispositivo que por norma general rige el proceso civil, sino que se aproxima con este en función de la comprobación de los hechos debatidos



inclinado a alcanzar la elaboración de la justicia en sentido material. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Por consiguiente, el legislador resalto ese deber del juez de garantizar, por medio del ejercicio de sus facultades legales, la igualdad real entre las partes y el impulso real del proceso judicial. Así como la obligación de fallar teniendo en cuenta la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial y la aplicación de estándares constitucionales ante dudas en la aplicación de la ley.

Razonablemente se consagra el hecho de la dirección general del proceso y el decreto de pruebas de oficio para identificar los eventos alegados por las partes, como la potestad para requerirles a las autoridades del Estado la información que no haya sido entregada oportunamente, a pesar de las exigencias efectuadas por el interesado, como los deberes funcionales en cabeza de las autoridades judiciales.

Es así como se presenta unificadamente tanto la jurisprudencia constitucional y ordinaria, reconociéndole al juez ese rol que lo faculta tanto para la adopción de una rápida solución de los asuntos jurídicos puestos a su jurisdicción, como también la necesidad de esclarecer la verdad de los hechos y garantizar una efectiva tutela de las garantías fundamentales, gozando las autoridades judiciales de amplias potestades para la recaudación de pruebas. (Artículos 4, 8, 11, 42 y 43 C.G.P.)

Se puede evidenciar el avance que ha venido presentando el proceso civil a lo largo de la historia dejando de presentar tipologías propias del sistema dispositivo, que consagraba esa mera individualidad entre las partes implicadas, ya que eran las partes las encargadas de iniciar, impulsar y tramitar las diligencias judiciales que resultaran necesarias para resolver correctamente el caso, lo que envolvía, consecuentemente, la carga de aportar las pruebas relevantes y pertinentes para consecución de sus pretensiones; por el contrario, el juez mantenía un rol pasivo en la conducción del proceso, especialmente, en lo que concernía a la recaudación de los medios de prueba, para instaurarse en una herramienta de carácter público, orientada a la protección de los derechos constitucionales y legales. Siendo el juez el sujeto indicado por la institucionalidad simbólicamente para procurar la resolución del asunto jurídico debatido, a través de la materialización de las garantías esenciales y, por último, la disposición de buscar siempre la verdad de los hechos, direccionar el proceso y solucionar las deficiencias probatorias presentadas.



El actual procedimiento civil goza de un carácter mixto caracterizado por el obligatorio cumplimiento de las partes con el impulso del trámite judicial, la aportación de los medios de pruebas relevantes para la aprobación de las pretensiones y la defensa de los supuestos fácticos que expongan su hipótesis jurídica; por su parte, el funcionario judicial tiene el deber de utilizar todos los poderes que legalmente le fueron concedidos para obtener una tutela jurisdiccional efectiva.

De esta manera el legislador ha venido reconociendo al juez ordinario un mayor rol al interior del proceso judicial, evitando que tales facultades representen, por sí mismas, una visión autoritaria o amenazante hacia el sistema procesal colombiano.

El carácter fijado en el Código General del Proceso, frente al decreto oficioso de pruebas fue instituido por el legislador como un deber funcional, para el recaudo oficioso de información útil para el proceso judicial que no funde un acto de mera liberalidad del juez, sino ese deber funcional, cuando los medios de prueba lleven a arrojar una decisión sustancialmente diferente.

El decreto de oficio del juez, no siempre constituye una decisión improcedente o ilegal, se presenta solo en los eventos en que la participación judicial incurra directamente en la materialización de las garantías fundamentales. Tales como cuando los elementos probatorios recaudados dentro del proceso surjan de aspectos inciertos de la controversia; la inactividad judicial conlleve a adoptar una decisión injusta, desde el punto de vista material y la autoridad judicial omita las normas que el legislador concretó previamente.

Omitir de manera directa la práctica y decreto de pruebas oficio ocasiona un defecto fáctico en el trámite judicial. La negativa implica, entre otras, serias limitaciones a la dirección general del proceso, la búsqueda de la verdad y el esclarecimiento de vacíos o insuficiencias probatorias que resulten necesarias para una correcta resolución del litigio.

La práctica de pruebas de oficio en materia civil, no es una atribución o facultad del juez, es un verdadero deber legal. En consecuencia, el funcionario deberá decretar pruebas de oficio siempre que, a partir, de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia.



En relación con las pruebas de oficio son necesarias, partiendo del punto de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas.

Aunque el juez es independiente para apreciar los medios probatorios contribuidos al proceso como herramienta para alcanzar la convicción judicial, esa acción está condicionada por el deber que se impone legal y constitucionalmente de estimar razonablemente la prueba. (Corte Constitucional, 2018)

Siempre y cuando se presente deficiencias probatorias en los procesos litigiosos, es obligación del juzgador utilizar los poderes oficiosos para decretar todos los elementos de convicción, que, a su juicio, discorra útiles para verificar los hechos invocados por las partes. Teniendo como pauta principal la misión de la justicia de alcanzar la demostración de la verdad real en relación con los intereses en conflicto a ella sometidos.

La obligación de decretar pruebas de oficio es requerida únicamente en las hipótesis precisas. En las otras, la ley otorga al juzgador la potestad o facultad de hacerlo según su razonable y prudente arbitrio.

A la hora de ordenar y practicar pruebas es obligación del juez ejercer todas las facultades de oficio estatuidas en la ley siempre y cuando las considere indispensable, de tal forma, que si las ignora afectaría categóricamente la sentencia. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

La Corte ha soportado repetidamente que la imprevisión en el decreto de pruebas por parte de la autoridad judicial competente, imposibilita la admisión y observación de hechos que resultan imprescindibles para la correcta solución del asunto debatido. De tal modo, que en los casos que se impugna la práctica de una prueba que conduciría a esclarecer las proposiciones fácticas debatidas, reitera esta corporación, viola los derechos al debido proceso y a la defensa.

Tal imprevisión ocurre en dos circunstancias, cuando por alguna razón la autoridad judicial no ejecuta la facultad para decretar pruebas de oficio en los temas que falten elementos para solventar convenientemente el conflicto, o cuando se niegue al decreto y practica de pruebas pertinentes, conducentes o esenciales para solucionar la base del asunto. El juez en este momento del proceso, posee la autonomía e independencia para rechazar una prueba pedida por los sujetos procesales, lo incuestionable es que tal disposición, de concordancia con la jurisprudencia de la Corte, debe estar sujeta a la



impertinencia, inutilidad y la ilegalidad del medio requerido. De tal forma, que se ha señalado que la autoridad judicial que niegue sin justificación sensata e imparcial, a valorar y evaluar una prueba en la que consiga soporte básico en un perfil específico y necesario para crear su juicio sin justificación, incidiría en una vía de hecho y hacia su providencia procedería la acción de tutela, en vista, de que desconocería diversas nociones y derechos de categoría superior para quien la ha requerido, como son la de igualdad procesal y de acceso a la administración de justicia, el debido proceso, defensa y el deber de imparcialidad del juez para la gestión del mismo. (Corte Constitucional, 2018)

En nuestra legislación se distinguen dos maneras de formulación de pruebas dentro del proceso una que está en cabeza de las partes ya sea accionante o accionado, y la de oficio que es decretada o solicitada por el juez, según las facultades expresas en la ley, esta preponderancia otorgada por el legislador a los funcionarios judiciales, no es absoluta, pues como la norma lo plasma solo es necesaria cuando haya penuria en la aclaración de los hechos esencia de la controversia y dentro de cierta etapa procesal. Sin descalificar o vedar el compromiso de probar los hechos invocados por las partes, ya que, son las ilustradas de las circunstancias reales materia de disputa y las encargadas de garantizar su relativa posición, expresándolo internamente en el proceso, por conocer mejor de los argumentos.

El juez actualmente no es un simple espectador del proceso como ocurre en regímenes estrictamente dispositivos, pues la ley le fija, entre otras, las funciones de administrar el proceso, de acoger todas las medidas que crea ineludibles para obtener la comprobación de los hechos, de excluir las dificultades que le imposibilitan alcanzar fallos de base, y de fijar las pruebas de oficio que suponga forzosas, tanto en primera como en segunda instancia.

Las funciones atribuidas al juez permiten afirmar, entonces, que el hecho de que el sistema procesal sea mixto, no implica que exista algún tipo de ambigüedad sobre los fines perseguidos por el proceso. Estableciendo la Corte claramente que el proceso se dirige a la vigencia del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad y la solución de controversias mediante decisiones justas. (Corte Constitucional de Colombia, 2009)

Nuestro país abandono ese sistema dispositivo puro e incorporo facultades inquisitivas del juez, desde la expedición del Código de Procedimental Civil de 1970, siguiendo con la ejecución del Código General del Proceso, que en su orden establece en el artículo 8°:



“Artículo 8. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

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

También como lo establece el artículo 37 del CPC actualizado en el artículo 42 del CGP, el primero de los deberes del juez, es el de dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar medidas conducentes para impedir la paralización, dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal. Esta disposición normativa lo que busca es personificar el objetivo dual, no obstante, difícil de alcanzar, de una justicia que, al mismo tiempo, sea genuina y justa. La mayor eficiencia, en cuanto, a la plena constitución de un litigio, se logra comenzando en un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes principio dispositivo y el poder oficioso del juez principio inquisitivo, potestades de ambiente distinto que aplicadas de manera ordenada le incumben asistir en un igual y único propósito: la salida justa y eficaz del proceso.

Tal redistribución del proceso que revitalizaba y empoderaba al funcionario judicial, halló fuerte apoyo en la Carta Política de 1991. El anhelo último de la población de lograr un cuadro que avalara un “orden justo”, la consagración de la dirección de justicia como una función pública fundamental y como un derecho primordial de cada sujeto, así como la prevalencia del derecho sustancial, simbolizaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y una responsabilidad cruel de los servidores públicos con la obtención de la justicia material.

Orden que recauda exclusivo sentido en el tenor colombiano, en el cual, proporcionadas las peculiaridades de su plataforma institucional, todos los jueces son constitucionales, y en cuidado a los contextos históricos de violencia y excepción hace que reincida sobre la justicia, una ponderada labor al tiempo que instrumentos ingeniosos de acción.

Es significativo explicar que la sistematización constitucional colombiana no resguarda el progreso pleno del principio dispositivo; de hecho, cada ramal del derecho acuerda de modo personal la rigidez entre principio inquisitivo y el dispositivo. (Corte Constitucional de Colombia, 2014)



En conclusión, uno de los adelantos más significativos que ha tenido el derecho procesal es el decreto de pruebas de oficio, como lo ha expresado de manera reiterada la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, afirmando que ha sido proporcionar al juez o magistrado que posee a su cargo el trámite de determinada controversia judicial, la potestad de decretar pruebas de oficio. Sin que el proceso deje de lado su naturaleza dispositiva, que propende por la búsqueda de la verdad real por parte del funcionario, que paso de ser un simple espectador del litigio entre los debatientes a transformarse en el director del mismo con verdaderos poderes que no infringe de ninguna forma las reglas que fijo el legislador para su ejecución. (Corte Suprema de Justicia, 2015)

#### **5.2.4. Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código de Procedimiento Penal:**

Mediante la Legislación 906 de 2004, se expidió el Código Procesal Penal Colombiano vigente, que en su Título III “Audiencia Preparatoria”, Capítulo I “Tramite”, en su artículo 361 estableció:

**“Artículo 361.** *Prohibición de Pruebas de Oficio.* En ningún caso el Juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio” (Congreso de la Republica de Colombia, 2004).

Quedando establecido expresamente desde la expedición de la ley su oposición hacia la ejecución de pruebas de oficio por parte del Juez dentro de la audiencia preparatoria. Como una expresión específica del principio acusatorio y adversarial incrustado a la legislación nacional.

Este Sistema Penal Acusatorio acogido por el Sistema Procedimental Penal en Colombia, erosiono gracias a la modificación realizada por el constituyente del artículo 250 mediante el Acto legislativo 03 de 2002. Constituyéndose un régimen de disposición acusatoria.

Para avalar el acatamiento del principio de imparcialidad, conocido en el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, todo mandato de ese Código otorga a los jueces iniciativa en materia probatoria, en virtud de determinar de oficio la práctica de los acervos de conocimiento que consideren beneficiosos. Y esta supresión designa a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento.



Este sistema de enjuiciamiento mixto con tendencia acusatoria fue abandonado y en su efecto adoptó un tipo de juicio adversarial, verbal, público, concentrado, con intermediación en la custodia probatoria, en el que la obligación de la prueba sobre el compromiso penal se radicaba en la Fiscalía General de la Nación, como órgano de persecución, titular y responsable de la acción penal, con intermediación en el recaudo probatorio, para demostrar la responsabilidad penal del implicado. Teniendo el deber de descubrir todas y cada una de las pruebas envolviendo las de descargo y los compendios favorables al acusado, si los percibiera. Independientemente, además, reconoció iniciativa probatoria al custodio, a las víctimas el derecho de contribuir pruebas en lo concerniente con sus intereses de verdad, justicia y resarcimiento; y particularmente, al Ministerio Público.

Según lo preceptuado en el artículo 357 de la Legislación 906 de 2004, la audiencia preparatoria instituye la procedencia legal para que la Fiscalía y la defensa pidan las pruebas que necesiten para sostener su petición. En particular, el Ministerio Público puede requerir la práctica de cualquier prueba de cuya presencia tenga comprensión cuando no hubiere sido pedido por las partes y que pudiere tener esencial predominio en las resultas del juicio.

Observándose, que desde la configuración probatoria la Fiscalía tendría una responsabilidad directa con la verdad y con la justicia material, cometidos que debe averiguar con juicio objetivo y claro. No obstante, esa responsabilidad con la verdad y la justicia material, a partir del reflejo probatorio, no es exclusiva de la Fiscalía, puesto que en el mismo sentido poseen potestades el Ministerio Público, la defensa y las víctimas.

La defensa tiene ánimo probatorio en cuanto al precepto constitucional del debido proceso establecido en el artículo 29 superior, en cuanto sitúa que quien sea sindicado posee el derecho a ostentar pruebas y a impugnar las que recojan en su contra. El perfeccionamiento de este mandato, en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en su artículo 357, instaura que durante la audiencia preparatoria, la defensa podrá requerir al juez, las pruebas que considere para sostener su petición, no obstante, no está obligada a ostentar pruebas de descargo o contra prueba.

En cuanto al papel probatorio de las víctimas, el Acto constituyente No. 03 de 2002, registró un status de categoría constitucional, como parte activa al interior del proceso penal, con beneficios rectos de verdad, justicia y reparación; y fijo a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Constitución, la misión de custodiar la salvaguardia de las víctimas y de su auxilio técnico, cuando llegare a





solicitarse. En modulación con la disposición internacional y la corporación de las víctimas como individuos especiales de saneamiento constitucional, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el artículo 11- d implanta que las víctimas poseen derecho a ser escuchadas y a que se les proporcione la aportación de pruebas.

En relación a la iniciativa probatoria del Ministerio Público, obtiene su cimiento en el numeral 7º del artículo 277 de la Carta Política, que fija al Procurador General de la Nación y a sus agentes la función de injerirse en los procesos y ante las mandos judiciales o administrativas, cuando sea ineludible en protección del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

De allí, que en el régimen acusatorio colombiano el Ministerio Público, pueda extraordinariamente, según el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, requerir la práctica de cierta prueba relevante, que no hubiesen pedido las partes.

Como lo instituye el artículo 374 del Código, toda prueba incumbirá ser pedida o exhibida en la audiencia preparatoria, salvo que cualquiera de aquellas que excepcionalmente las logre requerir el Ministerio Público.

Por orden del artículo 357 ibídem, al juez de conocimiento le incumbe fijar las pruebas exigidas por los intervinientes en la audiencia preparatoria, en convenio a los parámetros de licitud, legalidad, pertinencia y admisibilidad.

Excepcionalmente, el Juez puede interrogar a los testigos, para obtener que el deponente revele la pregunta que le han enunciado. O que conteste de forma clara o precisa, para el cabal entendimiento del asunto.

Con el régimen mixto de instrucción criminal con preferencia acusatoria de que asistía la Legislación 600 de 2000, en el que la Fiscalía no simplemente recogía las pruebas sino que resolvía sobre la libertad personal del inculcado, y durante el juicio, el Juez de conocimiento poseía a su vez la iniciativa probatoria (art. 401), con lo cual no únicamente de hecho obtenía inferir en la disputa para perfeccionar o desvirtuar las imputaciones de la Fiscalía, en el método acusatorio que en la actualidad marcha el panorama jurídico colombiano, del mismo modo que el fiscal ya no cuenta con funciones de enjuiciamiento ni con potestades para arrogar medidas restrictivas de la libertad, el juez no puede interferir en los términos de la acusación, ni instituirse como defensor de la verdad para decretar pruebas de oficio que punteen a modificar o ratificar el soporte factico de la acusación o de los pactos y preacuerdos a que hayan alcanzado el ente acusador y la defensa.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Dentro del procedimiento Penal Colombiano, en cuanto, a la funcionalidad probatoria le corresponde a cada parte entre otras cosas y la obligación probatoria le pertenece a la fiscalía; por un lado, a los sujetos procesales les incumbe probar cada uno de sus presunciones y al juez mantenerse como un mediador ecuánime que perenemente servirá de control y garantía de la acción probatoria al interior de la actuación judicial.

Se le apartó al juez de ese papel inquisidor, ese que poseía interés o estaba a favor, en cuanto, a las derivaciones del proceso y se proyectó un juez, con un papel de funcionario justo frente a los sujetos procesales, tomando la fiscalía un cargo de perseguir el delito y probar, teniendo dentro de su operatividad la carga probatoria. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2006)

Los sujetos figurantes del nuevo proceso penal de adhesión al acto legislativo son: La Fiscalía General de la nación y Víctimas; Defensa; Juez de Control de Garantías; Juez de Conocimiento y Agentes del Ministerios Público. (Valencia, 2003, pág. 23).

La negativa de decretar pruebas de oficio en el Código de Procedimiento Penal, ocasiono objeciones por parte de algunos ciudadanos que mediante la actuación de la acción pública de inconstitucionalidad demandaron el art. 361 de la legislación ante la Corte Constitucional, por considerar los accionantes que la normatividad vulneraba el preámbulo y los articulados 2, 4, 228 y 229 de la Carta Política; basando su discernimiento en que dicha prohibición legal interpuesta al juez de decretar pruebas de oficio en el juicio penal desconocía el importe de justicia y las obligaciones de la jurisdicción pública de propender por la defensa y validez de los derechos preceptuados en la carta Magna. Como también excluye el principio de independencia judicial y el compromiso que posee el juez de hacer predominar el derecho sustancial sobre el procesal, ya que, si el cometido del juez en el Estado Social de Derecho es la averiguación de la verdad y, así mismo, de la justicia, la reglamentación que impide el decreto oficioso de pruebas se transcribe en un obstáculo para que el juez haga realidad la justicia material.

La Corte en su momento estudio la demanda, recibiendo intervenciones de varias entidades y figuras estatales, pero realmente fundamento su decisión en resolver básicamente, que si para avalar el develamiento de la verdad y, con la misma, la ejecución de la justicia era condición sine qua non, reconocerle iniciativa probatoria al juez en el método penal acusatorio. Realizando un análisis basado en un estándar de justicia procesal penal que la norma superior consagro

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

42



posteriormente en la circulación del Acto Reglamentario número 3 de 2002. Nos apoyaremos en cada aparte de la providencia estudiada por la Honorable Corte Constitucional, donde estuvo el futuro desenlace del Artículo 361, al prohibir la prueba de oficio, sus consideraciones fueron las siguientes (2007):

En primera medida, frente a la verdad y justicia en el juicio penal, estipulo que sólo se consigue realizar la justicia material, cuya investigación forma parte de la propiedad del Estado Social de Derecho, cuando el juicio penal se destina a hallar la verdad fáctica o en su evento, cuando la providencia judicial se aproxima a ella, pues el acercamiento a la verdad, es un resultado, una apertura y un derecho legislativo que se le asigna a las autoridades y a los particulares que se hallan en el juicio penal.

En segunda medida, determino que el enfoque del proceso punitivo en la Carta Magna, no se termina en la exploración de la verdad, pues la noción de justicia en la búsqueda o contigüidad a la misma, está ajustada al respeto de las garantías mínimas que tienen que ser resguardadas por el juez y se requieren de todas las autoridades y de todos los escenarios, pues ni siquiera en estados de excepción alcanzan a suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). Concluyendo que la exploración de la verdad en el juicio penal está sometida al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos primordiales y al acatamiento de un compendio de principios rectores y pautas probatorias que sistematizan su consecución en el proceso.

En tercera medida, considera la Corte que la oposición de la prescripción y práctica de pruebas de oficio hace parte de la organización del régimen penal acusatorio y está concebida, por un lado, como un principio procesal encaminado a establecer el papel de los intervinientes en el proceso penal y, por otro, como una garantía sustancial de eficacia del compromiso del Estado de acercarse a la verdad de lo acaecido internamente en las medidas distinguidas, por las garantías y libertades propias de disposición Constitucional y legal. Ultimando esta Corporación, que no es correcto obligar, por sí sólo, la noción de verdad con la investigación de oficio de aquella, pues esa medida probatoria debe ser examinada en su contenido y desde su objetivo sustancial.

En cuarta medida, la Sala expreso que era evidente que el Constituyente y el legislador colombiano delinearon un tipo propio de régimen penal acusatorio, tomando elementos comunes de él en ciertas reglamentaciones, como además se aisló de distintas tipologías. Así estableció, que era racional colegir que el hecho de que otros estados hubiesen adoptado la prueba de oficio como un criterio



necesario en el proceso penal, no figuraba que el legislador colombiano quedaba forzado a continuar ese estereotipo en nuestra reglamentación. Por ende, el hecho de que en naciones en las que la exclusión de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más incondicional que en Colombia, tales como Puerto Rico y Estados Unidos, nuestro legislador tiene la potestad amparada en la necesidad constitucional de sistematizarlo de manera idéntica. Por último, la sala asentó que la oposición comprendida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, por cuanto los jueces de control de garantías sí pueden fijar y ejercer pruebas de oficio en asuntos en los que sea preciso avalar el vigor de los derechos que son el centro de inspección judicial.

En quinta medida, la Corte Constitucional reitera que el proceso acusatorio en nuestra reglamentación no es típicamente adversarial, ni un régimen acusatorio puro, por lo que el juez no es un mediador, sino el encargado de puntualizar, de manera justa y garantista, el compromiso penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente a la infracción. De ahí que, el sólo hecho de que la inactividad probatoria del juez sea una medida orgánica en el régimen penal acusatorio, no es apto para afinar la constitucionalidad de la medida atacada. Realizando un estudio comparativo frente a otros países que escogieron el juicio penal acusatorio o con predisposición acusatoria, que aún siguen conservando de manera, ya sea relativa o excepcional, la iniciativa probatoria del juez, sin lo cual no consigue expresarse que el método dejó de ser acusatorio, como son Portugal, Italia, Venezuela y España. Aseverando, que no es completamente apropiado determinar que la diligencia probatoria del juez, sea claramente incongruente con el juicio penal acusatorio o que la relativización de la exclusión de la práctica de pruebas de oficio cree un canje orgánico al régimen.

En sexta medida, la corte señala entre las herramientas perfiladas por el legislativo y la Legislación 906 de 2004, para avalar la integridad neutral del juez las siguientes: i) el funcionario que juzga no instruye, ii) el detrimento de la iniciativa probatoria del juez, pues se concibe como un mediador equitativo que rastrea la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal incumbe a la Fiscalía. Se percibe que estas tres herramientas para probar la imparcialidad del juez son alusivas a la conducción de la prueba en el método penal acusatorio.

Estipulo que diversos doctrinantes creen incuestionablemente que el juez que avanza en la indagación no solventa el asunto con plena rectitud, en parte que es natural que tome un preconceito categórico con base en el cual administra el proceso penal. La exacta disociación de las funciones del acusador y del juez, en aquel momento, reprime al juez fallar acorde a sus propios prejuicios. Esta



predilección probatoria en el juicio penal estuvo manifiestamente determinada, a partir, de mediados del siglo XIX y, en específico, con las prácticas de los sistemas dictadores en Europa, en los que se exhibieron injusticias y subjetivismos en la prescripción y práctica de las pruebas que el juez creía oportunas para consecutivamente apreciarlas. Entonces, a pesar de que, evidentemente, es muy relativo pensar que la práctica de la acción probatoria de carácter oficioso por el juez lo haga dilapidar su imparcialidad, lo que ocurre es que la noción de imparcialidad en el tipo penal acusatorio pasó a ser análogo a la concepción de neutralidad cognitiva del juez, lo cual indica el esquema procesal que eligió el Constituyente con la introducción del régimen penal acusatorio en el Acto Constituyente número 03 de 2002.

Esa línea de apartamiento de roles en la investigación y el juzgamiento como componente apropiado para avalar la imparcialidad judicial surge visiblemente con la imagen interpuesta por el Acto Reglamentario número 03 de 2002, según el cual, para impedir el “contagio” del sentenciador, “el juez que ejecute las funciones de control de garantías, no logrará ser, en ningún asunto, el juez de conocimiento, en aquellas cuestiones en que haya practicado esta función”. Esta medida de exacta dispersión de funciones crea, en el mismo lapso, la huella psíquica de confianza e imparcialidad del juez, quien aparta cualquier duda sobre su parcialidad cuando ingresa a conocer un argumento con los acervos probatorios que se le exhiben en la misma oportunidad en la que debe evaluarlos.

El legislador creyó ineludible desenlazar al juez de la ocupación de investigar los hechos, por lo que permitió a la Fiscalía, Ministerio Público, defensa y víctimas, la tarea de contribuir las pruebas aptas para aclarar la autenticidad de lo pasado con ocasión del delito. Evitándose de esta forma que se colocara en tela de juicio la fe y seguridad en el juez, que a través del mandato oficioso de pruebas, demostrara predilección por cualquiera de las partes o sujetos del juicio penal, es decir, que a pesar que la sola acción probadora del juez no genere, por si sola, una reciprocidad continua del juez con las partes, un beneficio o responsabilidad con el corolario del proceso, el solo hecho de avanzar en la exploración de lo sucedido y de examinar de cerca las derivaciones efectivas del delito, si logra causar un prejuzgamiento o una actitud adelantada que le corresponde evitar.

Si el acusado se supone es inocente y la carga de la prueba de la autenticidad de los cargos inculcados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es racional deducir que al juez no le incumbe obstaculizar el juicio para llevar a cabo una nueva indagación o reparar los compendios de convencimiento de la condena, por lo que le corresponde emplear el principio del in dubio pro reo y condonar al



sindicado. Dicho de otra manera, la restricción de la oficiosidad judicial del factor probatorio en el período del juzgamiento presume una caución, en específico, para el acusado.

Por estas consideraciones, es racional ultimar que la contravención a los jueces de declarar pruebas encaminadas a averiguar la autenticidad de las imputaciones de la Fiscalía, despliega el principio de imparcialidad legal asegurado en la Carta Magna.

En relación, a todo lo anterior, se puede rectificar que con la disposición oficiosa de la prueba, el juez no obligatoriamente averigua el fallo del acusado, ni intenta situarse en situación de parte, pues la estricta medida de ejercer pruebas no lleva a una evidencia inmediata, sino que intenta indagar la exactitud de lo acontecido, por lo que el juez le correspondía tener acceso a esa potestad. Señalamiento con el cual, la Sala no está de acuerdo por 2 mociones: En primera medida, porque no se trata de garantizar la desidia de la exploración de la verdad, se trata de aproximar el juicio penal a las garantías de la democracia constitucional y en este sentido concebir la concepción de la verdad. En segunda medida, porque es cierto que el mandato oficioso de pruebas, que parte de vacíos probatorios que procura colmar el juez, desnivela el enfoque en que se hallan las partes y la igualdad de herramientas procesales que están creadas en el juicio penal para avalar la validez de los derechos y libertades de los intervinientes en el proceso penal.

De esta manera, la inactividad judicial en el factor probatorio beneficia la igualdad de trato jurídico entre los partes procesales y, en particular, lo que la doctrina especializada ha designado como la igualdad de armas en el sumario penal. Dicho de diferente manera, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se pruebe la igualdad de posibilidades y obligaciones entre las partes en las acciones penales cuya peculiaridad principal es la existencia de contradicción.

En consecuencia, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal forma parte del eje fundamental de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales uniformes de imputación y defensa, de tal modo que se frene la inestabilidad entre las partes y, en cambio, se legalice el uso de sus propios medios y cargas de alegación, prueba y refutación. En este momento, la discrepancia institucional, evidente en el régimen penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, posee mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a



cargo de los particulares), presume la ineludible mediación legislativa para resaltarla y respaldar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el refuerzo y real aplicación de nociones procesales tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, ubican al juez en un enfoque claro frente al vacío probatorio: la inacción probatoria como herramienta de equiparación de armas entre las partes.

La exclusión a los jueces de dictar pruebas encaminadas a averiguar la autenticidad de las imputaciones de la fiscalía, desarrolla el principio de imparcialidad judicial asegurado en la Carta Política. La acción probatoria del juez es una herramienta primordial para la averiguación de la verdad y la ejecución de la justicia, con la consagración del método penal acusatorio se impuso la inacción o pasividad probatoria del juez en las fases en donde se controvertiera el material probatorio contribuido (audiencias preparatoria y de juicio), porque esa filosofía está angostamente atada al derecho de defensa del procesado; de ahí que en cuestiones donde existan la mínima duda de que la conducta forja responsabilidad penal o que no fue realizada por el acusado, el juez debe absolver o condonar de los cargos. En este régimen y con la máxima eficacia de la presunción de inocencia y del in dubio pro reo, es claro que la proscripción objeto de estudio es una garantía a favor del acusado. La sala señala por otro lado, que el constituyente y el legislador colombiano trazaron una guía propia de régimen penal acusatorio, tomando elementos usuales de otras legislaciones, pero asimismo apartándose de otros distintivos. Aseverando que, si en otros países adoptaron la prueba de oficio como una pauta necesaria en el proceso penal, no significaría que el legislador colombiano estaba obligado a continuar ese estándar en nuestra reglamentación.

Existiendo otros países cuya negativa de pruebas de oficio en el procedimiento penal acusatorio es aún más necesaria que en Colombia, como es el proceso de Puerto Rico y Estados Unidos, nuestro legislador se encuentra en la obligación constitucional de sistematizarlo en forma similar. Discurren que el legislador goza de amplio margen de libertad de alineación normativa para establecer el sistema probatorio de cada método reglamentario, considerando sensato y aceptado constitucionalmente la prohibición de la prescripción de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, valoración que puede determinarla contraria o admisible frente a la acción probatoria del juez en la audiencia preparatoria.

En séptima medida, a discreción de esta Corporación, la exclusión comprendida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, no es absoluta, al punto que



los jueces de control de garantías, si pueden fijar y ejercitar pruebas de oficio, en asuntos en los que sea preciso avalar la validez de derechos que son objeto de inspección judicial. Conclusión, a la que llegaron una vez analizaron de manera sistemática y teológica la regla atacada, artículo 361 de la Legislación 906 de 2004, que refleja que la medida demandada en el contenido normativo simboliza que la inacción probatoria del juez está delimitada a la fase del juicio y, esencialmente en la audiencia preparatoria, asimismo que la ausencia de reglamento en relación a los ciclos anteriores al juicio, exponen que la oposición acusada obedece a la organización del juicio penal adversarial, mientras se sitúa en el período de contradicción entre los sujetos procesales, en la etapa del proceso en la que se revela la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se identifica por el razonamiento probatorio, es metódico, obligatorio y conveniente que el juez no fije pruebas de oficio porque fragmenta los principios de igualdad de armas e imparcialidad en la reglamentación penal acusatoria.

Lo que no es igual en aquel ciclo en el que el juez tiene como única gestión certificar la actividad de la búsqueda y conservación de los derechos y libertades que alcanzan a resultar afectados con el juicio penal. Por lo que la estricta ubicación de la regla demandada en el régimen jurídico procesal penal consentiría ultimar que el intervencionismo probatorio está negado, en un perfil terminante, simplemente para el juez de conocimiento, quien posee a su cuenta la orientación y conducción de la discusión probatoria entre las partes y, no para el juez de control de garantías. Determinando que la justificación de la inactividad probatoria del juez de conocimiento encuentra apoyo constitucional desde la figura de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre los sujetos procesales en el régimen penal acusatorio, no teniendo fundamento alguno intentar emplear esa misma noción en el ciclo procesal en la que no están las partes, ni impugnación de pruebas, ni discusión en torno a la eficacia y validez de la prueba encaminada a indicar apócrifos explícitamente discordantes. Ya que la oposición acusada no se emplea en la instrucción de oficios propios del juez de control de garantías, sino exclusivamente ante el juez de conocimiento. Concluyendo que la norma objeto de debate se ajustaba a la constitución. Declarando así el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 exequible.

El Honorable Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, salvo su voto apartándose del fallo adoptado por la sentencia C-396 del 23 de mayo de 2007, que declaro al artículo 361 del Código de Procedimiento Penal exequible, por considerar que la negativa absoluta allí comprendida debía exceptuarse de la codificación jurídica ya que la misma agobia la firmeza de la justicia material y el deber estatal de instituir la





verdad real. Fundamento sus argumentos abreviadamente así: explica que, así como en los otros planos del derecho se le permite alcanzar pruebas de oficio cuando así lo discurren oportuno sin dar terreno al menosprecio o al traslado de las tareas probatorias procedentes del beneficio que les corresponde a las partes en conflicto en cada ramal del proceso. Porque resulta que en el reglamento penal se presente lo contrario, ya que es una de las ramas que debiera garantizar por estar de por medio un derecho fundamental como el de la libertad, se proceda en cambio a vetar al juez que aspira y debe averiguar la verdad, como modo de resguardar la justicia y los derechos fundamentales.

Esa exclusión absoluta tipificada en el artículo 361 de la legislación frente a la prescripción de pruebas de oficio por parte del Juez de conocimiento al interior del proceso punitivo, quebranta los preceptos de la Carta Constitucional, debido a que ninguna norma de menor firmeza logra restringir, en métodos que no den parte a excepción alguna, esa necesidad de aclarar la realidad hasta donde sea permisible, más allá de lo que los interesados pretendan o consigan definir, pues valores como la justicia y la verdad priman delante la destreza o los recursos que estén en trascendencia o a la voluntad de los sujetos procesales y los intervinientes.

Apartándose de la apreciación mayoritaria de la sala, al considerar que la neutralidad de un juez no tiene por qué perjudicarse cuando decreta pruebas de oficio, ya que en nada involucra que se inmole su imparcialidad, pues en contraposición a esto, la administración de la verdad es la vía para que la providencia sea justa, segura e imparcial.

Cuando se fija y efectúa una prueba de oficio, se conserva i) la legitimidad, pues es aportada al interior de un proceso y ante un Juez; ii) la publicidad al ser asociada ante todos los que le incumban y pretendan concurrir, internamente en un juicio verbal; y, iii) la contradicción, en la medida en que nada reduzca ni limite la potestad de impugnar los compendios de justificación, que perpetuamente lograrán ser combatidos en la audiencia pública, proceda de quien procediere la iniciativa.

Señalo que la Corporación de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha realizado pronunciamientos frente al tema, discurrendo en que por acceso jurisprudencial, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional descartan como esta en la Carta Política, que el juez cumpla un papel de mero arbitro en el sistema acusatorio por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el juez fije pruebas de oficio podría poseer fortuitas



particularidades, para ello es indispensable que el juez replique sensatamente frente a cada asunto determinado que de emplearse textualmente la limitación comprendida en el artículo 361, se procederían efectos incongruentes con la Constitución y, por tanto, inadmisibles.

Siendo viable que, por conocimientos de fondo constitucional, extraordinariamente el juez resuelva no emplear la negativa del artículo 361 de la Legislación 906 del 2004, para que en su lugar se pueda usar la Norma Superior, como regla predominante que es, con el objetivo de probar justamente el desempeño de ciertos fines constitucionales del juicio penal. Es que la investigación de la verdad, el saneamiento de los derechos elementales del acusado y de la víctima, la protección de la armonía pacífica y la eficacia de un mandato justo, no deben abandonar al albur de la capacidad de convicción de manejo, a veces histriónico, de la prueba y de los patrimonios para acumularla, unirla y ejecutarla o impugnarla, según se ajuste al origen que se personalice, lo que podría incitar conceptos penales elitistas por el nivel de habilidad del Fiscal, frente a un juez a quien la ley acarree a ser insensible o rezagado, para quien lo similar es la verdad que el aspecto que le hayan exhibido y tenga que separarse en una apatía que no le alcanza ser adecuada, así reservadamente lamente porque no fue solicitada y comprobada tal o cual prueba, que en su prerrogativa interna aprecie que podría haber sido determinante, en cualquier sentido.

Expreso también de que no se trataba de que el Juez en la audiencia preparatoria, al fijar “la práctica de las pruebas requeridas cuando ellas se refieren a los hechos de la imputación que demanden prueba, en unión con las pautas de la pertinencia y admisibilidad” y las que extraordinariamente pida el Ministerio Público, contenga las que apropiadamente posea, sino que el ejecutado en el juicio oral y con capacidad de tiempo y estudio para dar lugar al completo ejercicio de contradicción, aún con pruebas anexas que le requieran, sitúe las que broten de las ejercidas, las “pruebas de las pruebas” y la (s) que logre (n) llevarle a atribuir condena, disminuir esta o condonarla, pues la ausencia de tal fragmentado de exposición podría estarle reprimiendo demostrar, por ejemplo, una causal de abandono de compromiso, que le sacaría del equivocado “conocimiento más allá de toda duda” que haya alcanzado surgir de una defensa mal encaminada.

Por último, considero el honorable magistrado en conclusión que con la original iniciativa probatoria del Juez Penal no se perturba su imparcialidad, en cuanto tramite: i) evidenciar con certeza hechos contenidos en el proceso, no diferentes a los que yacen en la imputación, libremente de que resulten propicios a la teoría del caso de la Fiscalía, de la defensa o a los intereses de la víctima, lo cual el Juez



no debe saber por adelantado; ii) no se transforma el juez en otro inculpador, pues se reverencia la ocupación de la Fiscalía y la carga probatoria que le corresponde para modificar la presunción de inocencia; iii) prima como garantía constitucional para la sociedad, el imputado y la víctima, el acceso a la justicia, mediante una decisión fundada en la verdad real; y, iv) se asegura el derecho de contradicción por ser ejercidas las pruebas en el juicio, lo que no excluye la colaboración de las partes en su práctica y su derecho a discutir las, facilitando la validez a la justicia material. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

De una manera amplia y concreta la Honorable Corte Constitucional, explico las razones del legislador para implantar de manera tajante la prohibición de pruebas de oficio en el Código de Procedimiento Penal, guiada por la reforma introducida por el Acto Legislativo número 3 de 2002, como referente determinante que se torna a un modelo con tendencia acusatoria, separando la etapa de investigación y juzgamiento. Considerando que es una de las instituciones que tiene el poder y el conocimiento para realizar este análisis e imponer este precedente como guía de estudio de los objetivos a alcanzar en esta investigación, por tal razón, se especificó de manera intensiva.

Así describió las características más relevantes de este nuevo sistema en nuestro país la Honorable Corte Constitucional (2007):

- Alejamiento categórico en las fases de investigación y juzgamiento. Como resultado de ello, se desvanece la instrucción como ciclo de la instancia procesal recomendada al juez y se convierte en un período preliminar para el juicio. De esta manera, al juez punitivo se le encarga la inspección de las garantías legales, constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral.
- El papel del juez en el régimen penal acusatorio está ajustado en la vigilancia de los sucesos en los que se requiera ejercicio de la autoridad jurisdiccional o que envuelvan limitación de derechos o evaluación jurídica de los hechos. Igualmente, la inspección judicial no sólo debe sintetizarse en el acatamiento formal de las exigencias sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego.
- La acción judicial simplemente emana a postulación de parte. También, en alianza con el artículo 250 de la Carta Política, el adiestramiento de la acción penal queda a cuenta de la Fiscalía, quien debe pedir al juez de control de garantías las medidas ineludibles para aseverar la presentación



de los inculpados, la supervivencia de la prueba y el amparo de la sociedad. Esa propia autoridad posee a su cuenta la exposición del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para el auxilio de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

- El proceso penal es, por norma general, oral, contradictorio, concentrado y público.
- Es dable que el proceso penal no se forme o se acabe pese a la convicción de la ocurrencia de una infracción porque existió la aplicación del principio de oportunidad o porque hubo un pacto entre los individuos procesales. Por norma general, en los asuntos de culminación adelantada del proceso, existirá una vigilancia judicial material y formal de la providencia acogida.
- Las funciones judiciales del juez de control de garantías y de conocimiento presumen la clara distinción de dos papeles para los jueces penales. En primera medida, el que posee a su cuenta el resguardo de las garantías y libertades individuales en las fases introductorias a la imputación y, en segunda medida, el juez que asume el compromiso de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso.

A pesar que la Ley 906 de 2004, exteriorizo de forma categórica la oposición de prueba de oficio por parte del juez de conocimiento en la etapa preparatoria, y que como se observó anteriormente la Corte Constitucional, planto su decisión en apoyar este régimen con tendencia acusatoria, por su lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ajusto la disposición suscripta frente a dicha prohibición que en su estructura no es del todo absoluta al albor de la Norma Superior.

Con fundamento en vías jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional y descartando los parámetros establecidos en la Carta Política, en relación al cumplimiento del papel del juez como mero árbitro del sistema acusatorio presidido por la Legislación 906 de 2004, respecto a la oposición que el juez dicte pruebas de oficio, se determinaron ocasionales excepciones; requiriendo al juez de manera imprescindible la argumentación razonable frente a cada asunto determinado que de emplearse textualmente la limitación comprendida en el artículo 361, se producirá efectos inadecuados con la Constitución y por ende inadmisibles. Siendo viable que, por juicios de naturaleza



Constitucional, extraordinariamente el juez resuelva no usar la oposición del artículo 361 de la Legislación 906 de 2004, para en su lugar, emplear la Carta Magna, como regla superior que es, con el objetivo de avalar exactamente el acatamiento de cualquiera de los colofones reglamentarios del proceso penal. Lo anterior, en métodos ordinarios, facilita al funcionario penal el desacatamiento transcrito en el artículo 361 de la Legislación 906 de 2004, en cuanto impide fijar pruebas de oficio, pues se trata de un orden reglamentario que posee razón de ser en el régimen acusatorio efectuado en Colombia. Empero, cuando por impulsos de calidad Constitucional, el juez alcance el convencimiento de que es necesario declarar una prueba de oficio, previo a forjarlo, le corresponde enunciar con evidencias fundamentadas las razones por las cuales en el asunto concreto la aplicación del artículo 361, causaría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, empleara preferiblemente la Constitución, por ser la norma de normas, como lo pacta el artículo 4º constitucional.

Solo posterior a la acción de esta naturaleza del juez, extraordinariamente, puede dictar una prueba de oficio. Esta forma de entender, tiende a avalar la ejecución práctica de las funciones constitucionales en los contextos definidos, y no intriga contra la eficacia normal de la oposición comprendida en el artículo 361 de la Legislación 906 de 2004. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2006)

Se denota las objeciones que presentan la Corte Constitucional con su anterior providencia y los postulados de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la excepción del juez de conocimiento de decretar pruebas oficios.

En conclusión, la constitución de 1991, estructuro un proceso mixto, perfeccionado en el Código de Procedimiento Penal, cuyos principales rasgos fueron:

- El apartamiento de las funciones de exploración e imputación de la de juzgamiento. Desde esta perspectiva el proceso tomo una connotación de tipo acusatorio.
- Conservo el principio de oficiosidad para adelantar la investigación, ordenar y practicar pruebas con una inclinación claramente inquisitiva.
- Reconoció poderes inquisitivos al fiscal, tales como interrogar al sindicado; buscar la confesión y practicar algunas pruebas en forma secreta.



- Estableció el principio de permanencia de la prueba en virtud del cual como el Fiscal es el funcionario judicial la prueba por el practicada posee plena eficacia en el juicio y no es necesario repetirla ante el juez que adelanta el acto de juzgamiento.
- Como uno de los principios rectores de la acción del Fiscal consagro el principio de investigación integral, consistente en que debe averiguar tanto lo favorable como lo nocivo al procesado. Su incumplimiento se consideró jurisprudencialmente causal de nulidad por infracción del debido proceso y creó dificultades para la aplicación del principio de la carga de la prueba, porque es muy difícil de entender que un órgano que tenga el deber de indagar tanto lo favorable como lo negativo al enjuiciado al mismo tiempo tenga la carga de la prueba de la responsabilidad, más aun cuando, adicionalmente, el fiscal en la fase de investigación es director del proceso y en la fase del juzgamiento es parte.
- Estipulo que los fiscales debían acusar en presencia de la prueba necesaria, pero estos entendieron que debían agotar toda la actividad probatoria perfeccionando la investigación y con dicha apreciación no remitían el proceso al juez sino cuando habían agotado toda la actividad probatoria, olvidando que está se podía complementar en el juicio y que la prueba necesaria era apenas la indispensable para fundamentar la resolución de acusación.

La ejecución de dicha regulación en conjunto con la aplicación de los principios de oficiosidad, permanencia de la prueba y perfeccionamiento de la investigación se dan al traste con el juicio donde no hay actividad probatoria y, por tanto, no operan los principios de oralidad, inmediatez, publicidad, contradicción, concentración, principios fundamentales del proceso acusatorio. (Valencia, 2003, págs. 18-20)

### **5.2.5. Papel del Juez dentro del proceso:**

Como nuestro proceso de investigación está basado en el estudio de dos codificaciones del derecho procesal con procedimientos internos propios y con diferencias dentro de su esquema, hablaremos separadamente de este tema primero desde el Derecho Procesal General y luego desde el Código de Procedimental Penal.



### 5.2.5.1. Desde el Código General del Proceso:

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se faculta a un gran juez, se robustece su rol como director del proceso, con amplios poderes de dirección y gobierno, activo en la investigación, bajo presupuestos de autenticidad, intermediación y concentración, como una apuesta de mayor visibilidad frente a la comunidad, garantizando así la publicidad de las actuaciones, la imparcialidad y la adecuada motivación de las decisiones. El juez tiene que valorar el comportamiento de los sujetos procesales para encontrar elementos de convicción, para su evaluación positiva o negativa. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012)

La obligación de los jueces es dilucidar (o verificar) todas las alegaciones relevantes de las partes, en orden a agilizar la decisión más próxima al valor justicia, y evitar, hasta donde sea posible, las nulidades procesales y las sentencias inhibitorias.

Desde la doctrina solo se ha encontrado como antecedente del deber que se estudia la exposición de Schönke, quien habla de un deber judicial de esclarecimiento, ya que el juez "...debe hacer, dentro de los límites del principio dispositivo, todo lo posible para garantizar una resolución justa en el fondo".

En el tema civil la búsqueda de la verdad material debe primar en el proceso y el juez como director del mismo debe propender por buscar dentro de las pautas legales. Por ello el funcionario civilista ha sido dotado de un amplio margen de maniobra tanto a nivel legal como constitucional como lo señala el artículo 2 de la Carta Política (1991) donde se fijaron pautas al respecto cuando prevé que: son objetivos fundamentales del Estado: servir a la sociedad, promover el bienestar general y avalar la efectividad de los principios, derechos y obligaciones consagrados en la Carta Superior; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; proteger la independencia nacional, conservar la integridad territorial y asegurar la convivencia de un orden justo.

Por ende, el juez no puede simplemente dictar la sentencia y resolver el conflicto de cualquier manera, no según las directrices constitucionales lo que debe hacer es buscar que el fallo que se dicte sea lo más justo posible y para ello debe vincularse con las partes para su búsqueda, dejándolas en un mismo pie de igualdad tanto social como económico, sin diferencia alguna que impida esa "dirección social del proceso" por parte del funcionario judicial.



El Juez como conductor del proceso debe entrar a avalar un equilibrio entre los sujetos procesales, equilibrar las cargas y poner a la parte débil y fuerte en un mismo plano de igualdad con el fin de buscar la verdad material mediante el decreto de pruebas de oficio. (Grisales, 2012)

La Corte Constitucional, determino que el decreto de oficio de pruebas, en el asunto civil, no es una facultad o atribución discrecional del juez, es una auténtica obligación legal. En consecuencia, el funcionario le corresponderá dictar pruebas de oficio constantemente que, desde los hechos referidos por las partes y de los acervos de prueba que estas intenten hacer valer, germine en el funcionario la necesidad de aclarar áreas opacas de la discusión; cuando la legislación le indique un claro derrotero a alcanzar; o cuando hallan razones fundadas para creer que su inacción logra retirar su fallo de la senda de la justicia material. Como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, la potestad de oficioso del juez, resulta de una obligación procedente de su roll como conductor del proceso y de su responsabilidad por encontrar la verdad como presupuesto de la justicia, esencialmente, si se toma en recuento que la ley no asignó restricciones materiales a la constitución de pruebas por parte del juez, como si sucedió en el caso de las partes. (Corte Constitucional de Colombia, 2009)

De allí que el juez le corresponda o logre según la referida legislación convenir pruebas por su propia decisión, dentro de los términos del proceso en cualquier instante. Pero esto no simboliza que las partes resulten redimidas de la carga de la prueba, pues las consecuencias del hecho fortuito permanecen. Por otro lado, estas están en insuperable situación de proveer los acervos aptos para garantizar la concerniente situación fáctica, ya que conocen mejor las características de la relación que ha causado la limitación. Al juez en cambio, le es muy dificultoso apoderarse solo de la acción verificadora de contextos o sucesos a los que ha estado ajeno. (Gómez, 1994)

En todas las ramas del derecho debe ser primordial la actividad probatoria de oficio como principio para materializar la verdad, garantizar la justicia y proteger los derechos fundamentales.

El juez debe comportarse como un actor social dentro del proceso para ayudar a esclarecer los hechos, dejar su indiferencia y abulia, desistir de ser un frio funcionario que emplea frívolamente la ley, para acoger el roll de asegurador de los derechos materiales cuando haga falta elementos que lo lleven a la convicción. Cuando existen incertidumbres o cuando el acumulado de pruebas sea escasa,





como, por ejemplo, que la parte en realidad tenga razón, y que no esté en circunstancias equilibradas frente a su contraparte para probar (bien porque los hechos son del resorte técnico de una rama puntualizada del conocimiento, o bien porque su apoderado no ha tramitado la acción probatoria acuciosamente). (Ferrer, 2015, pág. 286)

Dentro del juicio valorativo de la prueba, el juez probablemente revelará vacíos probatorios que no le permitirán alcanzar la verdad de los hechos. En ese preciso instante de aterrador vacío para abastecer la necesidad de verdad por decirlo de esa forma puede y debe declarar pruebas de oficio. Es un momento de reflexión, pero alimentado por la ansiedad de descubrir la verdad, lo que prácticamente impulsa al juez a decretar pruebas de oficio. Descripto en otras palabras como la necesidad psicológica del juzgador por la verdad. No pudiendo ser otro el comportamiento de quien interioriza la filosofía de la justicia, de acuerdo con la cual esta no se dirige bien, sino cuando se respalda en la verdad de los hechos.

Ello resulta absolutamente contradictorio cuando el pensamiento que opera instituye que el fin del proceso es conjugar las ventajas para disipar el apremio. Con este pensamiento, la angustia derivada por la peripecia de revelar la verdad que florece en muchos momentos se deriva moderada por el juzgador, con lo que facilita al traste incluso con el acoplamiento de utilidades y resulta justificado seguir con el conflicto. Para este pensamiento, la verdad puede implicar un desvalor. Indagar la verdad es ideológicamente obligatorio, experimentadamente viable y aparte de suplir una necesidad psicológica del sujeto que juzga, que cuando empieza revelar si tiene la necesidad de estar al corriente de la realidad de los hechos que le valen de apoyo a lo que va disipar.

Por otro lado, defiende que la necesidad lógica de determinar pruebas de oficio, que está fundamentada en la penuria que tiene el hombre como lo sostiene Rescher, de información e intenta por todos lados conseguirla, tal como posee la necesidad de provisiones. Los individuos se han desarrollado en su entorno para colmar el vacío de un ser inteligente. La exigencia de comprensión, es decir, de ajuste cognoscitivo al entorno o de echar de ver la vía que compone una de las imposiciones primordiales de la condición humana. El hombre es homo quarens.

El juez es educado para investigar (dentro de ciertos límites), cuando revela una insuficiencia probatoria y como resultado de un vacío cognoscitivo, soporta una molestia similar al sufrimiento corporal. Frente a ese contexto, la necesidad elemental de información y comprensión, obliga al juez y le corresponde crear lo que sea preciso para su complacencia.



Ya que no es viable solicitarle al juez que desista a su necesidad de información para situar el proceso cognoscitivo, salvo que se manipule la filosofía de que lo significativo es solventar el conflicto, sin que importe si ello se logra sobre la verdad o sin ella. Aseverando que la interiorización ideológica impide la necesidad cognoscitiva, pero mientras esa no sea la ideología, aquella que debe ser colmada, y ello, en el proceso, solo se consigue con las pruebas de oficio. (Quijano, 2004, págs. 15-18)

Frente al poder oficioso del juez Taruffo (2010), hace referencia a esta práctica de pruebas así:

En efecto, las atribuciones que se le conceden al juez se alinean como subalternos – suplementarios, en relación, de las iniciativas probatorias de los sujetos procesales. Como imperceptible sucede, las partes ejecutan intachablemente su derecho a la prueba y contribuyen todas y cada una de las pruebas útiles en afinidad a los hechos de origen, no teniendo el juez necesidad de desplegar sus atribuciones y, por ende, se mantendría legítimamente pasivo. Solo en caso de que descubriera (a partir de los materiales del proceso, no por su conocimiento privado) que existiera una prueba relevante que no ha sido exhibida por las partes, entonces el juez podría (o posiblemente le corresponde) le incumbe disponer de oficio la ascensión de esa prueba o intimar a las partes para que la entreguen. De ninguna forma, se preverá que el juez se convierta en un inquisidor en el que se reúnan todos los poderes de instrucción y de revelación de la verdad, apretujando o incluso aboliendo los poderes probatorios de las partes. De hecho, su rol es mucho más comedido y sensato; y se fundamenta en demostrar si las partes han contribuido todos los datos cognitivos útiles para prescribir la verdad de los hechos y en adjudicarse un papel activo si es que eso no hubiera sucedido. (pág. 199)

#### **5.2.5.2. Desde el Código de Procedimiento Penal:**

La prueba de oficio en el procedimiento penal sigue un sistema netamente inquisitivo que propugna por que el juez sea exclusivamente un tercero imparcial que ampare el buen desarrollo del proceso, pero sin inmiscuirse en cuestiones de fondo, ya que existen principios como el de favorabilidad que en caso de no estar comprobado el hecho delictuoso el A quo no puede entrar a corregir. (Grisales, 2012)



Entre las características planteadas por el legislativo y las consignadas en la Ley 906 de 2004, con el fin de avalar la rectitud objetiva del juez se definen las siguientes: a) el juez que instruye no juzga, b) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se concibe como un mediador equitativo que averigua la justicia material y, c) la carga de la prueba de la responsabilidad penal incumbe a la Fiscalía. Obsérvese que estas tres particularidades, así como describen el papel del juez en general dentro del Procedimiento Penal también garantizan la neutralidad del juez refiriéndose a la conducción de la prueba en el sistema penal acusatorio.

Se determinó la palabra general anteriormente debido a que en el proceso penal para hablar del papel del Juez dentro del procedimiento se tiene que estipular la función que les corresponde tanto al Juez de Control de Garantías y el Juez de conocimiento respectivamente en cada etapa del proceso así:

El Juez de control de Garantías, que dentro del procedimiento es el primero en actuar como autoridad jurisdiccional, es su deber salvaguardar los derechos primordiales en el proceso de custodia de fundamentos materiales probatorios, en su etapa de intervención, todavía no se habla de pruebas, ni inestabilidad de partes, ni desquebrajamiento de la organización del proceso penal, puede ampliar sus potestades oficiosas no para instituir el compromiso penal del enjuiciado sino para certificar el deleite seguro de los derechos principales, posee a su cargo el amparo de las garantías y libertades propias en las fases introductorias a la imputación, es el asegurador de los derechos constitucionales y revisor de la acción de las autoridades públicas y de los individuos en la fase de la exploración penal, goza a su obligación la aprobación y modulación de los derechos en conflicto y es guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal.

El juez de conocimiento, por otro lado, se evidencia como un juez espectador que inspecciona sensata y realmente el escrito de acusación exhibido por la Fiscalía (artículos 336 y 337 del Código de Procedimiento Penal), concurre a la revelación de los principios probatorios y las pruebas (artículo 344), puede contrainterrogar testigos (artículo 397), despliega inspección fundamental y consecuente sobre los preacuerdos y convenios entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 348 a 354), ejecuta vigilancia completa sobre el estudio del principio de oportunidad, resuelve la pertinencia y recepción de la prueba (artículos 375 y 376) y, ejecuta inspección sobre los pactos probatorios (artículo 356, numeral 4º).



Eso pauta, entonces, que en este régimen, el juez lejano de ser un convidado de piedra, tiene una potestad completamente activa en la averiguación de la verdad, la ejecución de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se hallan en tensión en el proceso penal, por ese conocimiento se rige el proceso penal y requiere la aplicación del derecho, no obstante, de acuerdo con la libertad de pericia normativa del legislador, no consiga decretar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

Por otro lado, el juez de conocimiento es un funcionario imparcial; que cumple el papel de árbitro de la actividad de las partes; razón por la cual no está investido de autoridad para establecer pruebas de oficio, sin perjuicio de que pueda realizar interrogaciones al testigo o al perito para depurar sus demostraciones o que refute las consultas inconducentes, injustas o inadecuadas. Es el encargado de sentenciar culminando con el juicio oral declarando la inocencia o la culpabilidad. (Valencia, 2003, págs. 41-42)

En todas las ramas del derecho debe ser primordial la actividad probatoria de oficio como principio de materializar la verdad, garantizar la justicia y proteger los derechos fundamentales.

En conclusión, el juez penal, no solo debe garantizar los derechos Constitucionales del sindicado, sino también de la víctima y sobre todo el de esta a conocer la verdad sobre lo sucedido acceder a la justicia y lograr el resarcimiento integral para lo cual el juez debe estar autorizado, así sea extraordinariamente para determinar pruebas de oficio, con autonomía o inexperiencia de si han de resultar rentables para la defensa o para la acusación, salvaguardando los principios de contradicción y debido proceso que ultime en un fallo justo que favorezca a la sociedad y la víctima que por ley tiene derecho a un resarcimiento integral, conocer la verdad y adherirse a la administración de justicia. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

**5.2.6. Tabla 1. Cuadro Comparativo de la Aplicación de la Prueba de Oficio en el Código General del proceso y el Código de Procedimental Penal:**

<b>CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (LEY 1564 DE 2012)</b>	<b>CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (LEY 906 DE 2004)</b>
El proceso es impulsado a petición del	El proceso se instruye por ejercicio



interesado.	(acusación), denuncia o de oficio.
El individuo procede en calidad de demandante	Es el propio Estado (Juez)
El impulso procesal lo efectúa los interesados no el juez.	El impulso procesal es realizado por el Juez
El acusado o demandado sabe a partir de la iniciación del proceso quien y porque se le culpa (o demanda)	El acusado (o demandado) no sabe desde el inicio quien ni porque se le imputa (o demanda)
Los sujetos procesales saben quién es el juez	El acusado puede no saber quién es el juez
El proceso es público, lo que excluye instintivamente la eventualidad de tormento. (Guerrero, 2010)	El proceso es oculto, lo que facilita el tormento. (Guerrero, 2010)
<p>La prueba de oficio está tipificada en los artículos 169 y 170 de la Ley 1564 de 2012:</p> <p>Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.</p> <p>Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.</p> <p>Artículo 170. Decreto y Practica de Pruebas de Oficio. El Juez deberá decretar pruebas de oficio, en las</p>	<p>La prueba de oficio está tipificada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004; Artículo 361. Prohibición de Pruebas de Oficio. En ningún caso el Juez podrá decretar pruebas de oficio.</p>



<p>oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.</p> <p>Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.</p>	
<p>Inspirado en el Principio Dispositivo, pero sostenido en un pensamiento publicista del mismo.</p>	<p>Esquema Procesal con preferencia al Régimen Acusatorio.</p>
<p>El juez consagra la facultad-deber de determinar pruebas de oficio, que es un modo de destrozar la “divina igualdad”.</p>	<p>El Juez no puede fijar pruebas de oficio, porque rompería los principios de igualdad de armas e imparcialidad en el proceso penal.</p>
<p>La acción probatoria del Juez es una herramienta primordial para la averiguación de la verdad y la ejecución de la justicia.</p>	<p>Inacción probatoria del Juez de Conocimiento como garantía, para el acusado.</p>
<p>Las pruebas de oficio sirven para la comprobación de los hechos concernientes con las exposiciones de las partes porque dificultosamente se logra forjar el proceso como justo. Cuando el dictamen no se constituye sobre la verdad.</p>	<p>Mediante la prueba de oficio puede generar el Juez un impacto sobre su credibilidad y confianza, pues puede demostrar predilección por cualquiera de los sujetos del proceso penal, pudiendo originar un prejuizgamiento o una actitud adelantada que debe impedirse.</p>
<p>Rompe con la igualdad de las partes. Afrontando la realidad de la Constitución cuando promueve las circunstancias para que la igualdad sea efectiva y real.</p>	<p>No se permite el desequilibrio de las partes.</p>
<p>El proceso civil se garantizan los principios de: Igualdad, legalidad, gratuidad, debido proceso, Inmediación, Concentración.</p>	<p>El procedimiento penal se ejecuta bajo los principios de: dignidad humana, Libertad, oralidad, contradicción, intimidad, lealtad, defensa, legalidad, imparcialidad, igualdad, gratuidad, intermediación, concentración y</p>



	publicidad.
Fortalece al Juez como Conductor del proceso.	Separación del Juez y la Acusación (Separación de Papeles).
Les incumbe a las partes probar los supuestos. Conforme a los preceptos del art. 1° de Constitución que sintetiza el apoyo de las personas, se consagra cuando a una de las partes le resulte más factible probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.	Las partes cuentan con medios procesales análogos de Acusación y defensa. Le incumbe a la Fiscalía General de la Nación, la práctica de las pruebas, como también a la defensa, el ministerio público y la víctima realizar actos de investigación.
Poder e independencia del Juez como conductor del proceso.	Garantía de Imparcialidad del Juez o Tribunal Competente principio rector del Proceso Penal art. 5 de la Legislación 906/2004.
La eficacia del Juez es buscar la prevalencia del derecho sustancial.	La eficacia del Juez es la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y de la validez de la investigación.
Discrecionalidad del Juez.	Neutralidad cognoscitiva del Juez
Un gran Juez con amplios poderes de dirección y gobierno.	Inactividad probatoria del Juez de conocimiento.
Arbitro activo	Arbitro pasivo
Independencia judicial del Juez	Dependencia judicial del Juez

## 5.2.7 Derecho Comparado:

### 5.2.7.1. La prueba de oficio-Procedimiento Civil - Código de General del Proceso:

A continuación se determinara una relación con la reglamentación Internacional más sobresaliente que reseña las potestades de oficio de los jueces, teniendo un acercamiento con estos métodos jurídicos que consienten tal componente particular inquisitivo en el proceso, ciertos estados como España, Italia, Francia y Estados Unidos, entre otros, amparan el precepto de la prueba de oficio y lo envuelven al interior de las potestades del juez, con el objetivo de alcanzar a un fallo basado en apreciaciones y conocimientos ciertos de los hechos, de tal manera que le sea más factible administrar el proceso, así:



- En Francia, en su Código de Procedimiento Civil, establece en su artículo 10:

“El juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles”.

- En Estados Unidos, en las Reglas federales de Evidencia, (Federal Rules of Evidence), establece en su regla 614:

“Llamado e Interrogación de testigos por la Corte:

Llamada por la corte. La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados (...)

- a) Interrogatorio por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes.

Regla 706. Expertos señalados por la corte:

- a) Cita. La corte puede según lo disponga por si misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porque los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes él envié de nombramientos.

La corte puede elegir cualquier testigo especializado convenido por las partes, y puede escoger los testigos especializados de su propia elección. La corte no otorgara a un testigo especializado a salvo que el testigo tolere su proceder.

- En España, la Ley 1/2000, (7 de enero), de Enjuiciamiento Civil, puntea en su artículo 429:

Proposición y Admisión de la prueba. Señalamiento del juicio.

Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguiría para la proposición y admisión de la prueba.





MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia.

Solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

- 1) No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluida las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.
- 2) Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.
- 3) También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieren a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. (caso de *lus Super Veniens*).
- 4) Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancias de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.



- En México, en su Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de septiembre 1932, señala en su artículo 278:

Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrara como estime precedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.

- En Argentina, en su Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 22.434, en su artículo 36 dispone:

Aun sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán:

- 1) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto podrán:
  - a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;
  - b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que disponen el artículo 452 peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario.
  - c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

Es importante puntar que la Ley 25.488, entro en vigencia en mayo de 2002, modificando el artículo anterior, en el sentido de cambiar “podrán” por “deberán”, con lo que admiten vía legislativa, lo que otros ordenamientos ha sido fruto de interpretación dada por jurisprudencia.



Tal cual, como sucedió en nuestro país con el Código de Procedimiento Civil y la implementación del Código General del proceso, donde la facultad de oficio del juez tuvo un proceso de cambio frente al podrá-deber por parte del Juez.

- En Italia, en el Código de Procedimiento Civil de 1942, artículo 117, sitúa así:

Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.

Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.

Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116.

Si se niega el tercero, el juzgador lo condenara a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.

Artículo 439. Poderes instructorios del juez. El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil.

La prueba de oficio se ha afianzado en el ámbito internacional, como una herramienta procesal de amplia relevancia para los jueces y cortes de cada Estado. Incluso, las codificaciones se han enfocado básicamente en el derecho oficioso de pruebas testimoniales y periciales. (Guerrero, 2010)

- Brasil, tal figura existió desde el Código de Procedimiento Civil de 1939, puesto que fue redactado con base en el proyecto de Código de Procedimiento Civil Italiano. En el código vigente expedido mediante Ley 5.869 de 11 de enero de 1973, el artículo referido a las pruebas de oficio reza:



Artículo 130. Caberá ao juiz, de oficio ou requerimento da parte, determinar as provas necesarias á instrução do proceso, indefirindo as diligencias inúteis ou meramente protelatórias.

- Panamá, el Código judicial establece:

Artículo 793. Además de las pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este código, el juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el periodo probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicara aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.

La resolución que se dicte es irrecurrible y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresara el juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.

La respectiva diligencia se practicará previa notificación a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estiman conveniente.

Los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.

- Venezuela, el Código de Procedimiento Civil, expedido el 22 de enero de 1986, reza:

Artículo 401. Concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

- 1) Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogar libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro.
- 2) Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario.



- 3) La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes.
- 4) Que se practique que inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o si bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.
- 5) Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el tribunal, o se amplié aclare la que existiere en autos.

El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes.

- Uruguay, el Código General del Proceso Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988, mediante el que se recoge el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica redactado ese mismo año por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, establece:

Artículo 24. Facultades del tribunal. El tribunal está facultado: (...)

- 1) para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

Artículo 125. Deberes del tribunal. (...)

El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad. (...)

Artículo 139. Carga de la Prueba. Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.



La distribución de la carga de la prueba no obstara a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana critica, de las omisiones o deficiencias de la prueba. (...)

Artículo 193. Pruebas posteriores a la conclusión de la causa. Concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión, no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia.

El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que se efectuó ese anuncio, diligencia para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso. (...)

- Perú (1912), en Latinoamérica, el hoy derogado Código de Procedimientos Civiles del Perú, vigente desde 1912 y elaborado entre 1904 y 1908, establecía:

Artículo 340. Los jueces, en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y juramento decisorio.

Es inapelable el auto en que el juez ordena una prueba de oficio.

Posteriormente, con el Código Procesal Civil, entrado en vigencia el 28 de julio de 1993, y proferido mediante decreto legislativo 768 pocos meses antes de la expedición de la nueva constitución de 1993, establece:

Artículo 184. Pruebas de Oficio. Cuando los medios probatorios en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Excepcionalmente, el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial. (Quijano, 2004, págs. 68-80)

### **5.2.7.2. La prueba de oficio-Reglamentación Procedimental Penal:**

Frente al estudio y evolución de la prueba de oficio en otros países, expresa Pinzón (2006):



Por tradición, Colombia se ha nutrido sobre todo del derecho Italiano y, en los últimos tiempos, del alemán, es decir, estos constituyen fuente interesante de nuestro derecho y, por consiguiente, es válido acudir a sus legislaciones.

- El Código de Procedimiento Penal Italiano, que empezó a regir en 1989, de clara concepción acusatoria, se dice, en su artículo 507, integrante del “juicio”, establece que, acabada la práctica de pruebas, si fuere totalmente forzoso, el juez puede situar, aun de oficio, la práctica de nuevos medios de prueba.
- En Alemania, con base en el principio de la “obligación judicial de esclarecimiento”, a su vez surgido del principio de “investigación” de la “verdad material”, de “introducción” o de “inquisición”, dentro del desarrollo de la vista oral, según el numeral 2 del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, en esencia vigente de 1979.

Para la investigación de la verdad, el Tribunal desarrolla de oficio la práctica de pruebas hasta todos los hechos y medios de prueba que sean significativos para la providencia.

Y hay otros ejemplos:

- El Código de Procedimental Penal de Francia, que procede de 1958, pero con muchísimas modificaciones, en los juicios ante el tribunal correccional, este, en materia de pruebas, puede decretar la pericial que considere ineludible (artículo 434 del CPP) o un incremento de información cuando las pruebas se revelan escasas (artículo 463 CPP).
- El Código de Procedimiento Penal de Paraguay-Ley 1286 de 1998, en materia de “sustanciación del juicio” dentro del “juicio oral”, dispone en su artículo 394, bajo el título de “prueba para mejor proveer”, que:

Extraordinariamente, el Tribunal podrá decretar la admisión de cualquier prueba, si en el recorrido de la audiencia brotan hechos o situaciones nuevas que demanden su aclaración, cuidado de no remplazar por este fragmentado la acción oportuna de las partes.



- En sentido similar, el artículo 359 del Código Orgánico del Proceso Penal de Venezuela de 2001, prevé: nuevas pruebas. Infrecuentemente, el Tribunal podrá establecer, de oficio o a petición de parte, la admisión de cualquier prueba si en la trayectoria de la audiencia nacen hechos o situaciones nuevas, que pidan su aclaración.

El Tribunal velara de no suplir por este medio la realización oportuna de las partes.  
(Pág. 38-40)

En el derecho comparado se contempla que varios estados, asimismo, eligieron por el proceso penal acusatorio o con tendencia acusatoria atesorando, si bien de modo relativo y original, la iniciativa probatoria del juez, sin lo cual no logra expresarse que el régimen se resignó a su forma acusatoria.

- Por ejemplo, el artículo 268 del Decreto Ley 78 de 1987 o Código de Procedimiento Penal de Portugal, faculta al juez, en asuntos puntuales, a determinar pruebas de oficio.
- De equivalente forma, el artículo 388 de Ley 23984 de 1991 en Argentina, sitúa que, si en la trayectoria de la discusión se poseyera noción de diferentes acervos probatorios visiblemente ventajosos, o se forjaren necesarios otros ya distinguidos, el tribunal podrá decretar, aún de oficio, la admisión de ellos.
- En conclusión, los artículos 728 y 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, señalan:

Artículo 728. “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

Art. 729. “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

- 1) Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.
- 2) Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.





- 3) Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.” (Corte Constitucional de Colombia, 2007)
- En el Perú, como en la mayoría de las naciones iberoamericanas presiden un régimen acusatorio en materia procesal penal, así que el decreto oficioso de pruebas es un argumento que se emplea únicamente a partir del punto de vista excepcional como lo tipifica el artículo 385 de su norma procesal que una vez terminada la admisión de las pruebas, podrá situar, de oficio o a solicitud de parte, la acción de diferentes acervos probatorios si en el rumbo de la disputa resultasen necesarias.
  - La normatividad de Costa Rica, le reconoce al juez decretar pruebas como lo estipula su artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, revelando que previo al vencimiento del término para dictaminar la sentencia, si el juez apreciare la incondicional necesidad de acogida de nuevas pruebas o la ampliación de las admitidas, podrá prescribir el reinicio de la causa para práctica de pruebas. Asimismo, en su artículo 180, indica que el Ministerio Público y los Tribunales, poseen la obligación de gestionar por sí la búsqueda de la verdad mediante los acervos probatorios legítimos, desempeñando rigurosamente los fines de la persecución penal y los objetivos de la indagación. Pero al mismo tiempo, aporta equivalentemente incluido en la respectiva norma la oficialidad y estabilidad del proceso penal y de la prueba, ya que ahí donde se forja la reseña continua y expresa tanto al Ministerio Público, como a los Tribunales, como receptores de tal medida legal. Esa potestad que se le concede al juez de dictaminar pruebas de oficio, como lo instituye el artículo 320, artículo 335 del Código Procedimental Penal, le incumben ser practicadas con suma prudencia, correspondiéndole conservar en todo asunto esa obligación de imparcialidad que incumbe al tribunal. (Flórez Canosa, Galvis Sánchez, & Rico Díaz, 2013)

### **5.2.8. Evolución e Historia del Sistema Procesal Civil en Colombia:**

Antes de 1979 el juez era un mero espectador que se movía al vaivén de las partes y se encargaba de vigilar el proceso y fallar, y era eso un simple fallador, sin tener más facultades. Un funcionario neutral que no tenía autoridad para



entrar a subsanar dudas con miras a buscar la verdad material de la Litis, porque precisamente al no estar facultado para ello su actividad era casi nula en el trámite procesal.

Con la entrada en vigencia de los decretos 1400 y 2019 de 1970, el modelo de juez anterior, pasó a un segundo plano y comenzó la era del juez director del proceso, en el que tiene una actividad más directa con el proceso, se le dieron una serie de deberes, responsabilidades, poderes disciplinarios y lo más importante se le autorizó para buscar siempre en sus decisiones una verdad real que satisfaga tanto a las partes como a la misma sociedad, facultad está consagrada en los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. (Grisales, 2012)

El proceso en Colombia obtuvo sus raíces en el régimen dispositivo que, al interior de la norma principal, las partes promovían el proceso, instruían la demanda y añadían las pruebas aptas al caso. Sin embargo, como se notará el proceso civil, con la entrada del Código Civil de 1971, le proporcionó al juez potestades inquisitivas, como la del mandato y practica de pruebas de oficio. Previo a tales cambios, en el ámbito civil, la prueba de oficio, se encuadró por primera vez en Colombia en materia laboral.

La necesidad principal por la cual tuvo cambios en el campo laboral, como el de la entrada de la prueba de oficio en Colombia, fue la tensión existente en la relación de patrones y empleadores. De este modo, mediante dicho instrumento procesal, introductorio del principio inquisitivo en el factor probatorio, se examinó suministrar una salida jurídica a los apremios laborales, en donde cualquiera de las partes se hallaba en menoscabo delante a la otra.

Así con la difusión del Decreto 2158 de 1948, actual Código Procesal del Trabajo, se acentuaron compendios propios del régimen inquisitivo, congruentes al precepto y práctica de pruebas de oficio. El artículo 54 de dicha legislación, reglamenta la materia en el contorno laboral aprobando que el juez establezca la práctica de pruebas que, a su discreción, sean necesarias para la integral aclaración de los hechos que se debaten en el litigio. Este artículo forma la iniciación del perfeccionamiento reglamentario de la prueba de oficio en nuestro país.

En el campo civil, la prueba de oficio se plasmó con la entrada del Código Civil de 1971, como se ha señalado anteriormente. Comenzando con ella, el juez saltó de ser un interventor de corte neutral a un conductor del proceso, analizado como aquel que no solo guía y custodia aplicadamente cada fase procesal, sino que



además intercede activamente en el conflicto entre las partes, estimulando el proceso en ciertos períodos. El Código de Procedimiento Civil custodio esta reforma, instituyendo en sus artículos 179 y 180, que el juez o magistrado puede fijar pruebas de oficio “cuando las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”. Luego, el juez está en la obligación de dictar pruebas de oficio para dilucidar hechos y tener un acopio probatorio mayormente fortalecido, que esté dispuesto a una investigación que probablemente conlleve a la verdad material que se investiga. (Guerrero, 2010)

A partir del 12 de julio de 2012, se promulgo la Ley 1564, por medio de la cual se expidió el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 48.525 de la misma fecha, norma que fue corregida por el Decreto 1716 del 17 de agosto de 2012. De acuerdo con lo previsto en el numeral 6 del artículo 627 de la ley, se derogó a partir del 1° de enero de 2016, absolutamente el Código de Procedimiento de Civil, expedido mediante los Decretos números 1400 y 2019 de 1970 y todas las disposiciones que lo reforman. (Nisimblat, 2016)

### **5.2.9. Evolución e Historia del Sistema Acusatorio en Colombia:**

En Colombia se comenzó hablar de “Sistema Acusatorio” hacia 1979, cuando hubo otra reforma constitucional. Y de allí en adelante se ha intensificado, cada vez más, el ánimo de por fin hacer un Código Acusatorio, es decir, se fueron dando pasos, poco a poco.

Esos pasos son los subsiguientes:

- 1) Con la reforma Constitucional de 1979, por obra del acto legislativo No. I, se instituyó la Fiscalía de la Nación y se introdujo el denominado Régimen Procesal Penal Acusatorio.

Consecuencia de esa enmienda, fue expedida la Ley 6ª del mismo año, mediante la cual se faculto al gobierno para que dictara un nuevo Código de Procedimiento Penal. Así fue concebido el Decreto 181 de 1981, norma que, en su libro tercero, que se ocupaba del Juzgamiento con jurado y sin jurado, prevé en la primera parte del inciso I de su artículo 404, la orden de práctica de pruebas de oficio por parte del juez, con estas palabras:



Decreto de pruebas. Dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término anterior, el Juez resolverá sobre la legalidad de las pruebas aportadas, determinará las requeridas y las demás que crea convenientes y pondrá en conocimiento de las partes los dictámenes producidos.

- 2) Frustrada esa reforma, siguió la vigencia del Decreto 409 de 1971 y luego fue confeccionado otro código, expedido mediante el Decreto 0050 de 1987, que expresamente afirma en el inciso 2° de su artículo 492 que dentro del juicio,

De oficio, el juez podrá decretar pruebas que considere necesarias.

- 3) En el mismo sentido se pronuncia el Decreto 2700 de 1991, que de nuevo creo la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual prácticamente se expidió otro código de Procedimiento Penal.

Dentro de las normas sobre el juicio, el inciso 3° del artículo 448 dispone que:

De oficio, el juez podrá decretar pruebas que considere necesarias.

- 4) Luego fue concebida y comenzó a regir la Ley 600 de 2000, otro nuevo Código de Procedimiento Penal en el título I del libro III, correspondiente al juicio, exactamente en materia de audiencia preparatoria, la última parte del inciso 10 del artículo 401 afirma que

El juez podrá decretar pruebas de oficio.

Y después, en tema de “Dirección de la audiencia” hace hincapié en su artículo 409, en que el juez goza de amplias facultades para lograr el esclarecimiento de los hechos.

Como se ve, desde el año tomado como punto de referencia, con énfasis se viene insistiendo en la necesidad de un sistema acusatorio. (Pinzon, 2006, págs. 40-42)

- 5) Desde el 1° de enero del año 2005, entro en vigencia el Sistema Penal Acusatorio, mediante la Ley 906 de 2004, que fue adicionada por la Ley 937 de 2004, Ley 985 de 2005, Ley 1257 de 2008 y Ley 1273 de 2009; reformada por la Ley 1142 de 2007 y la Ley 1312 de 2009; reformada por la Ley 1121 de 2006 y la Ley 1395 de 2010; perfeccionada por el Decreto 2374 de 2010 y regulada en parte por el Decreto 2288 de 2010.



Fue voluntad nacional la de instituir un proceso acusatorio como reacción a la tendencia inquisitiva del proceso penal, a cuya naturaleza se le habían imputado gran parte de los males de la administración de justicia. Los jueces de plena competencia anteriormente tenían la función de investigar, acusar y juzgar, figura propia del proceso inquisitivo y violatoria del principio de imparcialidad judicial.

Con este nuevo modelo se separan la función de instrucción que se le entregó al juez de la misma denominación, quien perfeccionada la investigación debía remitirla al juez de conocimiento, quien calificaba y juzgaba. Conjuntamente se presentaban también entre otros problemas el del principio de la imparcialidad judicial, puesto que el mismo funcionario que ejecutaba la función de calificar era el que juzgaba, así que el preconcepto que emitía al proferir el acto de calificación lo acompañaba hasta la sentencia. Por lo cual, se estableció el objetivo de avanzar hacia un proceso acusatorio donde las funciones básicas del proceso estuvieran separadas y ejercidas por órganos independientes, idea que se pretendió plasmar en la Constitución de 1991.

Una de las cogniciones más poderosas para convocar la constituyente fue lanzar la reforma a la justicia. En la exhibición de mociones del proyecto de constitución se invocaron como motivos para dicha reforma problemas tales como: mora en las actuaciones judiciales, congestión de los despachos, ineficiencia e impunidad. Se planteó reformar la justicia penal determinada un sistema acusatorio creando como consecuencia la Fiscalía General de la Nación, dependiendo del ejecutivo. La proposición se aceptó parcialmente en la medida en que se creó la fiscalía como órgano de investigación y acusación integrante del poder judicial y no del ejecutivo.

La constitución de 1991, creó una Fiscalía sui generis, con funciones judiciales, perteneciente a la rama judicial del poder público, con potestad para restringir Derechos Fundamentales, con facultades de investigación, acusación y defensa.

Su actividad investigativa no fue lo adecuadamente consolidada. En los inicios del cambio los jueces de instrucción criminal, fueron asociados como fiscales, quienes continuaron con su tendencia inquisitiva y actuando más como jueces que como investigadores.

La entrega a cumplir con las facultades de orden judicial se realizó en menoscabo de la función esencial de investigación en virtud de la cual también debían adelantar luego la acusación y en algunos casos la defensa porque poseían la



obligación de indagar tanto lo favorable como lo nocivo al sindicato. (Valencia, 2003, págs. 15-18)

### **5.2.10. Objeciones y Críticas frente a la Aplicación de la Prueba de Oficio:**

Aparte de lo anterior, no se pretende terminar esta parte de la disertación, sin hablar de manera concreta de las múltiples discusiones, que se han creado con base en la aplicación del poder oficio del juez, como lo explica Ferrer (2015), al referirse a algunos críticos, cuando de verdaderos problemas se presentan en la práctica entre ellos determina:

Como primera, que la decisión en dominio del juez perturba su imparcialidad y como segunda, está el peligro de que el juez, al apreciar las pruebas acabe otorgándole un mayor importe a la prueba que procede de su iniciativa.

Frente a la primera objeción, relata teniendo en cuenta el procedimiento para probar en el proceso civil, en el sentido, que cuando el juez decreta una prueba, ignora cuál va a ser su resultado. Por lo tanto, no puede descubrir de manera anticipada a que parte favorecerá.

Deliberar lo contrario, es invertir los estadios de la actividad probatoria (solicitud, decreto, práctica y valoración). Sobre el particular, insiste la corte constitucional:

El juez no traslada a las partes ni se apropia de la protección de sus beneficios personales. Desde la perspectiva de la Carta Política, la potestad de establecer pruebas de oficio, envolvía una obligación para el juez con la verdad, por tanto, con el derecho sustancial y no con los sujetos procesales. Por esa razón, la ordenanza de pruebas no perturba la imparcialidad del juez, ya que el funcionario logra fijar pruebas que beneficien a cualquiera de las partes invariablemente que le brinde a la otra posibilidad de ejercitar el derecho de defensa y contradicción.

En lo referente a la segunda objeción, jurídica y lógicamente es inadmisibles conceder más valor probatorio a la prueba decretada de oficio. De acuerdo con el método de la valoración de la sana crítica, señalado en los artículos 187 del Código de procedimiento Civil y 176 del Código General del proceso, las pruebas se valoran en conjunto, pero adicionalmente debe argumentar la estimación que le fije a cada prueba.



Si el Juez, debiendo decretar una prueba no lo hiciera, tal omisión, a discreción de la Corte Suprema de Justicia, da trámite al recurso de casación si debido a notorias peculiaridades que envuelven la Litis, verificadas imparcialmente y ajenas por lo demás a cualquier manejo fraudulento de las partes, el uso de aquellas potestades se vuelven necesarias, pues lejos de mediar razón atendible a cualquiera que lleve a apreciar que es improcedente o inadmisibles desde un enfoque legal, un provenir de tal medio, prescindido por el juez o tribunal, se vería a claras como elemento ineludible para impedir un fallo jurisdiccional absurdo, improbable de conciliar con preceptos básicos de justicia. Esto representa, entonces, que por fuera de este pequeño perfil y para los desenlaces adecuados del recurso de casación, ante contextos que no posean la forma asentada no consigue conformarse error probatorio de derecho, ya que, en sentir del magistrado, era posible de cierta manera la averiguación de oficio agregada ventajosa a sus intereses". (págs. 287-289)

Por otro lado, no está de más relacionar las invectivas contra la aplicación de la prueba de oficio clasificada por Gómez (1994) en tres grupos, a saber: la primera yace en que si el fin del proceso es privado y, por consiguiente, favorable, son las partes las comisionadas de manipular las pruebas en su íntegro modo, sin indiscreciones extrañas. El segundo grupo, se fundamenta en que, si se trastorna el correspondiente paralelismo de las partes en el proceso, porque una de ellas resulte beneficiada y la otra afectada con la prueba declarada oficiosamente; y el último, lo basa en que hay disconformidad psicológica entre accionar y juzgar, lo que establece que resulte implicada la imparcialidad del juzgador.

Frente a la primera, crítica comenta que las pruebas no corresponden al titular del derecho, ni mucho menos al régimen dispositivo material, porque su perfil es público e incumbe a la funcionalidad del proceso.

Respecto de la segunda, no concibe como la sola aclaración de la propia relación puesta en juicio de la jurisdicción, logre causarle perjuicio a una parte, ante la ganancia pública del proceso, pues ese menoscabo, solo obedecería a la falta de fundamento sustancial de la relativa pretensión o excepción, que difiere de la causación de un perjuicio con el fallo edificado sobre un cristalino soporte fáctico.

Y en relación, a la última señalización, no entiende como al apoyar el juez en la comprobación de los hechos que las propias partes proyectaron, alcance a emanar la imparcialidad, ni mucho menos esa disconformidad psicológica entre accionar y juzgar, principalmente cuando solo se logra juzgar con cordura aquello que se conoce, que no alcanza a luchar sensatamente.



Estableciendo la corte que, ante los imperativos del nuevo Código de procedimiento, es ineludible desterrar la parcialidad para que el juez, conservando la imparcialidad que le corresponde guardar frente a las partes, tome partido en favor de la justicia, mediando decididamente en la averiguación de la verdad, para que sus sentencias se instituyan en la realidad, en la verdad histórica y no, como antes, en una simple verdad formal.

En síntesis, mientras la actividad introductoria del juez se limite al cuadro de las alegaciones de las partes, en riguroso sentido, y el decreto y práctica de los medios de convicción se ajuste a la normativa procesal, no puede surgir posibilidad alguna de perjuicio y las críticas lanzadas carecerán de asidero. (págs. 106-110)

En cambio, en el Proceso Penal muchos doctrinantes piensan que el funcionario encargado de instruir el proceso no puede juzgar el mismo. Consideran una arbitrariedad que el juez decrete y practique pruebas que crean pertinentes para posteriormente valorarlas. Pues esta conducta colocaría en tela de juicio la credibilidad y confianza en el juez; demostrando predilección por cualquiera de las partes o individuos procesales y en consecuencia un compromiso con el resultado del proceso. Ya que ante todo él debe tener un papel imparcial y neutro dentro del proceso que busque como último y principalmente la justicia material. Ya que el juez que adelanta la investigación no puede resolver el asunto con plena imparcialidad, ya que puede realizar un preconcepto o que falle acorde a sus propios prejuicios o una postura adelantada que debe impedirse.

El Profesor Quijano (2004), señala que cuando el juez no le es legítimo determinar pruebas de oficio, porque ello fraccionaría su imparcialidad; aquello que subyace es el pensamiento según la cual el juicio es una dificultad de partes en el que el juzgador tiene un rol de simple asistente. Considera que en el proceso se debe indagar la verdad y sobre ella prescribir la sentencia para que esta sea justa, pues, como es cierto, solo tal pensamiento legitimo la presencia de un juez mediador en el proceso, un juez con iniciativa y dominios para investigar la verdad mediante la ordenanza de oficio de pruebas. Determinar pruebas de oficio, para instituir el fallo sobre la verdad, es articular un dictamen justo.

Emplea el concepto ideología para referirse a todas aquellas ideas que se crean y persigue un individuo o un conjunto de sujetos, que en su avanzada creencia es un trabajo arduo desmontar la misma considerando que no se trata de una idea simple sino de una idea encarnada ya en la (s) persona (s). Es lo que





precisamente se presenta en nuestro país, por ejemplo, donde nuestro juzgador aún no ha conseguido ceder la filosofía que crea el proceso como un asunto de las partes; no se ha interiorizado, ni ha logrado encarnar la tendencia según la cual en el proceso corresponde buscarse la verdad, para sobre ella imponer un pronunciamiento justo. Con características especiales como un juez mediador en el proceso, con atribuciones que permitieran fijar pruebas de oficio. Desechando de plano la ideología según la cual una potestad tal destrozaría la imparcialidad de juez. De lo contrario nunca se podrá concebir un el proceso como equitativo, cuando el fallo no se edifique sobre la verdad. (págs. 9-13)

Por otro lado, la imparcialidad, en relación a la prueba de oficio no logra contemplarse desde un reflejo habitual, en parte porque el juez únicamente se halla sujeto a la codificación jurídica que está compuesta por normas, nociones y productos que no reglamentan con un juez que sencillamente enuncia las preceptos de la ley, eventualmente se halla comprometido con esos principios, normas y productos, por lo cual, para el apoyo de la proposición fáctica de alguna sentencia, corresponde ampararlos a través de una mentalidad apropiada de los hechos y para esto debe utilizar las pruebas de oficio.

El juez desconoce preventivamente cual va ser el efecto que causen las pruebas, por consiguiente, no logra inclinar la balanza impropriamente, puesto que, entre otras cosas, las pruebas de oficio son contendidas por las partes y estrictamente van a favor de la apropiada restauración de los hechos para un apropiado juzgamiento.

La imparcialidad, jamás puede semejar a indiferencia, ya que se pide, que el juez no sea un estricto asistente, un simple convidado de piedra, puesto que el juzgador no le corresponde ser extraño en concordancia con los hechos y la forma en que se exhiben en el proceso, existiendo su limitante la sumisión del derecho al debido proceso y sus relativas garantías, lo mismo que la conveniencia que le imposibilita integrar hechos diferentes a los exhibidos por las partes.

Puesto que, si un hecho se exterioriza en la realidad de una forma, como en el proceso le corresponde o logra surgir de otro modo; es imparcial el juez según el garantismo o revisionismo si se admite esa divergencia, más bien, si se tiene la contingencia de alzar el velo, lo cual es un acontecimiento extraordinario, si se parte de la base de que la autoridad se ha determinado para salvar los apremios e impedir la justicia por la propia mano de las partes. Fomentando la justicia privada frenando al juez de observar el asiento de los hechos invocados por las partes.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

En conexión con el contenido de las herramientas internacionales, estos no marcan explícitamente que decretar pruebas de oficio sea una forma de desechar la garantía de la imparcialidad, en cambio, si se observa el proceso equitativo y la tutela judicial efectiva, no puede ser defendida enteramente si el juez no posee la autoridad de decretar pruebas de oficio. Incluso, las nociones elementales de la independencia judicial, arrojan que la imparcialidad se avala, cimentándose en los hechos, los cuales le corresponde ajustarse con el derecho, sin limitación alguna. Imposibilitar la prueba de oficio es semejante a delimitar esa labor de proporción que debe ejecutar el juez entre el derecho y los hechos.

El juez no logra ser ajeno a su tiempo, ni a las situaciones que lo rodean, por lo tanto, no se le puede imposibilitar tener pensamientos, ideologías o religión, no obstante, este no puede, so pena, de poseer tales derechos, emplear rigurosamente su pensamiento para omitir los derechos de las partes. En definitiva, su obligación es con la codificación jurídica y en ese contexto es que consigue fijar pruebas de oficio.

No se logra implantar previamente en un argumento legal, cuando la prueba de oficio corresponda coartarse, para impedir optimar la prueba defectuosa exteriorizada por las partes, pues en cada asunto, el juez tiene la eventualidad de observar si determina o no las mismas de acuerdo con las insuficiencias del fallo. Sin existir asunto alguno en que, ante la falta incondicional de prueba exhibida por las partes, el juez las haya reemplazado a través de la prueba de oficio. Antes, en cambio, la prueba de oficio brota en la totalidad de las cuestiones, de la reseña que proporcionan las pruebas contribuidas por los sujetos procesales. (Galé, 2010, págs. 80-82)



### 5.3. Capítulo III. Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica.

#### Introducción

Hablar de la prueba en términos ya sean generales o específicos es realizar un estudio extendido teniendo en cuenta la importancia y los distintos estudios que existen en relación a ella; pero sin restarle jerarquía en la investigación, advirtiendo el carácter activo que tiene dentro de los objetivos perseguidos como herramienta procesal, con el valor judicial que posee dentro del procedimiento, la definiremos para tener una noción clara de este capítulo.

La prueba es un instrumento fundamental del proceso con la que se busca confirmar la ocurrencia de unos hechos que valdrán de base de legalización para cimentar una decisión frente a cierta situación judicial. Que consecutivamente, garantiza el fin último del proceso que es la averiguación de lo ocurrido y llegar a la instancia de imponer o no la sanción prevista en la norma si hay lugar a ello.

Pero ahondar concretamente en la perspectiva o noción epistemológica del proceso estudiaremos cómo se crea y valida el conocimiento del juez, mediante la investigación de aquellos hechos que se demuestran en cada caso en concreto.

Como el juez posee la potestad de ejercer estas acciones mediante la ejecución de las pruebas que crea necesarias con el objetivo de nutrir de conocimiento los hechos acontecidos. Sometiéndose a ciertos razonamientos procesales que fueron impuestos por el juzgador, para en últimas tomar una apropiada decisión.

La epistemología nos apoya a diseñar un esquema de prueba que irradie discretamente el nivel de capacidad probatoria que se haya resuelto acoger. Como también estipula el nivel de credibilidad de una hipótesis sobre los hechos sea verdadera.

Con el fin de cumplir con el objetivo plasmado en esta etapa analizaremos inicialmente la epistemología, su definición, su naturaleza, noción y visión desde la prueba al interior del proceso judicial, como también nos enfocaremos a estudiar de manera concreta la prueba, su función y, por último, la verdad como vestigio fundamental de la acción probatoria en el proceso.

---



### 5.3.1. Epistemología:

El significado del término epistemología está definida por la Real Academia Española (RAE) (Real Academia Española, s.f.) Así:

Epistemología

Del griego Etilotnun epistéme “conocimiento” y logía.

1. **f. Fil.** Teoría de los fundamentos y métodos del conocimiento científico.
2. **Gral.** Parte de la filosofía que estudia los fundamentos del conocimiento científico en general.

La teoría de la prueba y la teoría del juicio sobre los hechos se fundamentan en la epistemología y la lógica; en otras palabras, en la verdad y en el conocimiento, y en la serie de ilaciones propias del razonamiento. La prueba es la herramienta que tiene a su disposición las partes y el juez para fijar en el proceso si se pueden considerar verdaderos los enunciados relativos a hechos relevantes, comenzando por meditar que es viable realizar un acercamiento (razonablemente aceptable) al contexto de los hechos, y aparte de que, en el sentido más estricto, una decisión logra ser justa, de modo integral, si se apuntala en la determinación de la verdad correspondiente a los hechos. (Ayazo, 2008, pág. 11)

Por su parte, Taruffo, estima la prueba como un medio de conocimiento, un conjunto de información, mediante el cual el tribunal conoce por cálculo los hechos del caso y efectúa una restauración segura de esos hechos. Consecuentemente, se considera apropiado enunciar esa función epistemológica de la prueba, y el rol epistemológico del juez en la búsqueda y consecución de la verdad. Por lo tanto, Ferrer Beltrán, parte de la percepción racional de la prueba como segmento del conocimiento del que logran valerse las partes en el proceso, con la asistencia del juez, para determinar la verdad de los hechos, en orden a la consecución de la justicia de la resolución del conflicto entre las partes. Defendiendo entre otras, la prueba en el proceso en la búsqueda de la verdad de los hechos, por otro lado, asume la teoría de la verdad como correspondencia y, por último, utiliza la epistemología como herramienta para estudiar la prueba. Esta función epistemológica de la prueba esta direccionada a lograr una decisión justa dentro del proceso, mediante la averiguación de la verdad de los hechos. Admitiendo, la prueba como un medio para conocer la verdad. (Carazo, 2013)



Es así que se considera que la fuente esencial del proceso, es el conocimiento de los hechos para la determinación de la verdad en la solución del litigio concreto. Como lo expresa Ferrajoli, la sentencia debe cimentarse, en argumentos cognoscitivos de hecho y re-cognoscitivos de derecho, de cuya aceptación como verdaderos, depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia.

Para que se pueda proporcionar justicia frente a la decisión que se adopte en un proceso judicial dependerá de una apropiada investigación de los hechos. Se ha indicado que la actividad probatoria, ha estado encaminada a la determinación de la ocurrencia de esos hechos, a los que el derecho vincula como consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho.

De modo, que la actividad probatoria poseería la función de evidenciar la realización de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula como consecuencias jurídicas. Evidenciándose que no se habla de la verdad de los hechos, sino que si el mismo existe o no. Que es el objeto a investigar realmente. El hecho como tal tampoco se podría probar, debido a su ocurrencia, el mismo no puede reproducirse mediante la experiencia, dado que pertenece al pasado.

El objeto de la prueba o lo que se debe acreditar en el litigio a través de los medios probatorios, no es la veracidad del hecho, ni el hecho en sí, sino la veracidad de la afirmación de la existencia de un hecho. Manifiesta Andrés Ibáñez, que el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a los hechos, con representaciones cognoscitivas que denotan algo acontecido en el mundo real. Dando como resultado que el objeto de la prueba no está direccionado hacia los hechos sino hacia a las afirmaciones que de los mismos hacen las partes en el proceso.

Como lo aduce, Sentis Melendo, la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios.

Se puede tener en cuenta que la prueba si tiene una función cognoscitiva, en el sentido, que por intermedio de ella, se puede determinar la probabilidad de verdad de una hipótesis fija. Por el contrario, tiene una función demostrativa en cuanto enseña sustentabilidad mostrando que existen elementos o razones suficientes para asumir una afirmación como fundada.



Lo anterior, nos conlleva a discurrir, que además de la importancia de la determinación del conocimiento y la verdad en el proceso, respecto a la aplicación de la epistemología judicial basada, en primera medida, en la investigación de las fuentes básicas, dadas en el hecho que se afirma, en su descubrimiento y en el manejo de las fuentes del conocimiento; en segunda medida, los descriptores del hecho y como logra dar su traslatividad, conocimiento factual; y por último, los procesos de decisión, selección y evaluación de la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución del problema planteado en el caso concreto, racionalidad. Todos estos procedimientos lógicos que se marcan darán como resultado la reproducción de una decisión racional justa. No está de más agregar que a además de la importancia de la determinación del conocimiento y la verdad en el proceso, está la aplicación de la epistemología judicial.

Para el descubrimiento y justificación de la declaración de los hechos probados, se debe implantar institucionalmente todas las garantías epistemológicas, teniendo en cuenta, que sería inadmisibles alcanzar la verdad absoluta, que la declaración en la decisión judicial de hechos probados producto de un momento místico y/o susceptible de control racional y la aplicación de esos métodos inductivos en el conocimiento de los hechos no produzcan resultados infalibles. Además, se debe tener en cuenta, los fundamentos éticos-políticos y axiológicos en las reglas de la verificación de la verdad y la apreciación de los elementos de conocimiento.

Frente a las distintas causaciones de lesividad en nuestra sociedad actual contra la vida, la integridad física, como resultado de conductas humanas y que el victimario no identifica la causa, por razones de ignorancia o dificultad de instituir la relación causal, o porque el nivel de conocimiento social no ha llegado al descubrimiento causal de ese fenómeno, generándose visiblemente, un vacío de conocimiento. Sin que a estas alturas se conjeturen formas garantistas de edificar unas hipótesis y su forma de convenirlas y comprobarlas para tomar una decisión racional. (Morales, 2008, págs. 11-14)

Respecto a la teoría general de la prueba, bajo estándares epistemológicos, revela su importancia, tanto en los hechos, como en el conocimiento del proceso judicial, bajo parámetros de verdad, encaminada hacia límites del conocimiento racional empírico.

La epistemología como rama de la filosofía permite que los pensadores expongan el entendimiento de los diseños internos del pensamiento tratando de ordenar y sistematizar las etapas que llevan a un determinado resultado. Su finalidad está dirigida a la comprensión de los razonamientos probatorios que realiza el juez en



el proceso, para ayudar en su ordenación y, por consiguiente, permitirle una mejor motivación.

Referente a la fase epistemológica y normativa, que se presentan en el juicio de hecho en el proceso, las cuales se relacionan como tal en un momento particular del proceso, instituyendo los hechos relevantes del caso, los hechos a probar y la valoración de aquellos que ya se encuentran probados.

Seguidamente, se puntualizará las teorías que, bajo un enfoque epistemológico, demuestran la valoración de la prueba en el contexto del proceso judicial, bajo criterios de racionalidad aparte de aquella deductiva o demostrativa, los mismos que en su orden, permitirán justificar o motivar la declaración de los hechos de la sentencia.

Sin perder de vista, los inconvenientes que se han presentado entre las concepciones epistemológicas que existen acerca del conocimiento de la realidad, el análisis de los fines del proceso y de la prueba judicial desde la perspectiva de la verdad, ya sea como certeza o como probabilidad.

Frente a la anterior afirmación concurren dos formas antepuestas de trazar el problema de verdad, como propósito del proceso y la de la prueba judicial, el aspecto común de una u otra teoría parte de concebir la relación entre prueba y verdad, cuyo fundamento está basado en los hechos, entes epistémico-semióticas con los cuales capturamos y formamos algún aspecto de la realidad o del mundo real en la esfera del conocimiento racional, que para efectos del proceso judicial no han sido contemplados por el juez, de tal manera que deben ser restaurados por el juzgador de los hechos, tomando como base los acervos probatorios disponibles para su valoración en un contorno determinado del proceso.

Este rasgo es el que se utilizará para que una y otra concepción acerca de la prueba, se conciba positiva o negativa, como alcanzable o no, la verdad, tanto en el proceso como de la prueba de los hechos. De tal manera, que la premisa fundamental parte del estudio de la prueba consistente en el tipo de epistemología que se acoja. Así, en la medida en que la prueba judicial sobre la ocurrencia de hechos (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se conserve se sujetaran al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico.

Uno de los objetivos de la epistemología se fundamenta en crear condiciones para que el conocimiento de la realidad objetiva o constructiva sea verdadero. En su



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

efecto, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que proporcione un concepto de verdad infalible en ninguno de los ámbitos del conocimiento, y, por ende, nunca la hay para la teoría del proceso y de la prueba judicial.

Entre las distintas dificultades que se presentan con la epistemología, se acentúa el concepto de realidad y su proyección en el conocimiento racional de los diferentes fenómenos. Precisamente, una epistemología objetivista, intuye que la imparcialidad del conocimiento reside en su correspondencia o ajuste a un mundo autónomo, y al aceptar el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la obtención de la certeza absoluta, como es el caso de los modelos de prueba legal o de prueba tasada que establecen normas, reglas de valoración que le marcan al juez en qué situaciones le corresponde dar por probado un hecho. Pero igualmente, se halla en la visión habitual que se le ha dado al principio de la libre valoración de la prueba de modo independiente a los medios prueba y como una íntima convicción, bajo la peculiaridad de la discrecionalidad del juzgador, siendo la prueba una actividad subjetiva y, por consiguiente, incontrolable.

Por otro lado, la epistemología subjetivista, concibe que la objetividad del conocimiento procede de nuestros esquemas, es decir, el conocimiento del mundo está viciado, es irreductiblemente subjetivo, y consecuentemente, dejan en un segundo plano el conocimiento de los hechos para conferir prioridad a otras finalidades prácticas del proceso o niegan la posibilidad racional del juicio de hecho en la valoración de la prueba. Finalmente, para esta última concepción de la prueba, verdadero es lo que se deriva probado en el proceso.

Bajo esta concepción se hallan aquellas posturas que relegan la verdad como fin de la prueba y del proceso a un papel supletorio; soportan que la prueba es una actividad primordialmente subjetiva, y, por ende, no controlable e irracional, mientras que el fin del proceso es resolver un conflicto.

La relación que existe entre las concepciones epistemológicas acerca del conocimiento de la realidad, el análisis de los fines del proceso y de la prueba judicial desde la temática de la verdad, ya fuera en términos de certeza o de probabilidad es ambigua. En Afinidad a este, concurren dos formas antepuestas de esbozar el problema de la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial. Estas concepciones cada una de las cuales se especializa al instituir un vínculo entre los conceptos de verdad y prueba, las cuales son la concepción de la prueba cognoscitivista y la concepción persuasiva de la prueba.

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

88





La primera, la concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba, parte de una relación directa entre la prueba y la teoría del conocimiento. Concibe que el juicio de la prueba en el proceso judicial, contiene un problema de racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyado en una visión epistemológica de la realidad. Su finalidad está dirigida a la epistemología o cognoscitivista del proceso y de la prueba judicial, es decir, se enlaza a la prueba en su fin con la verdad o de relativo grado de correspondencia empírica común aspecto del mundo ontológico.

Esta concepción de la prueba es la única que se adapta a una actitud epistemológica no dogmática, ya que, a diferencia de la concepción persuasiva, que no permite pensar que la declaración de hechos de la sentencia sea falsa, este si admite pensarlo. Permitiendo sustentar la hipótesis de que un imputado podría ser inocente o culpable, aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y este en contraste con todas las pruebas disponibles.

Los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario.

La fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye una existencia independiente.

Cuando se dice que un enunciado fáctico es verdadero pretende expresar que los hechos a los cuales él se refiere han tenido o tienen ocurrencia en un mundo independiente, o que corresponde con la realidad.

A partir de este aspecto el cognoscitvismo aparta el enunciado fáctico verdadero del enunciado factico probado; este último, fundamenta que la verdad ha sido evidenciada o garantizada por las pruebas disponibles en el proceso. Por lo que una complicación consecutiva se basaría en la declaración de los hechos probados determinados en la sentencia podrían ser falsos.

Hoy en día, el concepto de verdad o enunciado verdadero en concordancia con la prueba o enunciado probado exterioriza un ideal, que en esta distinción acentúa las restricciones de que el procedimiento probatorio padece en la averiguación de la realidad de los hechos que han acaecido con anterioridad al inicio de un proceso, pues si bien, es relevante jurídicamente la declaración de hechos



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

probados ella no es infalible. De allí, el carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos en la sentencia.

La concepción epistemológica de la prueba incorporo el argumento de la justicia de la decisión judicial. Esta es la concepción que se conoce como racionalismo crítico, según el cual, si perseguimos un proceso justo, tenemos que asegurarnos de que se encamine al descubrimiento de la verdad, y para ello les corresponde sujetarse a ciertos requisitos de racionalidad epistemológica. De tal forma, puede indicarse que la justicia de una decisión tiene como condición necesaria la verdad de los enunciados fácticos que le dan fundamento.

Igualmente, en la concepción racionalista-critica, lo relevante de postular una relación entre el fin del proceso judicial y una concepción epistemológica de la realidad, es la posibilidad de exigencia de justificación razonable de los enunciados facticos con los cuales se declaran probados los hechos en la sentencia. Por eso, el proceso como contexto y la sentencia como resultado no son un simple espacio de narratividad con técnicas de relato persuasivo, pero tampoco un resultado lógico de la labor probatoria tarifada o tasada por el legislador, al modo de un cognoscitismo acrítico, en el que la motivación de los hechos por el juez, contiene una sustracción de materia, puesto que él como agente del legislador no puede ser sustituto de este a la hora de la valoración probatoria.

En contexto, el proceso continúa siendo un lugar en el que se tiende a crear la narración más verdadera, en concordancia, con las afirmaciones de las pruebas disponibles, dado que es la confirmación probatoria de la verdad de los hechos donde mora el estado fundamental de justicia de la decisión.

Bajo esta concepción se entiende que el objetivo instrumental del proceso es averiguar la verdad de las afirmaciones, en el sentido de correspondencia con los hechos que describen, pero, al admitir la prueba judicial como un proceso regido por normas más o menos seguras, confía en la posibilidad de alcanzar efectos irrefutables. No obstante, su demanda es frágil, porque evita diferenciar entre verdadero y probado, que tiene por soporte el reconocer las limitaciones del conocimiento relativo alcanzado en el proceso judicial.

La segunda y última, concepción persuasiva de la prueba, admite la prueba jurídica como una herramienta de persuasión, en lugar de instituir una actividad epistemológica, que no tiene relación con el conocimiento racional de hechos.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Acorde a esta concepción, la investigación de la verdad real, objetiva o correspondiente de los hechos, no es el propósito que debería tener el proceso, puesto que de él se predicen objetivos, más prácticos y socialmente útiles.

De tal forma, que la actividad probatoria que en él se producen, debe perseguir la solución institucional del conflicto o la resolución de un conflicto.

En consecuencia, agrega Taruffo, que en esta concepción la prueba serviría solo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico, no para establecer la verdad o falsedad de algún enunciado, como tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada. La prueba según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. En otras palabras, en el juicio no se conocen los hechos, todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero solo en función del hecho de que realmente lo este y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo es extremadamente difícil analizar las características y la estructura de la prueba, de hecho, ella es compatible con una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba.

Con fundamento en lo anterior, se establece que el fin de la prueba como elaboración de las partes, incluso en un proceso orientado hacia un sistema dispositivo y cimentado en la fijación de los hechos e iniciativa probatoria de las partes, estará direccionado a la persuasión del juez, con el fin de conseguir una resolución judicial favorable a los intereses de alguno de los sujetos de la relación procesal. Por esa razón, se torna irrelevante la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial.

En resumen, la verdad no es el fin de la prueba y del proceso, el uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial de los hechos, no tendría importancia en principio. Si en cambio, la concepción de la prueba es la que concibe el proceso como una técnica para el descubrimiento de la verdad posible, en torno a los hechos del juicio, la prueba científica, por ejemplo, sucesivamente se deriva a ser una herramienta epistemológica, o sea el fragmentado con lo que en el proceso se obtienen informaciones ineludibles para la determinación de la verdad de los hechos.



Una de las aspiraciones de la epistemología se basa en instituir condiciones para que el conocimiento de la realidad sea verdadero. Empero, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento y, desde luego, no hay ni incluso para una teoría del proceso y de la prueba judicial. De allí, que se hayan estudiado de manera previa las dos principales concepciones acerca de la prueba.

La polémica se establece entre dos tipos de razones. Por un lado, están las razones de la concepción racionalista crítica o cognoscitivista que indican un mayor grado de control sobre la motivación judicial en relación con los enunciados sobre los hechos.

Por otro lado, la concepción irracionalista o no cognoscitivista, revela la existencia ontológica de unos márgenes de relatividad conceptual y retórica en la configuración del criterio de correspondencia de la verdad procesal, toda vez que el proceso no es un laboratorio científico, en donde existe un espacio para la persuasión argumentativa. La teoría jurídica, deslumbrada en el normativismo, ha olvidado la extensión de controversia que tiene el proceso; o sea, ha olvidado que el proceso es un espacio de conflicto y no de cooperación; que el proceso, como lo exterioriza Taruffo, no compone una narración de algo, sino que está formado por una pluralidad de narraciones, cada una de las cuales puede ser verdadera o falsa, que no se reparan en una sola narración coherente y omnicomprensiva.

Argumento por el cual desde la cual los defensores de la concepción epistemológica cognoscitivista o racional de la prueba reivindican un concepto de verdad que responda a esa fenomenología dialéctica del proceso, que no envuelva el desconocimiento de esos márgenes constructivos de la prueba, pero tampoco su aprobación con una perspectiva esencialista del concepto de verdad.

Como resultado, la acción probatoria al interior del proceso judicial, no reside en implantar la efectividad de determinados sucesos óntico-naturales, pero si en edificar una serie de narraciones afirmativas o negativas argumentadas como probables, acerca de la subsistencia histórica de un acontecimiento o hecho. Estas narraciones o enunciaciones son diferentes del hecho mismo que se pretende probar y utilizar en el proceso de elaboración de la decisión judicial. Los enunciados fácticos se conciben como descripciones de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados; vale decir, que los enunciados fácticos suministran información sobre los hechos, no los constituyen. La pretensión de quien los enuncia es relatar una realidad externa.



De tal modo, que el proceso no trata de reproducir objetivamente lo que ha ocurrido, sino de procesar un conjunto de argumentaciones y contrargumentaciones; de aportar datos y consentir la discusión con relación a la existencia y la forma en que sucedieron los hechos, así como de su cálculo o significación jurídica.

En una faceta epistemológica preconcebida hacia lo jurídico se puede hacer una distinción, por medio de la cual, en el plano epistémico los hechos no concuerden con los objetos físicos en sí mismos; al contrario, en la esfera jurídica, exclusivamente en el proceso judicial, solo son objeto de prueba los enunciados sobre la existencia de un hecho, mas no el hecho como tal.

Frente a la actividad probatoria y la prueba judicial, respecto al conocimiento de la existencia o inexistencia de un hecho, son una creencia racional y fundada del juez sobre el hecho. (Ávila, 2011, págs. 135-144)

Es claro, que la epistemología nos ayudara a delinear un estándar de prueba que irradie cabalmente el nivel de suficiencia probatoria que se haya decidido acoger, pero no nos dice nada sobre el nivel del mismo.

La epistemología incide tanto en el proceso de formación de las decisiones mediante la realización de observaciones, como en el ofrecimiento de argumentos y la propuesta de metodologías apropiadas, con miras a que aquellas se tome en un contexto mejor informado y sea lo más racional posible. (García, 2016)

La decisión del juez constituye uno de los epicentros de análisis para el derecho. Es importante determinar la forma racional en que el juez soluciona los múltiples problemas epistemológicos que se le presentan al momento de decidir. El primer problema de relevancia para la sentencia se encuentra en la evaluación de los hechos. El juez debe establecer la importancia de los hechos aducidos por las partes, su capacidad representativa, debe reconocer en el caso formulado, consecuencias jurídicas.

El segundo problema está directamente relacionado con la confirmación de los hechos mediante la prueba. Esta es una actividad compleja que el juez realiza durante todo el proceso, para establecer la relevancia de la prueba y valora en la fase final su credibilidad. La afirmación de que la justicia de la decisión depende también de la veracidad de la comprobación de los hechos parece obvia.



También es parte de la interpretación del juez elegir y aplicar el ordenamiento jurídico mediante unas reglas de interpretación. Lo que Taruffo denominó los requisitos de coherencia interna y universalidad de la regla iuris.

La interpretación del ordenamiento jurídico debe ser coherente, demostrar una relación intrínseca entre los hechos de la causa fáctica de la pretensión y el elemento fáctico de la norma. Además, el ordenamiento interpretado debe tener vocación de universalidad, el juez debe plantear una decisión tan genérica que le permita retomarla en otras decisiones. Esta es la responsabilidad social de la función jurisdiccional, responder a una estructura legal democrática en la solución de los casos.

La sentencia es una de las etapas más importantes dentro del desarrollo del proceso, porque en la unión entre derecho procesal y derecho sustancial, mediante un sistema de garantías, nada hay más sustancial en la vida del derecho que una sentencia.

La decisión judicial debe abordar con claridad los diversos problemas epistémicos que conlleva todo proceso. El primero de ellos es el conocimiento del hecho jurídico, porque nace en la representación de aquel que propone el caso. Es importante verificar la congruencia entre lo representado y lo realmente ocurrido porque esto le da solvencia al juez para decidir con argumentos válidos.

El juez, además, para decidir debe controlar que los medios de prueba sean idóneos para la demostración de los hechos jurídicos, y validar una correcta interpretación de ellos. También ha de elegir una fórmula desde el ordenamiento jurídico, que sea aplicable al caso, permitiendo, como se verá posteriormente, la previa contradicción de parte.

Con posterioridad, el juez debe precisar una decisión justa, debidamente argumentada y motivada. La sociedad debe comprender la decisión porque la cultura jurídica contemporánea exige la justificación de la decisión en cualquier sistema ya sea el common law o el civil law, lo que quiere decir, que la decisión sea racionalmente presentada y racionalmente controlada. (Carvajal, 2008, pág. 34 y 67)

### **5.3.2. La Prueba:**



Llegar a este punto de la investigación es de gran importancia porque en últimas es uno de los temas fundamentales y de resonancia dentro de este estudio, por esta razón entraremos a establecer su exposición desde la veterana premisa de lo general a lo específico. Teniendo en cuenta que este escrito no solo está dirigido para la observación especial de estudiosos del derecho sino para todas y cada una de las entidades jurisdiccionales, legislativas, ejecutivas del Estado, órganos gubernamentales, todas las personas y ciudadanos colombianos que pretendan examinar y tengan interés en el desarrollo de esta investigación, por lo cual, facilitaremos los términos con el fin de que se tenga una mayor comprensión.

El significado de prueba está determinado por la Real Academia Española (RAE) (Real Academia Española, s.f.) Así:

#### Prueba

1. f. Acción y efecto de probar.
2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.
3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo.
4. f. Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultaría en su forma definitiva.
5. f. operación matemática que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta.
6. f. Análisis médico.
7. f. Muestra, cantidad pequeña de un alimento destinada a examinar su calidad.
8. f. examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien.
9. f. en algunos deportes, competición.
10. f. muestra del grabado y de la fotografía.
11. f. reproducción en papel de una imagen fotográfica.
12. f. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.
13. f. Impr. Muestra de la composición tipográfica, que se saca en papel ordinario para corregir y apuntar en ella las erratas que tiene, antes de la impresión definitiva. U. m. en pl.
14. f. pl. Der. Probanzas, y con especialidad las que se hacen de la limpieza o nobleza del linaje de alguien.

Se puede observar las diferentes nociones que se presentan de la prueba en el reconocido diccionario de lengua española de la Real Academia de la Lengua



Española, que a pesar que no se estructura un concepto completo y calificado de lo que aspiramos, se nos muestra una idea simple de lo que en sus distintos escenarios se podría entender por ella.

Pero para entrar realmente en materia frente al tema principal de nuestra investigación es importante aclarar dentro de sus generalidades el concepto de hecho definido como aquellos acontecimientos que producen una etapa de sucesos en el mundo que ya ha acaecido. Distinguiendo los hechos de las manifestaciones fácticas entendidas como locuciones gramaticales que causan una representación sobre los hechos que puede ser verdadera o falsa. Como resultado de esta prerrogativa, Taruffo asevera que los hechos no se añaden en los procedimientos judiciales en su contexto empírico o material, habitualmente ya han sucedido y, por esto, corresponden al pasado. De manera, que los hechos no logran ser descubiertos por el juez (excepto de ciertos elementos de prueba imprevisibles), así que tienen que ser reconstruidos por el juez. El modo de reconstruirlos es examinando la verdad o falsedad de los enunciados fácticos que forjan reseñas que hacen referencia a los hechos objeto de disputa.

Los hechos que interesan al derecho, y que se inscriben en el mundo jurídico, son aquellos que además de tener un sustento empírico tienen efectos jurídicos. Por lo anterior, resulta más preciso establecer una distinción entre el hecho empírico y el hecho institucional, siguiendo la terminología de Taruffo, pues es el último el que tiene la aptitud de ser objeto de prueba. (Ferrer, 2015, pág. 63)

Por otro lado, partiendo de la noción habituada de la prueba se cimienta sobre la imagen de que la prueba se utiliza para instituir la verdad de uno o más hechos relevantes para el fallo. Un dato común que sobresale en los estudios jurídicos es que el hecho es la esencia de la prueba o su propósito cardinal, en el aspecto de que es lo que es comprobado en el proceso. (Taruffo, 2009, pág. 89)

En las ciencias fácticas un hecho es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo, se discurre en alguna proporción como una unidad, aparte envuelve un lapso temporal. Su significado logra ocupar, limitadamente, dos posibilidades semánticas. La primera, aquella que precisa el hecho como todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal; y la segunda, más concreta, que lo admite como aquello que puede hacer falsas o verdaderas nuestras creencias o proposiciones.

La ciencia se consagra por definición a indagar y concebir hechos. La ciencia jurídica en varios aspectos utiliza la palabra hecho, y habitualmente, la prueba





comprueba hechos conexos con las alegaciones de las partes. No obstante, se observa que no hay una distinción entre hecho y juicio sobre el hecho. Asimismo, el derecho esgrime la palabra hecho a cualquier cosa que sea, o de que se trate, como, por ejemplo, todo aquello de lo que sepa o se crea con algún fundamento que corresponda a la realidad. (Ávila, 2011, pág. 143)

Los hechos son todo aquello que se sabe o supone que pertenece a la realidad. Se pueden analizar dos clases elementales de hechos el estado de cosas, donde figuran las situaciones y cambios en estados de cosas, se delimitan los eventos, acontecimientos o acaecimientos, que pueden ser sucesos y procesos.

La prueba sirve para construir la verdad en relación con los hechos relevantes para la decisión. El hecho es la esencia de la prueba; lo que es demostrado en el proceso, en términos del enunciado fáctico al cual se refiere la prueba. En el proceso se exponen hechos para resolver controversias jurídicas sobre la existencia de derechos u obligaciones, o la procedencia de sanciones. En síntesis, el objeto de la prueba esta direccionado a aclarar, ratificar o impugnar con relación al enunciado empírico al cual ha de reseñarse la prueba. El hecho no es otra cosa que lo que se constituye en función de la norma aplicable para dirimir controversias o establecer responsabilidades. (Ayazo, 2008, pág. 18 y 22)

Dejando claro esta etapa preliminar, podemos entrar a definir la prueba primeramente como la exposición de las aseveraciones asistentes que se reseñan a los hechos del pasado.

La prueba reincide sobre los hechos facticos que un individuo expone y no sobre los hechos relatados en dicha aseveración, pues son las aseveraciones o inexistencias sobre los hechos las que logran concordar o desconectarse del entorno acaecido. No debiendo enredarse la esencia de la prueba con el ejercicio necesario para ejecutarla.

El ejercicio probatorio termina en el discernimiento de los hechos que se aseveran o se refutan, pero no encierra indecisión que la comprensión de los hechos interesa en la medida que prueba la aseveración o inexistencia sobre los mismos.

Así lo afirma Carnelutti: “el conocimiento no es la prueba, pero da la prueba de la afirmación”. Es decir, el conocimiento es el asentamiento justificado y razonado sobre un hecho afirmado o negado. La prueba, cuando se refiere al conocimiento, tiene una connotación de ser un estado psicológico producido por la afirmación de unos hechos.



Empero, el concepto de prueba dicta ser cristalino, puesto que no solo se identifica con la demostración de la afirmación, sino también con el procedimiento utilizado para corroborarla. La prueba posee, efectivamente, un entorno dual: en primer lugar, existe la prueba como instrumento usada para originar el conocimiento sobre unos hechos y, por último, está la prueba como consecuencia del proceso de restauración de unos hechos sociales acontecidos en el pasado.

No se utiliza el vocablo prueba cuando la labor del juez no está dirigida a la comprobación de una afirmación, a la búsqueda de la verosimilitud y a la aproximación a la verdad.

La prueba no es un hecho que sea fuente de disputa, bien sea, porque la esencia de la prueba no es un hecho, sino una disposición jurídica cuya naturaleza difiere radicalmente de un hecho. Consecuentemente, la prueba solo es manejada oportunamente cuando existen aserciones discordantes con relación a las situaciones en que tuvo terreno un hecho.

El concepto de prueba judicial es usado sin distinción en tres escenarios dependientes pero distintos que en su orden se establecen así:

Frente al primero, se distingue la noción de la prueba como un instrumento procesal único para avalar el acontecimiento de unos hechos que impulsen la utilización de una regla de derecho favorable. La prueba en este contexto se compone por los recursos, es decir, los componentes legales que concede la codificación jurídica para fijar elementos de juicio en la conexión procesal. Lo que se denota que la prueba es la aplicación de los instrumentos que expresa la legislación para conseguir cimentar una situación procesal que garantice un enfoque sobre los hechos que forma parte del conflicto litigioso. Como lo confirma el artículo 165 del Código General del Proceso, cuando habla de prueba en cuanto al medio para acreditar unos hechos que viabilicen el estudio de una norma jurídica. Y en últimas que estos medios den pie para la alineación del convencimiento del juez.

Respecto al segundo, la prueba se asimila como el deber procesal que habitualmente tiene el accionante de probar lo que invoca o de garantizar unos hechos que considere incuestionables con el propósito de que una vez determinada la situación de los mismos emane un juicio optimista por parte del juez de conocimiento. Frente a esta calificación la prueba es el interés facultativo que logra ejercitar el actor para sobrellevar su teoría del caso ante los ojos del



juzgador. Consintiendo la definición del doctrinante Tirado Hernández, según el cual, la prueba es la potestad facultativa o acto discrecional de formular y solicitar pruebas y de injerirse en su práctica, para garantizar ante el funcionario judicial el supuesto de hecho en que resguarda la medida jurídica ajustable a la averiguación o al proceso.

Por último, en relación al tercero, se fija la prueba para apreciar el estado psicológico del juez al ultimar la acción probatoria. Es permisible que, de los medios probatorios alegados por los sujetos procesales, el juez no llegue a un convencimiento en relación con los hechos que se han querido acreditar. Por consiguiente, la prueba es entendida como el nivel de convencimiento que alcance cierta realidad en el entendimiento del juzgador. En cuanto, a que el juez se convenza de la realidad de unos hechos, se estará en presencia de la certeza de la teoría del conocimiento donde el sujeto tiene el más alto grado de confianza en que su realidad intelectual guarda compatibilidad con la realidad externa. (Ferrer, 2015, pág. 64)

Por otro, lado el jurista Colombiano Echandía (2006), define la prueba como aquellos medios empleados para lograr la convicción del juez sobre la existencia o ausencia de las peculiaridades de los hechos sobre los cuales le corresponde pronunciar su providencia, las pruebas son sucesos jurídicos procesales, ya que en ellas intervienen la voluntad del hombre. (pág. 12)

Carnelutti, sustenta que: de manera general, probar simboliza, en consecuencia, exponer la verdad de una estipulación asegurada. Por el contrario, en el contorno jurídico, la inspección de los hechos debatidos por parte del juez logra no ejecutar a través de la averiguación de la verdad, sino mediante los procesos bajo el nombre de prueba. Si la ley da el balance de esos procesos bajo la denominación de prueba, esto supondría que el contenido proporcionado del término en el idioma jurídico se perturba y se desfigura. Probar, en consecuencia, ya no simbolizaría manifestar la verdad de los hechos impugnados, sino establecer o determinar adecuadamente los hechos a través de categóricos procedimientos. (Beltrán, 2007, pág. 24)

Uno de los tópicos más distinguidos en el campo del derecho procesal contemporáneo es que sin prueba no hay proceso, y no lo hay, porque como bien pregona el principio de necesidad de la prueba, consagrado en el artículo 164 del CGP: “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”. Añade además la norma que: “las pruebas obtenidas con violación al debido proceso son nulas de pleno derecho”. Es



incuestionable la relación y los efectos que surgen, en 1991, entre la expedición de la Constitución y el derecho probatorio. En consecuencia, la importancia de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano se sustenta en tres vectores: el cumplimiento efectivo del derecho sustancial, la efectividad y la eficiencia de los fines del Estado, y una importancia social relacionada con la seguridad jurídica.

Este principio de necesidad de la prueba surge del inevitable parentesco entre la importancia de la prueba y el debido proceso, porque si las pruebas intentan acarrear al juez y al árbitro la certeza o convicción sobre determinados hechos, es claro, que la decisión de este sujeto procesal está profundamente unida a lo que efectivamente pueda ser probado y sustentado dentro del proceso.

La jerarquía de la prueba está en concordancia inmediata con el principio de la necesidad de esta. Se pretende inevitablemente la prueba para demostrar los hechos que han de valer de sostén a la aplicación del derecho; y el juez no está convocado a enmendar la falta de pruebas con el simple discernimiento personal o particular que posea del contenido fáctico.

Con la Carta Magna de 1991, la prueba dejó de ser una neta etapa en el proceso, para lograr una nueva forma, cual es el derecho a probar; por lo tanto, recauda preeminentemente la acción de los principios de publicidad, contradicción, defensa, y todos a una concurren en lo fundamental del debido proceso, que divulga el artículo 29 de la carta.

Toda persona que posea una pretensión tiene derecho a obtenerla. Y si para ello ha de definir una aseveración, tiene derecho a probarla a fin de persuadir a quien incumba de la certeza de su afirmación. Es un derecho tácito en el desarrollo de su personalidad. El derecho a probar es incuestionablemente fundamental en torno al derecho sustancial cuando se lucha en el proceso arbitral, o actuación judicial o administrativa, por la muy básica razón de que toda decisión tiene que organizarse en la contribución pertinente y por los actos preestablecidos de los acervos que lleven a la convicción de certeza de los hechos que dan origen, extinción o reforma al derecho requerido o a la imposición de la pena. Entendiendo así, que el derecho a probar es, exactamente, un talante del derecho de acción y del de contradicción, sin que sea posible aceptar si el derecho de acción civil es ius puniendi, toda vez que la función de los medios de prueba es idéntica, pues lleva a la mente del funcionario la convicción o la certeza de la ocurrencia o no, del hecho, que tenga la prueba del apócrifo y aplique la consecuencia jurídica.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

El profesor Gozaíni, determina en lo que concierne al derecho a probar: Acompañando la prueba en su tarea de confrontar y aclarar para alcanzar la verdad, está el derecho constitucional de la prueba. Por su perfil principal, fundante del derecho al debido proceso (toda vez que es fragmento activo del derecho de defensa), enaltece sus proposiciones sobre los protocolos del procedimiento para aplicar el derecho a la prueba.

El derecho a probar es una sección del debido proceso, tal como lo ha acentuado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello incumbe renunciar a la imagen probatoria como un evento del proceso, para encolumnarlo tras las cauciones del derecho de defensa, y, tal como, una evicción del debido proceso adjetivo.

Si la prueba continúa observada como un proceso de consagración de afirmaciones a obligación exclusiva de las partes, es viable que el juicio conseguido en los hechos represente un ilógico, porque el juez quedará omitido en la demostración.

Los razonamientos primordiales de derecho probatorio que se venían manipulando en Colombia tanto en cabeza del legislador como del funcionario público están explícitos en la Carta Política de 1991, como derechos principales o como herramientas de saneamiento de derechos fundamentales; constituyéndose de este modo un efectivo derecho probatorio constitucional, cuyos preceptos conceden los compendios constitucionales de la prueba, asignándosele al legislador y, lógicamente, al aclarante.

El artículo 29 de la Carta Superior, imputa la sumisión del debido proceso como ineludible en toda actuación judicial y administrativa, no solo para el funcionario en ejercicio de sus actividades, sino también para quienes intervienen en dicha actuación. La Corte Constitucional, ha insistido que el debido proceso vislumbra el acumulado de cauciones mínimas que buscan afirmar que en toda actividad oficial ciertos derechos básicos, y uno de ellos es el llamado derecho a la prueba. (Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, 2017, págs. 256-259)

Para tener una idea clara de la adquisición de fallos jurídicos frente a la prueba el Autor Beltrán (2007), realiza un análisis de las particularidades que puntualizan ese argumento de toma de providencias, identificadas en siete contextos de la prueba jurídica, estudio que nos permitirá realizar una disertación intrínseca desde este momento con relación a la epistemología o valoración racional de la prueba, así:

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

101



- **El objeto institucional es la búsqueda de la verdad:**

Una de las ocupaciones primordiales del derecho es administrar la conducta de sus destinatarios. Se da sin duda que lo que procura el legislador al prescribir las normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios efectúen o se inhiban de realizar categóricos comportamientos (pagar gravámenes, no matar, etc.). En efecto para lograr estimular su proceder, el legislador suele agregar la coacción de una sanción para quien no ejecute la conducta prescriptiva. Pero para que ello resulte eficaz, los métodos jurídicos perfeccionados predicen la existencia de entes categóricos, jueces y tribunales, cuya ocupación primordial es la precisión de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho liga consecuencias jurídicas y la obligación de esas consecuencias a los individuos pronosticados por el propio derecho. Siendo las representaciones de aquellos hechos las que le corresponden anexar al raciocinio judicial a las consecuencias de la utilización de las normas.

Solo si el proceso judicial desempeña la labor de instituir la verdad de las estipulaciones alusivas a los hechos probados logrará el derecho tener éxito como componente pensado para regir el proceder de sus destinatarios. Solo conseguirá intervenir en la actuación de los individuos para que no asesinen si, evidentemente, el proceso efectúa el cometido de indagar quién asesino y le asigna la sanción anunciada por el derecho.

En todo caso, la prueba como labor poseería el uso de demostrar la realización de los hechos supeditados a los que el derecho relaciona efectos jurídicos o, lo que es igual, instaurar el valor de exactitud de las estipulaciones que narran los acontecimientos de esos hechos supeditados. Y la victoria del organismo probatorio se causa cuando las estipulaciones sobre los hechos que se emiten probados son verdaderos.

En este orden de ideas, dicho de un modo un poco claro la búsqueda de la verdad es el propósito esencial de la acción probatoria en el proceso judicial, asimismo lo es que ese no es el único motivo. Tal lo expresa Van Fraassen, al señalar que algo es el propósito de un organismo o acción, no exceptúa que coexistan otros propósitos o intenciones. Y en este asunto de la disposición jurídica de la prueba, que en varios temas obtiene ser estudiada como la obligación de excepciones a las pautas de la epistemología general en aras del amparo de otros intereses, que reparten defensa jurídica con la búsqueda de la verdad.

- Se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos pasados:



Una de las afirmaciones más comunes que aparecen en los estudios dogmáticos y filosóficos sobre la prueba jurídica es que en ella se debe estipular que un hecho  $h$  sucedió en un momento histórico pasado  $m$ ; por ejemplo, si Juan mató a Pedro, si la rotura del puente fue debida a una sobrecarga, etc. Dentro de este marco se han señalado dos tipos de cuestiones. En la primera, debe observarse que, en algunos momentos, el juez se halla ante la obligación de comprobar los acontecimientos de hechos concurrentes y hasta de anunciar la de hechos posteriores. Es incuestionable que en este caso el juez se encontrara ante la necesidad de valorar la prueba de un hecho presente, evitando así buena parte de los problemas epistemológicos propios de la comprensión de los hechos propios ya acaecidos. Lo cierto es que debe añadirse la posibilidad, nada excepcional, de que deba determinarse la ocurrencia de un hecho futuro, de forma que se vincularán derivaciones jurídicas, en contexto, al pronóstico de los acontecimientos de un hecho en un período ulterior. En la segunda, la importancia que tradicionalmente se ha otorgado temporal pasado, en él se dio los hechos que deberán ser probados en juicio. Ello dependerá, realmente, de que se realice una cuidadosa distinción entre la inducción como proceso de descubrimiento (necesariamente temporal) y la inducción como modelo de prueba o de justificación. Seguramente, que si se vincula la prueba con el proceso mental mediante el cual el juez alcanza una determinada creencia o convicción, estaremos frente a la primera de las nociones de inducción. En ese caso el factor temporal es relevante. En cambio, si efectivamente una proposición está probada no obedece a los ideales del juez al respecto, sino de los fundamentos de juicio favorables a su protección, entonces estaremos en el ámbito de la lógica de la prueba inductiva y el factor temporal no tiene ninguna relevancia justificativa. Es indiferente si se puede corroborar una predicción atendiendo a un suceso que aún debe producirse o un suceso ya acontecido. En este último caso, la estructura del razonamiento será del tipo siguiente: si se ha dado un hecho  $h_1$ , entonces también debe haberse producido el hecho  $h_2$ ; conviene pues comprobar si este último ha sido así, en cuyo caso, su ocurrencia operara como elemento de confirmación de la predicción. Finalmente, resultaría más relevante para un correcto estudio del razonamiento probatorio el elemento de que se trata de probar hechos individuales irrepetibles que el elemento de que se trata de hechos ocurridos.

- El derecho contiene un buen dígito de normas jurídicas sobre la prueba:

El fallo que le corresponde acoger el juez o tribunal con relación a los hechos probados no es absolutamente independiente. El derecho la subyuga a una cadena de normas que sistematizan en proporción la providencia concluyente, en



ciertos asuntos, como el proceso por el que alcanza obtener ese fallo. Específicamente, se consiguen identificar primordialmente tres prototipos de pautas que fundan la prueba, en labor de la materia sobre el que circulan: a) pautas acerca de la labor probatoria; b) pautas acerca de los acervos de prueba y c) pautas acerca de la consecuencia probatoria. El primer prototipo de pautas incluye normas que instituyen el período en el que se forma el ciclo de prueba y en el que finiquita, los tiempos procesales en que realizan y/o le corresponden proponerse las pruebas para su recepción, los subordinados a quien incumbe ejecutar esa estipulación, etc. El segundo tipo de reglas precisa los medios de prueba, determina cuáles de ellos son aceptables en un categórico acto o exceptúa explícitamente ciertos de ellos, etc. El tercer prototipo de pautas indica al ente decisor que consecuencia le corresponde desencajar desde de la representación en el plenario procesal de cierto conducto de prueba determinado o justo que le concede independencia jurídica para que aprecie las bases de juicio que haya disponibles. Estos múltiples prototipos de pautas no inciden de igual manera en las alternativas de establecer los hechos probados de modo compatible con la verdad. O, en otras palabras, no todas las pautas a cerca de la prueba incurren de igual forma en las alternativas de que concuerde el importe de verdad del articulado probatorio (está probado que p) y el del enunciado que se declara probado (p). De forma general, no obstante, consiguen ser ilustradas como singularidades asignadas por el derecho a las nociones ordinarias de la prueba. Estas nociones no concretamente jurídicas, asignarían, verbigracia, la recepción y ejercicio de cualquier prueba que logre contribuir cierto mecanismo de juicio, no obstante, su carga sea minúscula, para establecer la verdad o falsedad de las estipulaciones que deben probarse impondrían también, por ejemplo, que la estimación de la prueba debe realizarse de arreglo con las pautas de la racionalidad general, etc.

- La adopción de providencias a cerca de la prueba en el proceso es sujeta a estrictas restricciones transitorias:

Esta anexión se refiere a las distintas controversias que se produzcan en un término espacioso razonable corto, de manera que se remedie el conflicto social o particular profundo y que no sé si se tiene en cuenta la función de estimulación de la conducta. En este mismo sentido, en cuanto más se retarde la aplicación judicial de las consecuencias jurídicas anunciadas por el derecho para el asunto en que se ejecute o se excluya la conducta condicionante, mínima será la estimulación que la medida en materia será idónea de causar. Al respecto, se cree indiscutiblemente que el interés por la averiguación de la verdad, que por sí solo demostraría largas exploraciones (y quizás un proceso resueltamente exquisito) le





corresponde ponderarse con la ventaja por una providencia acogida en un breve intervalo estacional.

Este beneficio por lograr una resolución en un término respectivamente breve de espacio incurre, además, en todo el proceso: define, por ejemplo, las dilaciones para exponer y ejercer la prueba, restringe el conjunto de recursos que logran incluirse frente a una resolución y, posteriormente, en un tiempo categórico, da por concluyente la resolución acogida, concediéndole fuerza de cosa juzgada y no aceptando, salvo asuntos excepcionales, un distinto bosquejo de la propia causa.

La insuficiencia de acoger una providencia en un lapso transitorio respectivamente temporal y, fundamentalmente ineludible que se cuente con los acervos forzosos para que la información útil para el juez en el tiempo de resolver sea lo más rica posible.

- Los individuos procesales interceden en el proceso:

En toda clase de proceso judicial hay una mediación definitiva de las partes en lo que reseña a la prueba. Esa mediación puede ser mayor o mínima, compartida con otros sujetos o exclusiva, dependiendo de cada ordenamiento y de cada tipo de proceso, pero se presenta en todo caso. En algunas ocasiones, la primera mediación reside en establecer que hechos le corresponden ser probados, lo que estriba de los alegatos realizados por una u otra parte.

Esto se presenta principalmente en la jurisdicción civil y tiene importantes limitaciones en el ámbito personal. De manera general, no obstante, dependerá del alcance que se dé al principio dispositivo, de forma que, en ciertos procesos, aun en la jurisdicción civil, se restringe la capacidad dispositiva de las partes en amparo del interés público (por ejemplo, en procesos que afecten a pequeños o en procesos de incapacitación, etc.)

Pero no únicamente las partes concretan la materia de la prueba, sino que interceden en su estipulación y práctica. En todo caso, las partes pueden proponer la admisión de las pruebas que consideren necesarias para aportar fundamento a sus alegaciones. Esta capacidad puede no ser exclusiva, de modo que también el juez o tribunal pueda decretar la práctica de pruebas no solicitadas por las partes, pero puede considerarse que su reconocimiento forma parte del derecho de defensa y del derecho a la prueba que corresponde a todo ciudadano que es parte en un proceso.



La intromisión de las partes en este punto tiene una particular categoría, puesto que hace viable que preserven sus propios beneficios, que no precisamente tienen que concordar con la revelación de la verdad. Esta defensa puede conjeturar perfectamente la manipulación del material probatorio: sea directamente, a través de la exposición de acervos de prueba falseados (por ejemplo, una declaración testifical falsa) o mediante la enajenación de exhibir acervos de prueba que alcanzaran a resultar nocivas para las utilidades subjetivas de la parte, aunque logran ser ventajosas para la definición de la verdad sobre lo sucedido. La eventualidad de que el juez establezca la práctica de pruebas no requeridas por las partes, en los procesos en que este pronostique, alcanza a favorecer a disminuir esa dificultad. En definitiva, como lo ha venido expresando Damaska, el hecho de que, por ejemplo, el proceso propio del common law, deje en manos de las partes la actividad probatoria, presume un acicate para que el legislador pretenda regular ex ante la admisión y práctica de las pruebas, impidiendo así en parte el efecto de su falta de neutralidad.

- La justificación del fallo adoptado es referente a un conjunto explícito de elementos de juicio:

Puede determinarse que los articulados probatorios del prototipo <<está probado que p>>, son, en contexto, enunciados relacionales. Su formulación completa debería, pues, hacer referencia al conjunto específico de elementos de juicio sobre cuya base se considera probado p. Así, si varía el conjunto de elementos de juicio consigue reformar afinadamente el resultado probatorio, de manera que aquello que no estaba probado pase a estarlo o a la inversa.

Cabe destacar, que los elementos de juicio que convendrán ser tenidos en cuenta para el acogimiento del fallo acerca de los hechos probados, son solo aquellos que han sido exhibidos y aceptados en el proceso. De esta forma, la providencia del juez o tribunal estará fundada en un conjunto de elementos o pruebas que es, a su vez, un subconjunto del conjunto de todos los elementos de juicio disponibles: el formado por aquellos de estos últimos que han ingresado en el expediente judicial.

- La decisión que se adopte está dotada de autoridad:

Toda decisión que se acoja en los procesos judiciales sobre los hechos probados está asignada de autoridad. Esto ha llevado a un buen número de autores a considerar que en el derecho es verdad aquello que dice el juez que es verdad, dado que esto y no otra cosa será lo que produzca efectos jurídicos. El



reconocimiento de que una providencia promueva efectos jurídicos no sobrelleva irreparablemente a que le corresponda negarse la eventualidad de que esa sentencia sea equivocada.

En este orden de ideas, referidas las particularidades que concretan el argumento de la toma de disposiciones jurídicas en materia de hechos probados se entrara a determinar la especificidad de la prueba en el derecho, distando tres periodos evidentemente diferentes y periódicos, aunque en los procesos la toma de fallos serios pueda exteriorizar entrelazados entre otras:

- La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas sobre cuya base se adoptará la decisión: el desarrollo del proceso judicial, a través de la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso. Originando una de las especificidades jurídicas de mayor calado, que puede resumirse en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*. Es decir, a los efectos de la decisión jurídica el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso, no pudiéndose tomar en cuenta, por parte del órgano decisor, aquellas informaciones o elementos de juicio de los que disponga (privadamente); o aquellos que habiéndose aportado al proceso han sido excluidos, por ejemplo por su carácter ilícito. Siendo la clave está de la especificidad de la prueba jurídica. Teniendo plena confianza de que en todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser estudiada para adoptar una decisión racional es similar al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso. Haciendo referencia a la prueba jurídica, en cambio, el conjunto de elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos de ellos que han sido anexos al expediente judicial.

Un primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan. Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia, pudiéndose considerar este filtro, realmente, como un principio general de inclusión. Funcionaría prescribiendo la admisión de toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas. La diferencia con otros ámbitos de la experiencia es que esos



otros ámbitos son comunes que sean el único filtro. La particularidad jurídica es que se añade un buen número de reglas jurídicas de exclusión: no se admiten las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales; no se admiten los testigos de referencia; no se admiten, con salvedades, las pruebas que no puedan practicarse en el curso del proceso con la debida aplicación del principio de contradicción, los propios plazos procesales juegan un papel de regla de exclusión: se excluye toda información, aunque sea relevante, que se presente mediante pruebas aportadas fuera de los plazos expresamente previstos.

Como lo ha expresado Bentham, buena parte de esas reglas que excluyen elementos de juicio evidentemente relevantes se verifican en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad: la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, etc. Frente a otros casos, en cambio, se excluyen elementos de juicio por considerarlos de bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen. De otro modo, si no se requiere motivación de la decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada fiables es, directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponibles.

- La valoración de esos elementos de juicio o pruebas: desde este momento se cierra la composición del conjunto de elementos de juicio que deberán valorarse (con una simplificación quizás excesiva, pero elocuente: una vez declarado el proceso visto para sentencia), se pasa al segundo momento. Se debe ahora proceder a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Esta valoración puede estar guiada jurídicamente y hasta puede el derecho imponer un determinado resultado probatorio. Estando frente a un sistema de prueba legal o tasada (que se presenta más o menos estricto). Por lo tanto, si el sistema jurídico prevé para el caso la libre valoración de la prueba, entonces deberá valorarse el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Lo que acontece es que se deberá obtener un resultado que permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis.

De esta manera se plantean dos observaciones importantes: en primera medida que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual, es decir, alusivo a un determinado conjunto de elementos de juicio. Si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro. En segunda medida, la libre valoración de la prueba es libre solo en el



sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que establezcan el resultado de esa valoración, la operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad. Se podría sugerir, que tal apoyo empírico brindará un grado de corroboración que, como ya indicara Popper, nunca será concluyente, pero, como el mismo advierte también, aunque no se pueda justificar una teoría, se podría, a veces, justificar su preferencia por una teoría sobre otra; por ejemplo, si su grado de corroboración es mayor.

En teoría se ha precisado que la actividad probatoria en el derecho está instruida por diversos valores u objetivos. El primordial de ellos, ya que de él depende la capacidad motivadora del propio derecho, es la averiguación de la verdad, pero no es el único. Teniendo de presente que esos diversos valores juegan también en momentos distintos. Y el momento pertinente en el que reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad es el de la valoración de la prueba, mientras que los demás valores u objetivos rigen en el primero y en el tercero de los momentos.

- La adopción de la decisión sobre los hechos probados: este último corresponde a la toma de la decisión. La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Conduciéndonos a decidir si la hipótesis *h* puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Dependería del estándar de prueba que se utilice. Habitualmente se sostiene que en el ámbito civil se opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria. Distinto se presenta, en el ámbito penal, ya que operaría un estándar que exige que la hipótesis este confirmada, más allá de toda duda razonable. Siendo preciso que la elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso. Pudiéndose demostrar la mayor exigencia probatoria en los casos penales, por ejemplo, en una especial protección del derecho a la libertad.

Nos beneficiaría exhortar en que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento no implica por si solo nada respecto de la decisión a adoptar. Para lo que se hace necesaria la intermediación de algún estándar de prueba. Por ningún motivo, puede darse por descontado que la hipótesis que ha resultado más confirmada es aquella que deberá darse por



probada. Si profundizamos en el funcionamiento del estándar que exige una confirmación de la hipótesis de la culpabilidad, en un proceso penal, más de toda duda razonable, este admitiría que la hipótesis no se considera probada, aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de la inocencia (salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la primera), de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada.

Por otro lado, la incorporación al proceso de pruebas científicamente puede dar lugar a algunas consecuencias paradójicamente, especialmente en el ámbito civil. Igualmente, la prueba científica tiene la particularidad de que supone la asunción de la práctica de una prueba y de su valoración por estándares no jurídicos, i. e., científicos. De suerte que en muchas ocasiones, el razonamiento científico tiene una estructura inductiva y es, por tanto, de carácter probabilístico, al resultado de la prueba científica en cuestión que será aplicado un estándar de prueba científico que permitirá decidir si científicamente está probado o no explícito enunciado (por ejemplo, que las huellas dactilares presentes en un objeto son de un determinado sujeto o que la causa de una enfermedad que aflige a un gran número de personas es o no su exposición o ingestión de un determinado producto). Pero el caso es que, dado que el estándar científico de prueba, que requerirá un determinado grado de confirmación no tendría por qué exigir un determinado grado de confirmación, no tiene por qué coordinar con el estándar jurídico, puede suceder que el grado de confirmación no tiene por qué concordar con el estándar jurídico, pudiendo suceder que el grado de confirmación alcanzado no sea suficiente para considerar la hipótesis como probada científicamente, pero en canje, si lo sea para considerar la hipótesis como probada jurídicamente (por ejemplo, por aplicación del estándar de la probabilidad prevaleciente). Siendo difícil que ocurra en el ámbito penal, si en él se aplica el estándar de la prueba, más allá de toda duda razonable. Que difícilmente a ser inferior al estándar científico, pero si es perfectamente posible en el ámbito de la jurisdicción civil. (págs. 24-49)

### **5.3.3. Derecho a la prueba:**

El derecho a la prueba es considerado como lo determina Beltrán (2007) específicamente como un derivado, del derecho a la defensa. La prueba debería constituirse de manera formal como un derecho constitucional fundamental de cada ciudadano. Aunque en el momento formalmente no está constituido como derecho en nuestra constitución, si está ligada o derivada a derechos fundamentales y procedimentales ej.: el derecho a la defensa.



La idea principal reside en que el ciudadano tiene derecho a demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión procesal, es decir, el ciudadano tiene derecho probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de esta manera puede avalarse una correcta aplicación del derecho y una adecuada seguridad jurídica.

Entre los elementos que integran el derecho de la prueba, que no son independientes entre sí, para que cada uno tenga sentido tienen que acompañarse de los siguientes:

- Derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión. Se trata de un derecho subjetivo que solo puede ejercer el sujeto que es parte en un proceso judicial. La única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. De esta manera podría, reformularse el propio derecho para acoger únicamente la utilización de las pruebas relevantes a los efectos a demostrar la verdad de los hechos alegados.

La convenida protección de ese derecho supone que se asigne a los jueces y tribunales la obligación de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes. Es decir, deberán ser admitidas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser aptas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. Por otra parte, asimismo presumiría una violación del derecho a la prueba la prohibición a la posibilidad de contribuir pruebas relevantes impuestas, no ya por el órgano juzgador, sino legislativamente. En ese orden, deben considerarse inconstitucionales aquellas limitaciones a la posibilidad de aportar pruebas que no resulten justificadas en la protección de otros derechos fundamentales en conflicto. En definitiva, conviene tener en cuenta que el mecanismo legislativo de imponer presunciones iuris et de iure, puede suponer también una forma disimulada de impedir ilegítimamente la prueba de un hecho relevante para la pretensión de una de las partes.

- Derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso. No tiene sentido la sola admisión de los medios de prueba propuestos por las partes si esta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba en el proceso. Cabe añadir que una concepción robusta del derecho a la prueba puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso. De esa forma, deberá maximizarse la participación de las partes a través del



principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria.

- Derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. Es frecuente considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. Teniendo en cuenta lo expresado por Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

Esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: primero, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Segundo, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. La primera de las exigencias es a menudo incumplida a través del recurso a la denominada valoración conjunta de las pruebas. Debe indicarse que, aunque una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, esta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Además, concurre más, solo después de valoradas individualmente la prueba podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por tal razón, se deberían ser consideradas como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión.

En otros términos, está claro que no basta con tomar en consideración todas las pruebas admitidas y practicadas. Es ineludible igualmente que la valoración de las mismas, individual y conjunta, se ajuste a las reglas de la racionalidad. De esta manera, podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es, a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones. Sin embargo, solo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicara el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica.

- Obligación de motivar las decisiones judiciales, es decir, el derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada. En el terreno del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados. Está en relación con la obligación del juez de aplicar





el derecho, que, a su vez, como se ha señalado, es la función principal del proceso. No obstante, la jurisprudencia constitucional y ordinaria no ha sido muy exigente a la hora de controlar la falta de motivación en materia de hechos probados. Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá. En este orden se distinguen dos razones: la primera, es la falta de una teoría que establezca algunos criterios de racionalidad que rijan en el ámbito de la libre valoración de la prueba. A falta de esos criterios claros, se tiende a maximizar el carácter libre de la valoración, su vinculación a la íntima convicción del juez, la discrecionalidad judicial en materia de valoración de la prueba. La segunda, opera con una noción de prueba y de hecho probado marcadamente subjetivista que no distingue entre un hecho este probado y que haya sido declarado probado por un juez o un jurado.

El principio de la libre valoración de la prueba, modelo de juicio que supone la confianza del legislador hacia el juez, o en su caso jurado, quien decida sobre los hechos probados del caso, a la luz de los elementos de juicio aportados al proceso, y sin indicaciones legales que le prescriban el resultado que debe arrogarse a la presencia de elemento de juicio alguno.

Frente al sistema de prueba legal o tasada es distinta la situación; ya que, en este modelo, que tiende a entenderse como de desconfianza del legislador hacia el juez, es el primero, y no el segundo, quien atribuye un resultado probatorio a los distintos medios de prueba. Teniendo un impacto importante en la estructura del razonamiento; debido a que el legislador no puede de ninguna manera decidir sobre el caso individual, con lo que las reglas de prueba legal dictadas serán siempre referidas a tipos de casos.

Así se admite el principio de libre valoración de la prueba de forma que concede al juzgador una potestad para que juzgue según su conciencia, su entender o sus convicciones, sin ningún tipo de límites a un poder que se forja absoluto en materia de pruebas.

Dentro del objeto del razonamiento, el modelo de la libre valoración de la prueba, el juez deberá motivar (expresamente o no, dependiendo de los sistemas) que su decisión sobre los hechos probados se evidencia a partir de los elementos de juicio incorporados al proceso; por otro lado, en el modelo de la prueba legal o tasada, en cambio, el juzgador únicamente tendrá que justificar que se da el antecedente de la regla de prueba legal a los efectos de aplicar su consecuencia prevista (por ejemplo, que se dispone de una confesión, si el legislador ha previsto como consecuencia que lo confesado hace prueba plena). Esto quizás muestre,



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

por cierto, que un sistema puro de prueba legal o tasada no es posible: el juez siempre deberá realizar actividad de valoración de la prueba para considerar probado que se cumple el antecedente de la regla de prueba legal.

Un modo de entender la libre valoración de la prueba es estudiando de forma más amplia la concebida como persuasiva, que entre sus características dentro de la prueba se establecen: - la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; - la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que se reserva casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; - exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; - un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias. Denotándose en la combinación de estas distintas notas un modelo perfectamente coherente, pero carente de racionalidad desde el punto de vista epistemológico.

Resultaría demostrativo que el acento en la convicción judicial como criterio de decisión sobre la prueba se corteje de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Si lo que se desea es producir la convicción judicial la mejor manera para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, avalando la presencia directa del juzgador. Pero, por otro lado, esta versión fuerte del principio de inmediación es, empero, excluyente, en nombre de este principio se reprime la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, presumiendo que siempre y en cualquier caso aquel estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia.

Es normal la débil o nula exigencia de motivación en relación con la decisión sobre los hechos, debido a una consecuencia casi obligada si se vincula las pruebas con la adquisición del estado mental de convicción o creencia por parte del juzgador. Como lo sostiene De la Oliva, esta concepción persuasiva de la prueba, comprimen la motivación a la explicación de las causas que han llevado al juez a creer en la ocurrencia del hecho en cuestión. Pero enunciar las causas de una creencia, en el caso de que pueda hacerse, es algo muy diferente de justificar una decisión.

Siendo claro sostener que la finalidad de la prueba en el proceso es la producción de la convicción judicial.



Ante esta concepción persuasiva puede formularse una concepción racionalista de la prueba. Entre las que se caracterizan así: el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

La concepción racionalista fundamenta la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo acontecido que se declara probada.

Por otra parte, La concepción racionalista supone la exigencia de una detallada motivación judicial sobre la decisión adoptada. Y esta motivación no es ya una explicación sino una justificación en sentido estricto. Da lo mismo, por tanto, el iter psicológico del juez que lo llevo a la decisión, sus creencias o prejuicios; la motivación debe asentarse en las pruebas que justifican su decisión. Es un razonamiento fundado en los elementos disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada.

En definitiva, esta concepción exige el diseño de recursos que aprueben una revisión o control de la decisión sobre los hechos probados acogida en primera instancia, con independencia de si esta ha sido favorable al actor o al demandado, al acusado o a la acusación, etc. El control es en este momento posible debido al juego combinado de las exigencias de esta concepción: se puede saber las razones por las que se ha decidido, porque se dispone de una motivación detallada de la decisión que da cuenta del proceso de corroboración de la hipótesis que se declara probada y de las que, si es el caso, se hayan refutado.

De este modo, para la concepción racionalista, el hecho de que la valoración de la prueba se declare libre por el derecho, indica simplemente que no rigen reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez. Sin embargo, esa libertad no es absoluta, sino que está limitada por las reglas generales de la epistemología o, como se refieren jurisprudencialmente, de la racionalidad y la lógica. Aunque puede entenderse el principio de la libre valoración de la prueba como un mandato a los jueces para que decidan sobre los hechos en los casos que se les planteen mediante los métodos de la epistemología general.



En este orden de ideas, se puede conjeturar que el fin último de la institución probatoria en el proceso judicial es el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso, pudiendo juzgar las distintas reglas probatorias y los distintos métodos de valoración de la prueba como racionales o irracionales. Diferenciando entre el momento de la formación del conjunto de elementos de juicio con el que se tomara la decisión, el momento de la valoración de la prueba y el momento de la decisión sobre los hechos probados.

Frente a los momentos de la formación del conjunto de los elementos de juicio se distinguen:

- La relevancia: tratándose fundamentalmente del principio en el cual se obtiene un conjunto de elementos de juicio (pruebas) lo más rico posible. Para cual deberá proyectarse el proceso judicial de modo que se facilite la incorporación al proceso del máximo número de pruebas relevantes. Como lo expresa Lauda, los errores judiciales respecto de los hechos disminuirán en la medida en que el juzgador disponga de los elementos de juicio relevantes del caso. Distinguiéndose como unos de los principios epistemológicos menos indiscutible, pues cuanto más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión. Imponiéndose la necesidad de adoptar el criterio de la relevancia probatoria como único filtro para la admisión de pruebas en el proceso. Resaltando que cualquier prueba relevante debe ser admitida en el proceso. En síntesis, no se justifica epistemológicamente la existencia de ninguna regla jurídica de exclusión, que excepcione al principio general de admisión de toda prueba relevante. Un elemento de juicio es relevante para la decisión sobre la prueba de un enunciado factico si, y solo si, permite fundar en él una conclusión sobre la verdad del enunciado factico a probar. De este modo, se busca incentivar la presentación de todas las pruebas disponibles por las partes (o al menos de aquellas que pudieran favorecerles) en el procedimiento de primera instancia. Es decir, paradójicamente, la ratio de esta regla de exclusión es enriquecer el conjunto de elementos de juicio desde el inicio del procedimiento. Estando ante una regla de exclusión justificada cuyo fundamento es epistemológico. En algunos casos, por ejemplo, del derecho del periodista a no revelar sus fuentes. Dando una justificación epistemológica a ese privilegio del periodista de no revelar sus fuentes en un procedimiento, penal o civil, en el que actué como testigo. Siendo claro que la negativa del periodista a aportar información sobre la fuente de alguna información relevante para el caso empobrece el conjunto de elementos de juicio con el que deberá



adoptarse la decisión. Obligar al periodista a revelar sus fuentes de información (como ocurre con cualquier ciudadano) parecería la regla epistemológica adecuada. Pero realizando esto podría desincentivar a que otros sujetos revelen al periodista informaciones relevantes que permitan, no solo hacer públicas las comisiones de determinados delitos, sino también perseguidos penalmente. Pero realmente esta regla estaría epistemológicamente justificada desde el punto de vista estático, pero injustificada desde el punto de vista dinámico. Concluyendo que el principio general de que ninguna regla de exclusión está justificada epistemológicamente.

Se podría establecer que una regla de exclusión de prueba relevante estaría también justificada epistemológicamente en la medida en que pueda mostrarse que tienda a maximizar la información relevante disponible en los procesos, aunque tenga el efecto de empobrecer la información disponible en algún caso en concreto dentro del proceso.

Como también, puede pasar que una prueba que es relevante, si se analiza de forma aislada, resulte redundante con otras pruebas ya incorporadas al conjunto de elementos de juicio. Estos casos de irrelevancia se identifican bajo la figura de la superfluidad, lo que conduciría a la exclusión de la prueba en materia. Esta redundancia se da cuando dos o más pruebas versan sobre el mismo enunciado fáctico, acreditando directa o indirectamente lo mismo. Por ejemplo, una prueba testifical podría considerarse redundante con una prueba pericial si ambas tuvieran por objeto probar que Juan disparó. En ese caso el testigo declara que vio que Juan disparó y la prueba pericial nos acredita que las manos de Juan tienen rastros de pólvora propios de quien ha disparado un arma. Ambas pruebas acreditan lo mismo y por ese hecho se plantea que son redundantes. Como también se puede presentar que las pruebas sean del mismo tipo. El caso más habitual es el de la reiteración de pruebas testificales. Así, dos o más testigos del mismo suceso son propuestos para declarar que vieron a Juan disparar.

Frente a este tema deberá encontrarse un adecuado punto de equilibrio entre dos ideas en tensión. La primera revela que el grado de confirmación de una hipótesis crece con el número de resultados favorables de la contrastación. Conduciéndonos a la admisión de la prueba redundante, puesto que superaría el test de la relevancia. La segunda idea es que la abundancia de información puede producir el denominado peligro de desborde en su tratamiento. Haciendo muy difícil la toma de decisiones. Y con el fin de evitar estos peligros se recomienda también epistemológicamente excluir las pruebas superfluas. Pero no quiere decir



que todas las pruebas redundantes son superfluas. Ya que por ejemplo cuando un segundo testigo declara haber visto lo mismo que un testigo anterior, su declaración aumenta la fiabilidad de lo declarado por el primero que observo a Juan disparar. El tercer testigo añade, un nuevo grado de corroboración. Pero a partir de la te la primera prueba, cada una de ellas aporta un grado de corroboración menor.

Pero cuando la redundancia se dé entre pruebas de distinto tipo; se determinaría una regla epistemológica distinta que se establece que la confirmación de una hipótesis no depende solo de la cantidad de datos favorables de que se dispone, sino también de su variedad, ya que cuanto mayor sea la variedad, mayor será el apoyo resultante. Cuanto mayor es la variedad de experimentos a los que se somete una hipótesis mayores son las posibilidades de que sea refutada en caso de que esta sea falsa. Otorgando en su efecto, mayor nivel de corroboración en caso de que el resultado de las distintas pruebas sea positivo para la hipótesis.

- La Admisibilidad: cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión debe ser admitida como prueba en el proceso judicial. Este principio general se justifica epistemológicamente en la medida en que garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad. E independientemente, una más en materia jurídica, que justifica la adopción de aquel principio: el derecho a la prueba, como parte del derecho a la defensa, que muchas constituciones y tratados internacionales conceden a todo ciudadano.

La averiguación de la verdad es un fin en algún sentido prioritario del proceso en materia de prueba, pero no es en absoluto el único. Se han establecido reglas jurídicas procesales en su mayoría (aunque no solo procesales) que funcionan como un filtro de admisibilidad de la prueba, adicional y posterior al juicio de relevancia. Siendo evidente que la racionalidad instrumental de esas reglas jurídicas no puede ser evaluada teniendo en cuenta la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso correspondan. Pero estas reglas de algún modo pueden atribuir un sacrificio epistemológico, en el entendido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad.

Por otro lado, se exterioriza otro tema único de esta clase de conflictos es el que se presenta en el supuesto de la admisibilidad de la denominada prueba ilícita. Se presenta en aquellos casos en el que una prueba que es demasiado relevante para la decisión sobre los hechos del caso que se juzga, se obtienen de forma



ilegal, quebrantando derechos fundamentales como son la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones, etc. Algunos sistemas jurídicos occidentales, resguardan esos derechos imponiendo la inadmisibilidad de la prueba obtenida de esta manera. Lo que se ha pretendido procesalmente es inhabilitar y desincentivar la búsqueda de estas pruebas debido que su obtención vulnera derechos fundamentales. Aunque algunas pruebas obtenidas de este modo puedan resultar de gran relevancia en un caso dado, el legislador opta por sacrificar el valor epistemológico a favor de la protección de los derechos fundamentales. Además, este tipo de reglas de exclusión entran en conflicto con la finalidad de la averiguación de la verdad, por lo que se recomienda analizar si hay disponibilidad de otros medios para alcanzar esos fines que no conlleven a este conflicto evitando de esta manera la regla de exclusión.

Basándose en su ~Movimiento Abolicionista~ del derecho probatorio, Alex Stein, elaboro un doble argumento liderado entre otros por BETHAN y THAYER, sosteniendo que la valoración de la prueba es una cuestión puramente epistemológica respecto de la que el derecho haría bien en no inmiscuirse, así determinan:

- En primer lugar, la epistemología solo nos sirve para determinar el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, pero nada nos dice sobre el punto en que esa probabilidad es suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis. Es decir, la epistemología no puede determinar los estándares de prueba.
- En segundo lugar, el denominado principio de inclusión impone la admisión de toda prueba relevante para la decisión sobre los hechos que debe tomarse en el proceso. Lo que este principio envolvería, sería la derogación de las reglas probatorias que excluyen pruebas relevantes. Esta es la clásica formulación de BETHAN, y tiene su fundamento en que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta respecto de la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información sobre lo ocurrido. La riqueza o peso del conjunto de elementos de juicio sobre el que se adopte la decisión estaría en directa relación con la probabilidad de que la decisión sea correcta. La objeción de STEIN, en cambio, ataca precisamente el fundamento del principio de inclusión: mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistemológica. La llegada de nueva información podría solo sustituir el riesgo de error existente hasta el



momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aun, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior.

Su tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información necesariamente produce mayor exactitud en la determinación de los hechos. Además, es muy cierto como se afirma que la averiguación de la verdad es un valor más que el derecho persigue y que puede entrar en conflicto con otros valores asumidos por el mismo derecho. A este propósito se determina que el objetivo institucional de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad. No pudiendo ser de otra forma, puesto que ese objetivo es estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta.

Cabría entonces señalar que el sistema no puede prescindir de la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso, puesto que de otro modo el sistema colapsaría. Esto no le otorga un mayor valor moral a la averiguación de la verdad, pero muestra que el conflicto entre ese objetivo del derecho y otros posibles objetivos, el primero tiene una preferencia estructural que hace que no pueda ceder siempre. Cualquier exclusión de prueba relevante puede afectar al derecho a la prueba, normalmente reconocido como derecho fundamental que integra el derecho a la defensa. Por lo tanto, cualquier afectación de ese derecho deberá hacerse en nombre de algún otro valor u objetivo jurídico que tenga al menos el mismo rango que el derecho fundamental a la defensa y a la prueba. La decisión sobre el nivel de suficiencia probatoria no es en absoluto epistemológica. La epistemología nos ayuda a delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que se haya decidido adoptar, pero no nos dice nada sobre el nivel mismo. Tampoco la epistemología sirve en esos campos para definir el nivel de exigencia del estándar.

Ciertamente, el aumento de información relevante para la adopción de una decisión no necesariamente produce un aumento en la exactitud de la decisión. Una decisión sobre los hechos será válida si está fundada en los elementos de juicio disponibles. Será, por el contrario, verdadera si corresponde con los hechos del mundo. Ahora bien, el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio aumenta la probabilidad de que la decisión valida sea también verdadera.

Frente a los controles procedimentales sobre la práctica de la prueba que inciden en la riqueza del conjunto de elementos de juicio, se ha establecido que las distintas pruebas o elementos de juicio deben cumplir una función corroboradora





de los diversos aspectos que integran la hipótesis fáctica que se pretenda probar. Por ese motivo, se puede decir, en primer lugar, que la hipótesis no resultara finalmente probada si falta la prueba de alguno de sus elementos integrantes.

En segundo lugar, el grado de corroboración e una hipótesis deberá determinarse en el momento de la valoración de la prueba, pero debe conformarse durante la práctica de la prueba. Una hipótesis tendrá un nivel de corroboración mayor, cuanto mayores sean los controles y desafíos a los que haya sido sometida, habiéndolos superado con éxito.

Será tarea de las partes y en su caso del juez someter la o las hipótesis fácticas a esos controles y desafíos. En cierto sentido, se tratará de aplicar en este momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio la metodología de la corroboración de hipótesis, que será presentada en sus rangos principales. Teniendo en cuenta que, que la finalidad institucional principal de la fase de pruebas en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, el sistema procesal jurídico, como no podía ser de otra manera, importa en forma de instituciones jurídicas los mecanismos epistemológicos necesarios para alcanzar esa finalidad. En este sentido, se plantea que el modo de implementar jurídicamente mecanismos que faciliten la corroboración es el denominado principio de contradicción, que tiene la función de verificar in itinere la calida de la prueba.

Sin pretensión de exhaustividad, puede decirse que el principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipos de controles probatorios:

- Un control sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas sobre la admisión de la prueba (el principio de admisión de toda prueba relevante y las excepciones establecidas por reglas de exclusión jurídicas).
- La práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma.
- La posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a estas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible.
- La posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

La formación o práctica de la prueba de forma contradictoria tienen su aplicación más clara en el caso de las pruebas denominadas personales, o sea, de las pruebas que consisten en la declaración de una persona física. En esos casos, verbigracia, resulta útil epistemológicamente permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba de la fiabilidad de lo declarado y del declarante. Es evidente, en cambio, que en la práctica de otros tipos de prueba no es posible la implementación del principio de contradicción: obtención de huellas, pruebas documentales, registros domiciliarios, pruebas analíticas (de ADN, sangre)

Efectivamente, estas dos últimas posibilidades tienen por finalidad enriquecer el conjunto de elementos de juicio disponibles al momento de adoptar la decisión sobre los hechos. Y ese enriquecimiento no es solo cuantitativo sino cualitativo, por cuanto componen, obligatoriamente, oportunidades para el desafío de las respectivas hipótesis fácticas. La proposición de pruebas contrarias puede buscar directamente la falsación de una hipótesis fáctica distinta incompatible con la anterior. La prueba sobre la prueba, por otra parte, presume un control sobre la fiabilidad de las pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas existentes, que la confirme o la impugne. Se trata de pruebas que no versan directa ni indirectamente sobre los hechos del caso, sino sobre otras pruebas, y son fundamentales en muchos casos para una correcta valoración individual de la prueba, en aras a establecer el grado de fiabilidad que ofrece. Enfatizando, por ejemplo, del careo entre testigos que realizan declaraciones contradictorias, del peritaje psicológico sobre los testigos o la víctima de un delito, de la prueba caligráfica para fijar la autenticidad de la firma de un documento, de la prueba para estipular la autenticidad de una grabación de imagen o sonido, etc.

Frente a estos dos últimos tipos de prueba se resalta en primer lugar, la propia dinámica del proceso y la función de estas pruebas exigen reglas procesales específicas respecto del momento de proposición de la prueba. Como consecuencia que la necesidad o conveniencia de una prueba de este tipo se aprecia en el momento en que se practica la prueba que será objeto posterior de la nueva pericia. Una vez realizada la declaración de los testigos puede evaluarse la necesidad de realizar un careo entre ellos; solo después de la impugnación de la autenticidad de un documento o de una grabación puede estimarse la conveniencia de una prueba pericial que la determine, etc. Todo ello con independencia de si la proposición de estas pruebas se restringe en exclusiva a las partes o se concede poderes probatorios también al juez. En segundo lugar, la aplicación del filtro de relevancia a los efectos de la admisión de este tipo de

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

122



pruebas. Su propio objeto hace que se cumplan el criterio de relevancia y que, por esta razón, deban ser, en principio, excluidas. Una prueba cuyo objeto sea estipular la autenticidad de un documento cuyo contenido es un contrato de alquiler, no consiente instituir inferencia alguna sobre el contrato mismo, sobre la verdad de los hechos a demostrar en un juicio de desahucio, por ejemplo. Lo que se podrá inferir a partir del resultado de esta prueba es la fiabilidad con la que cuente la prueba documental, que es la que permite, en su momento, realizar inferencias sobre el valor de verdad de los enunciados facticos sobre los hechos del caso. Igualmente, una prueba pericial cuyo objeto sea prescribir la capacidad visual de un testigo, no nos consentirá instaurar ilación alguna sobre la verdad de los enunciados sobre los hechos del caso (por ejemplo, sobre si Juan disparo a Pedro), pero si sobre la fiabilidad de esa prueba testifical (cuyo contenido es que el testigo vio disparar a Juan sobre Pedro).

Adviértase, por tanto, que, de no cumplir las exigencias del filtro de relevancia para la admisión de la prueba, como se expresó en este tipo de pruebas pueden tener una importante utilidad epistemológica para la correcta toma de decisiones. De manera que conviene considerar, una excepción a la definición general de relevancia de la prueba.

Ahora bien, respecto, al momento de la valoración de la prueba, justo después de conformado el conjunto de elementos de juicio sobre cuya base deberá tomarse la decisión sobre los hechos, sería el instante de valorar el apoyo empírico que esos elementos aportan individual y conjuntamente a las diversas hipótesis fácticas disponibles sobre lo ocurrido. Sin duda, ello no quiere decir que la valoración de la prueba no se realice en absoluto hasta este momento. Por lo que se plantea que existe una valoración *in itinere* que el juzgador realiza durante la práctica de la prueba, por ejemplo, a los efectos de comprobar si es necesario ordenar (de oficio o a instancia de parte) una nueva prueba sobre la fiabilidad de una ya practicada, o una nueva prueba que verse sobre un extremo de alguna de las hipótesis en conflicto que no ha sido suficientemente acreditado. Aun así, como se observa, esta valoración *in itinere* tiene por objetivo detectar insuficiencias en el peso o riqueza del conjunto de elementos de juicio a los efectos de resolverlas. Distinta es la valoración de la prueba que se debe realizar una vez el conjunto de elementos de juicio ya ha sido cerrado. A partir de ahí, el objetivo es determinar el grado de corroboración que este aporte a cada una de las posibles hipótesis jurídicas en conflicto.

Así pues, la primera observación que se impone realizar es que nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que esta sea, permitirá tener



certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis. No es viable obtener una conclusión general (positiva) válida o justificada a partir de casos individuales. Estando frente al gran problema de la justificación del razonamiento inductivo, que vale tanto para la ciencia como para la prueba judicial.

Como lo determina Popper, no es dable comprobar una hipótesis, pero ello no implica que no se pueda elegir racionalmente una hipótesis sobre otras sobre la base de la mayor corroboración de la primera.

De este modo, los resultados a los que se puede arribar en este estudio sobre los hechos no pueden ser ciertas, ubicándonos absolutamente en el espacio del razonamiento probabilístico.

En cuanto a la metodología de la valoración de la prueba enumeraremos de manera sucinta las distintas concepciones de probabilidad así, la probabilidad de eventos o sucesos y probabilidades de proposiciones que a la vez se subdivide esta última en probabilidad lógica o inductiva y probabilidad subjetiva.

En cuanto a la probabilidad de eventos o sucesos, es aquella que mide la frecuencia con la que un evento se produce en una sucesión dada de acontecimientos, tendencialmente infinita. Estando frente a la probabilidad frecuentista o estadística que da origen a los cálculos matemáticos de la probabilidad (que posteriormente se aplica a la probabilidad subjetiva o personal). En este orden de ideas, es esta una noción objetiva de probabilidad, puesto que mide el número de posibilidades de que no ocurra y no los estados mentales subjetivos de sujeto alguno. Como se presenta cuando decidimos que la probabilidad de que salga cara si lanzamos una moneda equilibrada al aire es de  $\frac{1}{2}$ , lo que implicaría que, si el número de tiradas se repite indefinidamente, la proporción entre el número de caras y el número de cruces será, a la larga, tendencialmente de  $\frac{1}{2}$ .

Respecto a la probabilidad aplicada a proposiciones, regula, comúnmente, el grado de conocimiento del mundo. Tratándose en este evento de una noción epistemológica de la probabilidad, que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición será verdadera. Análogamente a esta línea de pensamiento, se puede registrar dos grandes corrientes de pensamientos, o modos de concebir la probabilidad, teniendo como precursores a KEYNES (1921) y a JEFFREYS (1939), y como continuador destacado a CARNAP (1950), se desarrolló la noción de probabilidad lógica o inductiva, para la que la probabilidad que un elemento de juicio aporta a una hipótesis es una relación lógica entre dos



proposiciones (el grado en que una proposición implica a la otra). La tesis central de la lógica inductiva es que la relación de confirmación inductiva es una relación lógica. La diferencia entre la lógica deductiva y la inductiva es una implicación lógica parcial, y por consiguiente, gradual. Expresado en la terminología de mundos posibles, si A es consecuencia lógica estricta de B, resultara que A y B es verdadera en todos los mundos posibles en que B, es verdadera. Si, en cambio, A es contradictoria con B, A y B, será falsa en todos los mundos posibles en que B es verdadera. Ahora si se dispone de una función de medida de los mundos lógicamente posibles en los que A y B, es verdadera y la medida de los mundos posibles en los que B, es verdadera como la medida del grado en que A es resultado lógico de B y definir de este modo la probabilidad de A dado B. CARNAP pensaba que todos los enunciados probabilísticos siguen el modelo Pascaliano y admiten el cálculo numérico de probabilidades. En cambio, KEYNES sostenía que muchas probabilidades no se pueden medir en sentido estricto, sino solo comparar con otras.

En cuanto al razonamiento probatorio en el momento de la valoración de la prueba, se determinará una metodología de valoración que sea más adecuada para conseguir el objetivo declarado de la averiguación de la verdad a partir de los elementos de juicio disponibles en el proceso.

Respecto de la probabilidad estadística de la hipótesis como modelo de razonamiento probatorio, la totalidad de los teóricos de la prueba en el contenido del proceso judicial considera muy claramente que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso. La probabilidad estadística nos anuncia exclusivamente de frecuencias relativas en que se da un tipo de eventos en una sucesión dada. Pero, de forma general, en el proceso no importa determinar la frecuencia con la que los hombres solteros mayores de 60 años, con título universitario y jubilados, maten a sus hermanas, sino si Juan ha matado a su hermana.

Con relación al argumento de la minimización de los errores, la aplicación del derecho será correcta si se impone la consecuencia jurídica prevista a los casos en que han producido efectivamente las circunstancias antecedentes previstas por las normas. Por esa razón, el objetivo epistemológico de la prueba tiene que ser el de minimizar el número de errores en la declaración de hechos probados (es decir, el disenso entre lo que se declara probado en el proceso y lo que realmente ha ocurrido). El objetivo epistemológico de la minimización de los errores parece indicar, contra lo que podría suponerse, que la prueba estadística debe admitirse



y, es más, considerar como suficiente. El argumento de la minimización de errores parece epistemológicamente fundado. Pero no se debe dejar llevar por una impresión superficial y conviene analizar algo más sus presupuestos.

La epistemología no está interesada meramente en la disminución de los errores y el derecho tampoco. La justificación de una decisión sobre los hechos tiene una doble cara (hay dos tipos de justificaciones, si se prefiere): un material y una procedimental. En cuanto a la primera, se puede establecer que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera. En cuanto al procedimental, la decisión esté justificada si la hipótesis que se declarar probada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponibles.

Como también puede presentarse la distinción entre la verdad y la validez de la decisión adoptada. Tanto para el derecho como a la epistemología general no le interesa el acierto por casualidad. Una decisión judicial no está justificada si, aunque declare probada la hipótesis verdadera, lo hace por casualidad (por que no dispone de corroboración suficiente).

En cuanto a los orígenes de la probabilidad matemática aplicados a la prueba en el derecho se remontan a la obra de LEIBNIZ en la segunda mitad del siglo XVII. Los primeros desarrollos probabilísticos fueron ideados en el ámbito de la prueba jurídica. Tres siglos después, a partir de un trabajo de FINKELSTEIN y FAIRLEY y de la respuesta de TRIBE se forjó un amplio e intenso debate sobre la aplicabilidad al razonamiento probatorio jurídico de la probabilidad subjetiva y, en específico, de las probabilidades inversas a través del denominado teorema de BAYES.

La probabilidad subjetiva es una noción epistemológica de probabilidad, que calcula nuestro grado de (o la fuerza de la) creencia racional en una hipótesis dado cierto elemento de juicio. Comparte con la probabilidad estadística la aplicación de un método de cálculo matemático que permitiría fijar el grado de probabilidad de una hipótesis en una escala que va de 0 a 1, donde cero es la absoluta falta de confianza en la hipótesis y 1 la certeza absoluta en la verdad de la misma.

Viendo nos abogados ante los esquemas de la denominada probabilidad inversa, para los que teóricos de la probabilidad matemática usan el teorema de BAYES, que tiene la siguiente forma:

$$P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$$



Y se lee: la probabilidad condicional de que sea verdadera la hipótesis H dado el elemento de juicio E es igual a la probabilidad de que se dé E si es verdadera H multiplicado por la probabilidad de H (sin tomar en cuenta E), dividido por la probabilidad de que E si no es verdadera H.

Los defensores de la probabilidad subjetiva, también llamados bayesianos, sustentan que cualquier ilación probatoria se fundamenta sustancialmente en la aplicación del teorema de BAYES bajo la interpretación subjetivista de la probabilidad como grado de creencia racional. Así, lo que el método de cálculo nos dice es que grado de creencia es racional tener en la hipótesis dado un elemento de juicio si antes de conocer el elemento de juicio teníamos un grado de creencia x en ella y dadas las probabilidades inversas de que esté presente el elemento de juicio si la hipótesis es verdadera y si no lo es. Ahora bien, resulta claro ya que el resultado del cálculo depende de las probabilidades a priori asignadas, pero ¿Cómo se determinan las probabilidades a priori o previas?

Una refutación tradicional es la de usar probabilidades estadísticas para comprobar la probabilidad previa de la hipótesis. La serie de preguntas podría ser infinita, porque infinitas son las prioridades de un caso. La respuesta DE FINETTI es determinante: <<Lo que al final es fundamental es tener como punto de partida las probabilidades iniciales de los eventos reales, sin que importe como han sido evaluadas>>.

Los juicios o creencias acerca de la verdad de una hipótesis o del grado de confirmación de que disponga están necesariamente mediatizados por las creencias previas o por el background asumido, pero la verdad de un enunciado que afirma que el grado de confirmación de una hipótesis aportado por un conjunto de elementos de juicio es x no depende de esas creencias previas sino del mundo. En ese sentido puede decirse que el grado de confirmación (o apoyo inductivo o corroboración, como se prefiera) es objetivo. (págs. 52-114)

#### **5.3.4. Función de la Prueba:**

En concordancia con la función de la prueba, expresa uno de los grandes inspiradores del derecho procesal civil:

Probar indica una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Lo que se prueba es una afirmación; cuando se habla de probar un hecho, ocurre así



por el acostumbrado cambio entre la afirmación y el hecho afirmado. Como los medios para la verificación son las razones, esta actividad se resuelve en la aportación de razones.

Prueba como sustantivo de probar, es pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto, el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En lenguaje figurado, también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento, sino un quid sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón. (Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Independientemente de lo anterior, es pertinente analizar el interrogante que plasma Ferrer (2015) cuando se pregunta ¿que se prueba? Determinando que todo aquello que se prueba son los enunciados facticos de los hechos, con la discrepancia en que según el objeto hay hechos que pueden ser probados, y que según el tema o necesidad hay hechos que deben ser probados, precisamente estos dos verbos pueden y deben marcar la oposición.

El conocimiento de objeto de prueba, se describe como una variada escala de hechos que pueden ser probados, es una noción objetiva y abstracta que vislumbra aquello sobre lo que puede recaer la prueba. Son entonces los hechos desde un punto de vista general. Aquí no se atribuye a la parte probar nada pues todo entra en el terreno de lo que es posible probar, de lo que es susceptible de probar.

La noción de tema a probar, o necesidad de prueba, es objetiva y concreta porque se refiere a hechos que en cada proceso deben ser materia de la actividad probatoria, es decir, los hechos determinados sobre los cuales recae el debate, la Litis o controversia esbozada.

Esa necesidad de la prueba nace del precepto determinado en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, cuando enuncia que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, lo que simboliza la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse toda decisión judicial, estén demostrados por las pruebas aportadas al proceso; a contrario sensu, concurre la prohibición para que el juez formule resoluciones judiciales con base en su conocimiento privado, porque constituye garantía para el justiciable, el conocer los elementos de convicción que el juzgador encuentre suficientes, para estructurar el fallo. (pág. 105)





Ahora bien, frente al interrogante ¿para qué se prueba?, la doctora Ferrer (2015), lo abordó desde dos figuras: procesal y constitucional. Desde ámbito procesal, lo más significativo que se puede derivar de este matiz es la relación existente entre el derecho sustancial y la prueba como tal, teniendo en cuenta que este vínculo es una de las premisas que explican a profundidad la finalidad e importancia de la institución estudiada. De tal forma que el derecho sustancial se identifica como la razón de ser del derecho procesal, y al aceptar que lo anterior implica la existencia de una relación inherente entre la prueba y el cumplimiento de las normas sustanciales. Por consiguiente, las pruebas son el fundamento que el juez utiliza para fallar sobre el fondo del asunto “si prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás”. Razonablemente, las pruebas y su regulación adquieren especial importancia en la medida en que son el medio preciso para lograr el cumplimiento de un derecho. Por eso se estableció que las pruebas son “así mismo un instrumento elemental no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general, sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad”.

Desde la esfera constitucional, este implica una relación directa con la Constitución Política de Colombia de 1991 y los principios generales que ella establece. Es comprensible que la prueba es fundamental a la hora de cumplir con alguno de los fines esenciales del Estado Colombiano, en la medida que se busque dar cumplimiento a los derechos y deberes en cabeza de los particulares o de las entidades públicas. En otros términos, sin las pruebas no se puede dar acatamiento efectivo al derecho sustancial, al Estado le sería imposible cumplir con algunos de los fines que la Constitución le incrimina, a saber: la administración de justicia, y en general propiciar una eficiente y justa aplicación de su función jurisdiccional.

En definitiva, las pruebas no solo son importantes para el cumplimiento del derecho sustancial como tal, sino como herramientas necesarias para que el estado pueda cumplir con sus fines establecidos en la Constitución.

A diferencia de Beltrán, Jordi (2007), la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, para la doctora Ferrer, Ana Giacomette (2015), las pruebas pretenden llevar al juez al convencimiento o certeza sobre determinados hechos, cuya decisión está íntimamente ligada a lo que efectivamente pueda ser probado y sustentado dentro del proceso; en otras palabras, la importancia de la prueba está en relación directa



con el principio de necesidad de esta. Se pretende ineludiblemente la prueba para aclarar los hechos que han de servir de apoyo a la aplicación del derecho; y el juez no está llamado a rectificar la falta de pruebas con el mero consentimiento privado o personal que tenga de la situación fáctica.

Considerando la anterior hipótesis, es obvio que el juez está ligado a lo que se halle probado en el proceso para poder dictar sentencia, y del mismo modo, un fallo que no encuentre cimentado en las pruebas aportadas al proceso es una clara violación de una de las garantías esenciales que la Constitución Política salvaguarda, pues en oposición obvia del debido proceso. En resumen, como lo admiten los estudiosos del derecho probatorio, lo que no esté probado en el mundo del proceso no puede existir realmente para el mundo de la inteligencia del juez, porque es la única forma de garantizar el debido proceso y específicamente el derecho de defensa de los asociados envueltos en un asunto de carácter judicial. Las palabras son en sí, una vez más, un instrumento que da pie para la debida eficiencia del debido proceso, para la aplicación y protección real de todas las aristas que el mismo consagra, y en general para la implementación de lo establecido en el artículo 29 de la constitución.

En definitiva, la importancia de la prueba proviene de un carácter instrumental para el acatamiento efectivo del derecho sustancial en general, del cual procede, en especial, el cumplimiento de la garantía fundamental del debido proceso; asimismo se encuentra su transcendencia en lo que corresponde a la consecución de los fines del Estado; y por último, las pruebas son primordiales en lo que refiere a la guarda de la estabilidad jurídica dentro de la sociedad en el ámbito extraprocésal. (págs. 142-146)

Frente al propósito de la prueba la doctora Ferrer (2015), destaca la finalidad de la prueba desde un contorno jurisprudencial así:

La visión planteada por la Corte Constitucional, ha determinado que las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos. Con el fin de extraer los elementos esenciales de la finalidad de la prueba.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, asevera entre otros que el fin de la prueba es, entonces, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza el asunto materia del proceso. Independiente a



esta postura la corte expresa también que con la prueba se pretende proporcionar al juez el convencimiento o la certeza de su contenido y permitirle a través de la misma hacer una fijación formal de los hechos. (pág. 147)

### 5.3.5. La verdad en el Proceso:

Dentro de este punto también me parece importante conocer de manera simple lo que se entiende por verdad para el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia RAE (Real Academia Española RAE, s.f.), que la define así:

Verdad

Del lat. Veritas, -atis

1. f. Conformidad de la cosa con el concepto que de ellas forma la mente.
2. f. Conformidad de los que se dice con lo que siente o se piensa.
3. f. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna.
4. f. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.
5. f. Cualidad de veraz.
6. f. Expresión clara, sin rebozo ni lisonja, con que a alguien se le corrige o reprende. U. m. en pl. Cayetano le dijo dos verdades.
7. f. realidad (ll existencia real de algo).

De manera concisa se describe estas concepciones del término verdad en sus distintas atmósferas, pero claramente la que más se asemeja a lo que tratamos de precisar dentro de este estudio es la numero 7, que arroja la realidad como la existencia real de algo.

Por consiguiente, sería insustancial hablar en general de la prueba y en especial de la de oficio dentro del proceso ya sea en materia procesal o penal y no asimilarlo con el término verdad que se ha considerado como una de las metas principales a alcanzar dentro del proceso, ya que, la búsqueda de la verdad está íntimamente ligada con la naturaleza de la prueba; el profesor Quijano (2004) sostiene: "(...)las pruebas de oficio se justifican en tanto que están orientadas hacia la búsqueda de la verdad(...)" (pág. 1).



Mediante la prueba se busca llegar a la verdad de lo sucedido, la verdad es equivalente a justicia, como lo sostiene la Honorable Corte Constitucional (2007) así:

*“La verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia”.*

Precisando que una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Así lo expreso Carnelutti, “cualquiera sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad”.

Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

En este mismo sentido, el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial.

En el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas.

En tal sentido, conviene precisar que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.



De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

Incluso, para autores como R. Mattarollo el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido “integra hoy derecho internacional consuetudinario”. La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes”

Entonces, en el contexto de nuestra Constitución, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional.

Precisamente, por la dificultad de desentrañar la verdad en el proceso penal, la doctrina especializada ha discutido a lo largo de la historia si es factible reconstruir lo sucedido. En efecto, mientras que para algunos doctrinantes la verdad desaparece absolutamente como finalidad del proceso penal y pasa a ser algo contingente, porque puede alcanzarse o no mediante el proceso, otros filósofos del derecho penal opinan que la verdad existe de manera ajena al proceso, por eso, para hacer justicia, corresponde al juez encontrarla y reconstruirla (concepto de verdad formal que impide que la verdad sea sometida a acuerdos consensuales o a disposición de las partes). Otras corrientes del pensamiento sostienen que la verdad en el proceso penal es relativa y que el objetivo de la prueba no es la búsqueda de lo sucedido sino el convencimiento del juez. De esta forma, la prueba sólo tiene un fin argumentativo y está basada en la búsqueda de lo cierto en el proceso.

Lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.



Así las cosas, es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

El grado de convencimiento en contextos judiciales es indisociable de la verdad o de la probabilidad de verdad a la que se alcance a llegar a través del material probatorio. En la actualidad, a grandes rasgos, se puede identificar dos teorías de la verdad: *la verdad por coherencia o la verdad por correspondencia*. Así lo determina Ferrer (2015):

La verdad por correspondencia consiste en que un enunciado sobre un hecho es verdadero si efectivamente ese enunciado corresponde al estado empírico del cual hace referencia. Por ejemplo, si alguien dice 'la botella esta encima de la mesa' ese enunciado será verdadero si y solo si la botella está efectivamente en la mesa. En este sentido, el lenguaje hace una imagen fiel de la realidad. A diferencia de lo anterior, la verdad como coherencia consiste en que la verdad de un enunciado se da no por su referencia al mundo, sino por la relación entre enunciado y otros enunciados. En el proceso judicial se aplica las dos teorías, pues hay ocasiones donde la prueba refleja o identifica un hecho que acaeció en el mundo, pero hay otras situaciones en las que prueba más que reflejar, está aportando coherencia a una narrativa que en su conjunto le permite al juez hacerse una idea coherente sobre lo ocurrido, ya que las pruebas tienen cierta estructura lógica interna entre sí. De manera que la verdad en materia probatoria puede entenderse como una flecha del medio probatorio hacia el mundo o como una telaraña que armoniza y vuelve coherente toda una narración sobre lo ocurrido.

La delimitación de la prueba es el acreditar la existencia o no de ciertos hechos que se alegan (acción de probar), emanando de estos juicios, motivos o razones que inclinen al juzgador (certeza), utilizando los mecanismos o medios de que se proporciona el ordenamiento jurídico (medios de prueba). En términos epistemológicos, se habla de prueba cuando el juez halla soporte factico en los



medios probatorios para valorar y emitir un juicio sobre los hechos. De suerte que el sujeto cognoscente (el juez) y el objeto conocido (prueba) son indisociables si la finalidad de ese proceso de conocimiento radica en la emisión de un juicio que acredite o no unos hechos.

En este orden, la abogada y filósofa Marina GASCÓN ABELLÁN, considera la prueba, como una “(...) actividad a averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos”. En otras palabras, la actividad probatoria, como toda actividad cognoscitiva, está dirigida hacia la verdad por medio de un juicio que revele la realidad de unos hechos indagados y controvertidos por las partes. En el momento, es claro que la limitación del conocimiento humano y su falibilismo intrínseco, en otras palabras, es, la posibilidad de que siempre lo que creemos saber con un alto grado de certeza puede ser equivocada, implica que la actividad probatoria es necesariamente un proceso de conocimiento que tiende a la perfección pero que parte de la imperfección.

Este pensamiento de la prueba parte de la conciencia de que el saber es imperfecto y relativo, razón por la cual el concepto de verdad por correspondencia que rige el actuar del proceso siempre es limitado. Dicho de otras palabras, se trata de prevenir la infalibilidad de nuestras experiencias, máxime cuando se trata de “experiencias mediatas, como sucede en el conocimiento judicial de los hechos o en cualquier tipo de conocimiento de hechos pasados”. La mediación inmutable que se encuentra en el seno de la actividad probatoria, pues la prueba entendida como instrumento es un medio para *algo más*, hace que la certeza absoluta quede por fuera del saber posible del juez. No obstante, de lo interesante que resulta esta concepción de la prueba, no es posible aceptarla porque separa los distintos aspectos prueba. De acuerdo con esto, separa el sujeto y el objeto de la prueba: la acreditación de los hechos que se realiza ante el juez parte del supuesto de la reconstrucción efectiva de los mismos a través de los medios probatorios que se provee el sistema jurídico. Así, no es posible separar la certeza judicial de la verdad que provee la prueba judicial”. (págs. 67-69)

Es indudable la íntima relación que se presenta entre la prueba y la verdad, como tentativa de ello relaciono estas palabras descriptas por el autor Beltrán (2005) en el siguiente axioma: El éxito de la injerencia de las partes en la fase de la prueba, aportando medios de prueba, etc., se causan si se logra persuadir al juez de que la descripción de los hechos es verdadera. Con ello estarán en buenas condiciones de ganar el caso. Mientras que, no se piensa que se pueda decir que, en este asunto, sin duda, que ha funcionado con éxito la institución jurídica de la prueba. Como una de las funciones principales del derecho se destaca la



regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y solamente si, se han provocado evidentemente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Por lo tanto, la prueba como actividad tiene la función de demostrar la elaboración de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de establecer el valor de la verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede mantenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos (págs. 71-72).

Para examinar un poco más sobre la verdad en el proceso judicial en materia civil, recurriremos al método instalado por Michele Taruffo, que reside en ilustrar el pensamiento que impugna la verdad en el proceso civil, la que forjo desde cuatro direcciones a saber:

Como primero la imposibilidad teórica, como segundo la imposibilidad ideológica, como tercero la práctica y como último el alcance de la veracidad en el proceso civil.

En cuanto al primero, el impedimento de la verdad en el proceso es una aplicación en concreto de una posición teórica más general fundada en un escepticismo filosófico radical que excluye la cognoscibilidad de la realidad. En otras palabras, si no se pudiera conseguir la verdad en general, tampoco en el proceso. Desde otro Angulo, algunos otros sostienen que no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico, sino únicamente decisiones individuales y valoraciones subjetivas. Resultando notoria la exclusión de toda posibilidad de determinación aceptable de los hechos en el campo del proceso.

Frente a esta primera concepción que niega la verdad en el proceso, la verdad en general no se puede conseguir y por aplicación concreta tampoco en el proceso. En relación al aspecto más concreto de la decisión sobre los hechos, surgen tesis irracionalistas, según las cuales aquella se fundaba exclusivamente en la intuición., en reacciones individuales o en valoraciones irreductiblemente subjetivas. Y el del perfeccionista desilusionado. Como también de quienes sitúan la realidad de la decisión en los procesos psicológicos del sujeto que decide.

La segunda, identificada como la imposibilidad ideológica, se refiere de manejar en el proceso civil un valor que impregna la concepción de la función y los objetivos del proceso civil, la verdad en el proceso civil no se consigue





sencillamente porque no se busca. Esta búsqueda no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos. Se intimaría como lo establece Taruffo, en consecuencia en finalidades distintas e incompatibles: resolver conflictos significa encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esa finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución práctica del conflicto.

Emanando de esta concepción un conflicto entre el proceso que persigue la resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Dicha oposición se ha representado en distintas formas, pero se resume en dos así: la primera si la finalidad esencial del proceso es la de resolver conflictos, debe perseguirse una decisión que satisfaga a las partes. Es eficaz un proceso que logre en forma simple y en el menor tiempo. En el proceso no se tienen finalidades cognoscitivas o científicas, no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer la verdad, sino porque es necesario eliminar un conflicto. Igualmente, la búsqueda de la verdad en el proceso puede tener costes relevantes en términos de tiempo, gastos y actividades. Por el contrario, se deberían crear estructuras para buscar la verdad en el proceso, que no tienen el proceso que busca solucionar conflictos. La búsqueda de la verdad en este tipo de proceso lo haría extraviarse de su finalidad fundamental. En el segundo modo de negar que la búsqueda de la verdad pueda encontrar espacio en el proceso como resolución de conflictos radica en acentuar al máximo la evidencia de que en el valor fundamental es el de la libertad, la autonomía y la iniciativa individual de las partes. Las partes contienden para conseguir la victoria, pero nunca para averiguar desinteresadamente la verdad. Específicamente la verdad no se consigue en este tipo de orientación ideológica, sencillamente porque no se busca.

La tercera concepción se sostiene que la verdad no se puede tener dentro de los objetivos del proceso civil, porque no es posible conseguirla. Hay razones que impiden que ella se logre como que el juez no disponga de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y libertad para investigar, los que si tiene el científico y el historiador; porque se presiona por la existencia de distintos intereses para que el proceso se resuelva en un tiempo limitado, lo que impide investigar la verdad; porque en muchos sistemas existen limitaciones para utilizar los medios de prueba y su valor viene determinado por el legislador, que le impone al juez una verdad



que no corresponde a la que se llama real. Razón por la cual no se logra la verdad en esta concepción por la manera cómo funciona el proceso en concreto.

Respecto al último pensamiento la irrelevancia de la verdad en el proceso civil, se distinguen dos concepciones la retórica y la narrativista. Frente a la primera, distinguida por su arte de la persuasión, se desentiende de la búsqueda de la verdad, le interesa por sobre todo conseguir el consenso sobre el problema que se discute. Se refleja una retórica general que prácticamente agota el razonamiento jurídico, existe una retórica del proceso, la cual Taruffo explica como la del abogado que pretende persuadir al juez de que tiene razón; y la del juez, que al motivar la sentencia pretende persuadir a las partes, a los abogados, a la opinión pública de la bondad de la decisión que ha tomado. Además, existe también una retórica de la doctrina, que se ocupa del proceso con la pretensión de acreditar teorías acerca del mismo, es más las teorías sobre la prueba y la determinación de los hechos no serían más que argumentaciones retóricas. Se manejan criterios de conveniencia y eficacia: es bueno todo aquello que sirve para alcanzar la finalidad de persuadir a alguien de alguna cosa. No existen fenómenos de conocimiento, sino solo fenómenos de persuasión.

Frente a la última, la variante narrativista es una corriente que surge de la aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos. Para esta el proceso es considerado como un lugar donde se producen diálogos y se proponen y elaboran narraciones y es, por tanto, estudiado desde el punto de vista de estructuras lingüísticas y semióticas de esos discursos. El problema de la verdad es irrelevante para sus teorizantes. El análisis semiótico asume a menudo una concepción autorreferencial del lenguaje, es decir, que no refiere a una realidad, sino a entidades lingüísticas. La determinación del significado se encuentra en el propio lenguaje sin referencia a la realidad empírica. En otras palabras, aplicado lo anterior al proceso, significa excluir la hipótesis de que el lenguaje usado por los juristas y en particular por los jueces tenga que ver de algún modo con la realidad empírica de los hechos. En síntesis, en las dos concepciones pinceladas en es indiferente el problema de la verdad.

Por otro lado, se indago si era posible conseguir la verdad en el proceso civil, lo mismo que se efectuó bajo tres perspectivas así: la posibilidad teórica, la necesidad ideológica y la posibilidad práctica. La posibilidad teórica es descripta como un realismo ingenuo en cuya virtud el jurista da por descontado que en el proceso se consigue la verdad. Sin faltar quienes consideren que el conocimiento se corresponde con la realidad. Si bien no podemos caer en el realismo acrítico, no podemos rechazar las explicaciones del realismo crítico. Seguramente no todas



las teorías de la correspondencia son aceptables, pero algunas lo son. Como lo plasma la concepción semántica de Tarski siendo aceptable cuando considera esta idea mediante la fórmula familiar que: la verdad de una oración consiste en su acuerdo o correspondencia con la realidad.

La necesidad ideológica (oportunidad). Considera que cualquier persona, sin necesidad de capturar ideologías, cuando se le habla de administrar justicia en términos generales, piensa en verdad. Implícitamente con el sentido común que se maneja sobre la verdad, como especie de copia de la realidad, se arguye que es sobre (o con sustento en) ella que se debe decidir. Sosteniendo improbablemente que las personas que piensa en forma neutra (sin argumentos jurídicos) defienden y entienden la decisión justa cuando se basa en la verdad; y si profundizamos y pensamos ideológicamente, resulta muy difícil sostener que se pueda defender la justeza de una decisión sin defender la verdad como supuesto de su contenido. Una de las ideologías del proceso soporta que este debe tender a producir decisiones justas. Independientemente del criterio que se tenga para juzgar la justeza de cualquier decisión judicial que no es posible defender la justicia de una decisión, si ella no se basa en una determinación real de los hechos. Llegando a la conclusión que difícilmente se puede defender una decisión que no se basa en la verdad, ni desde el punto de vista ideológico y mucho menos frente al sentido común, que también importa y mucho.

En cuanto a la posibilidad práctica, partiendo del hecho que la verdad es teóricamente posible e ideológicamente necesaria. Tratando de una verdad relativa, ya que no existen verdades absolutas sino relativas. Toda verdad es relativa no cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas, que requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta solo tiene realidad en la imaginación.

En cuanto a la verdad en el juicio, finalmente se puede determinar que, limitando esa averiguación a los hechos, y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente si tiene acceso a la verdad. Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, sino se ha logrado averiguar la verdad de aquellos. Es posible prácticamente averiguar la verdad con más facilidad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios u no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades, no se puede negar que sea posible averiguar la verdad. Teniendo en cuenta que la mayor defensa dentro del proceso es la averiguación de la verdad sobre los hechos, para tener en claro uno de los ingredientes que integran el proceso justo. (págs. 1-8)



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

En conclusión, el proceso y esencialmente, la prueba judicial, tiene incomparables propósitos, preexistiendo la más importante, la averiguación de la verdad de las aseveraciones de las partes, trascendiendo los demás fines suplementarios, que logran ser o no acervos para lograr el objetivo primordial. (Galé, 2010, pág. 95). Indudablemente no hay proceso: sin partes, sin juez, sin actividad probatoria, sin la búsqueda perpetua de la verdad.

## **6. Objetivos:**

### **6.1. Objetivo General:**

---

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

140



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Analizar la aplicación de la prueba de oficio en el Código General del proceso y Código de Procedimiento Penal Colombiano desde una perspectiva epistemológica.

## **6.2. Objetivos Específicos:**

---

- Revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.
- Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente.
- Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica.

## **7. Propósito:**

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

141



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

El empeño fundamental de esta investigación se fundamentó en establecer un discurso que permitiera desde una perspectiva epistemológica dar razones de la finalidad de la aplicación o inaplicación de la prueba de oficio al interior de la normatividad procesal General y Procedimental Penal en el proceso judicial, de tal forma que el funcionario jurisdiccional pueda tener un grado de conocimiento probable con respecto de la ocurrencia o no de los hechos y por ende que su decisión se encuentre ajustada al valor justicia.

## 8. Hipótesis:

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

142



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

¿Desde una visión epistemológica es plausible la aplicación de la prueba de oficio al interior de la actividad probatoria en el Código General del Proceso y Código de Procedimiento Penal Colombiano?

La finalidad epistemológica de la prueba de oficio al interior del proceso judicial tiene como fundamento nutrir al juez de conocimiento con miras emitir una decisión judicial justa orientada al descubrimiento de la verdad, ajustada a ciertos requisitos de racionalidad cognoscitiva. Desde una noción o visión epistemológica de la prueba judicial, la prueba de oficio encuentra su razón de ser tanto en el Código General del Proceso como en el Código de Procedimiento Penal. Debiendo estar permitida obligatoriamente en cada procedimiento, sin excepción alguna como se plasma en este último procedimiento.

## 9. Metodología:

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA  
Asesor: Orión Vargas

2019  
143



## 9.1. Tipo de Estudio:

Esta investigación tuvo como base de estudio un análisis comparativo, bajo las premisas de la aplicación de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal, el deber y prohibición del Juez de decretarla dentro del proceso desde una visión epistemológica.

## 9.2. Diseño de Plan de Datos:

### 9.2.1. Gestión del Dato:

Se extractaron de todos los datos los siguientes: en primer lugar, se realizó una búsqueda exhaustiva en internet mediante buscadores especializados y bases de datos, bibliotecas científicas tales como google.com, google académico (scholar.google.es), lexbasecolombia.net, Dialnet.unirioja.es, www.redalyc.org, [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl), entre otras.

De igual forma, se visitaron algunas bibliotecas de la ciudad de Medellín, como es la de nuestra institución Biblioteca Eduardo Fernández Botero-Universidad de Medellín, Universidad EAFIT, Universidad de Antioquia de Medellín, Universidad Nacional de Medellín, entre otras.

Como también se realizó adecuadamente las fichas bibliográficas de cada extracto analizado en esta investigación.

### 9.2.2. Obtención y Recolección del Dato:

Todos los datos fueron obtenidos de fuentes subsidiarias consignadas en diferentes libros, artículos de revistas jurídicas, códigos, bases de datos, sentencias de las altas cortes, bibliotecas científicas, trabajos de grados, investigaciones sobre el tema, entre otras.

### 9.2.3. Control de Sesgos:

Se realizó un análisis de todo el material que arrojaron los elementos bibliográficos, jurisprudenciales y legales, así como de la recolección de las fuentes subsidiarias establecidas, en las diferentes bases de datos, libros, revistas jurídicas, etc., bajo la debida guía del asesor y de la correspondiente escogencia que se hizo con base en el tema de estudio.





### 9.3. Plan de Análisis – Procesamiento del Dato:

Para lograr cada uno de los objetivos propuestos se empleó el siguiente método:

Respecto al primer objetivo: Revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento. En esta primera etapa, revisamos la información de cada uno de los documentos analizados en las bases de datos, páginas de internet y libros de derecho. En esta fase basamos gran parte de nuestra investigación en la lectura y estudio de sentencias de la Honorable Corte Constitucional. El mismo que se describen de manera detallada en la bibliografía y en orden en las fichas bibliográficas anexas al trabajo.

Por consiguiente, en el segundo objetivo: Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente. En esta etapa identificamos la información consignada en las bases de datos, libros de derecho de bibliotecas, Códigos, normatividad vigente aplicable en la materia y principalmente de la lectura y análisis de jurisprudencia de las Honorables Cortes Constitucional y Suprema de Justicia. Las mismas que figuran de manera minuciosa en la bibliografía y en orden en las fichas bibliográficas anexas.

Por último, en el tercer objetivo: Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica. Explicamos este ciclo mediante el análisis de información de documentos consignados en bases de datos, páginas web, doctrina y principalmente en libros de derecho observados en bibliotecas y adquiridos en librerías de forma particular. Detallada en la bibliografía y en orden en las fichas bibliográficas anexas.

Todo lo anterior se plasmó como meta inicial para alcanzar cada uno de los objetivos y recrearlos en la hipótesis a través del control que se realizó de toda la información y archivo digital consignadas finalmente en la bibliografía como en las fichas que dieron como resultado fichas bibliográficas en formato de cita textual, comentadas, resumen, sentencia, en cada uno de los programas como Microsoft Word, apuntes y base de datos, etc.

## 10. Resultados:



Para obtener el efecto propuesto impuesto a la hora de finiquitar esta investigación y lograr cada uno de los objetivos formulados como el general y como cada uno de los objetivos específicos, estudiamos la aplicación de la prueba de oficio no solamente desde los esquemas procesales que dieron origen al modelo jurídico derivado por cada reglamento que rige en nuestro país sino también desde el ámbito normativo, su conceptualidad, el papel del juez, una descripción comparativa de la funcionabilidad en cada procedimiento y así como último lograr establecer la epistemología de la prueba como fin primordial e importante dentro de esta investigación.

Respecto al primer objetivo específico, revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.

Para establecer y tener una mejor comprensión de que conllevo a que se presentara este conflicto procedimental en cuanto al deber, prohibición y/o excepción frente al poder oficioso del juez nos remontamos a estudiar los regímenes que presiden el proceso entre los cuales se distinguieron el Dispositivo, Inquisitivo Puro, con tendencia acusatoria-acusatorios típicos y mixtos.

Los esquemas procesales que se han destacado como modelo de presentación de nuestra normatividad son el dispositivo que esta guiado por la ejecución absoluta de las **partes** para promover, conducir y culminar el proceso. Este régimen se caracteriza por la inactividad del juez durante todo el desarrollo del sumario.

En el régimen inquisitivo, por el contrario, la formalización de todas y cada una de las etapas procesales determinadas es estimulada, indagada y ejecutada de oficio por el **juez**, vale decir, que en conjunto asume toda la investigación, obteniendo el acopio probatorio, acusando y conceptuando mediante la sentencia. En este caso la pasividad recae sobre las partes.

El esquema con predisposición acusatoria, esta direccionado hacia la separación de funciones del papel absoluto del juez frente a la decisión y la regeneración de la etapa **acusatoria** en el proceso.

Y por último, se presenta el sistema mixto, es aquel en que se sustraen extractos de **dos sistemas extremos**, por ejemplo, en el ordenamiento civil, puede que tomen particularidades, tanto, del régimen dispositivo, como del inquisitivo, especializado por el inicio del sumario por intermedio de los Sujetos Procesales e



impulso de la Autoridad Judicial; mientras que al juez le corresponde resolver sobre las pretensiones formuladas, también posee la potestad de dictar pruebas de oficio hacia la consecución de la investigación de la realidad para la producción de la justicia material y por consiguiente, la protección de los derechos fundamentales.

Por tanto, nuestro Ordenamiento General del Proceso, se rige por un sistema mixto, en cuanto está compuesto por un lado por un esquema dispositivo e inquisitivo, donde el protagonismo está centrado en la funcionalidad de las partes y el poder-deber del decreto oficioso e impulsión del proceso a través del juez. Y en el Procedimiento Penal, se destaca principalmente el sistema con tendencia acusatoria, pero direccionado hacia un régimen mixto, ya que no desdobra un procedimiento acusatorio autentico, ni específicamente adversarial, sino que posee rasgos del sistema inquisitivo al concederle al fiscal esa potestad de ente indagador frente a la investigación al interior del proceso.

En relación con el segundo objetivo específico: Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente.

A lo largo del desarrollo de este proyecto se analizó el enfoque de aplicación de la prueba de oficio en dos códigos colombianos como lo es el Código General del Proceso “Legislación 1564 de 2012” y el Código de Procedimiento Penal “Legislación 906 de 2004”, donde se evidencio que en la formalización del procedimiento en cuanto al primero, la actividad del Juez es más funcional en cuanto al poder oficioso del juez considerado como un deber, por el contrario, el segundo es limitado por el legislador de manera tácita en el código al juez de conocimiento en la etapa preparatoria, a pesar, que gracias a distintos postulados jurisprudenciales de las altas cortes se permite excepcionalmente su aplicación, solo en casos concretos donde fuera necesaria por violación o vulneración de algún derecho fundamental, expresando las razones en cada caso específico por causar efectos incongruentes e inadmisibles con la constitución.

Lo anterior procede del esquema escogido para administrar cada procedimiento pues como se ha reflejado en la Reglamentación General del Proceso “Ley 1564 de 2012”, está regido por un régimen mixto, donde el juez posee la autoridad de ordenar y decretar pruebas de oficio, con el objetivo de contribuir, esclarecer y formar una benévola decisión y en la Reglamentación Procesal Penal “Ley 906 de 2004”, en donde se censura al juez de asumir facultades o iniciativa probatoria independientes y en su efecto evitar la prescripción de pruebas de oficio que se



conceptúen ventajosas para la caución fundamental del perfeccionamiento del proceso, mediante el descubrimiento de la verdad como factor particular de los regímenes con predisposición acusatoria prescribiendo la relación de los participantes en el juicio criminal.

En la Regulación General del Proceso, las pruebas obtienen ser promulgadas a petitoria de las partes o de oficio por el juez cuando las crea ventajosas para la comprobación de las efemérides conexas con las exposiciones de los sujetos procesales. Se manifiesta que obligatoriamente las partes deben anexar todas las pruebas que consideren necesarias para apoyar cada una de las pretensiones que quieran hacer valer como base de ejecución del proceso, por el contrario, el juez solo hará valer las pruebas que en su momento considere necesarias para el fortalecimiento de la actividad probatoria. En relación con las partes, sujetan una obligación absoluta como requisito de procedibilidad, respecto al juez es potestad alternativa.

El Procedimiento General del Proceso tiene como garantía prevenir cualquier clase de nulidad o fallo inhibitorio, concediendo poderes al juez como a las partes para regular la adquisición del proceso.

Esta disposición se ha ido acentuando con el pasar de los años, robusteciendo al juez de poderes introductorios, inicialmente como una potestad y posteriormente, como un deber en la etapa probatoria del proceso. Nutriéndose de reglas necesarias para su ejecución, pero con la constante sujeción del principio de contradicción.

La oposición de dictar pruebas de oficio plasmado en la normatividad penal solo reincide a cargo de los jueces de conocimiento en la etapa de la audiencia preparatoria, como muestra absoluta del régimen acusatorio y su adopción adversarial. Que busca impedir que el juez que precede la averiguación no pueda concluir el sumario colmado de integridad y por consiguiente, tomar una preconcepción explícita del mismo o actitud adelantada, bajo sus propios prejuicios, direccionando el proceso a su complacencia, pronosticando o persuadiendo su resultado, exponiendo favoritismo por cualquiera de las partes, disipando su legitimidad interviniendo en la intrusión probatoria como garantía especial de este sistema acogido en nuestro país para el despliegue del principio de imparcialidad como elemento incondicional dentro del procedimiento.

Pero esa oportunidad legal probatoria recae sobre la Fiscalía General de la Nación, que posee y garantiza el ejercicio punitivo, recaudador del acervo



probatorio y define la carga penal del implicado. Pero este deber no es absoluto del ente acusador, pues el legislador extendió esta función probatoria a la defensa, víctimas y excepcionalmente el Ministerio Público.

Aclaremos que la prohibición descrita en el articulado 361 de la Legislación 906 de 2004, solo acobija al juez en la etapa del juicio, sin embargo, el juez de control de garantías, que le corresponde el amparo de los derechos legislativos del inculcado, víctimas y de los testigos en la etapa de investigación, si posee el poderío de fijar y ejercer pruebas de oficio en asuntos en los que sea necesario para avalar la validez de los derechos que son sometidos a su intervención legal.

Exhibiéndose de forma inmutable criterios de separación de funciones frente al Juez de Control de Garantías y el Juez de Conocimiento, por otro lado, entre el papel de la Fiscalía, la defensa, la víctima, Ministerio Público y el Juez de Conocimiento, fue asignada por este sistema para la generación de confianza, credibilidad, neutralidad y equilibrio funcional dentro del proceso. Lo anterior, en consecuencia, propicia una equivalencia de coexistencia jurídica, frente a las garantías, oportunidades, accesos, funciones, medios, imposiciones y refutación entre estos sujetos procesales.

La base común que es la prueba de oficio, considerada como un instrumento procesal que facultad esa iniciativa que reincide en cabeza del juez o juzgador para ordenar y practicar esencialmente pruebas que permitan esclarecer dudas sobre hechos revelados por las partes para su verificación y posteriormente otorgar certeza sobre aquellas controversias generadas para lograr la verdad plasmada mediante una sentencia.

El artículo 169 descrito en la Disposición 1564 de 2012, le otorgó al juez el poder de decretar pruebas de oficio cuando sean útiles para la comprobación de los hechos respectivos con las exposiciones de las partes. Que posteriormente, lo precisa el artículo 170 en el Código General del Proceso, que exterioriza de manera taxativa el deber del juez para conocer lo que realmente sucedió frente a cada caso concreto.

Desde ya se fija una fase de carácter epistemológico frente a este poder impuesto al juez en su instrucción de oficio, se le concede el derecho de contradicción a cada una de las partes para que hagan valer mediante pronunciamientos pertinentes su aceptación o refuten los mismos. No se impone de manera arbitraria la prueba, se siguen los lineamientos formales y tradicionales dentro de la etapa probatoria.



De lo anterior, se colige que en cabeza del juez recae el poder-deber, de dictar pruebas de oficio cuando las situaciones procesales y legales establecidas se presenten.

Por el contrario, en la Legislación 906 de 2004, se estableció en el apartado 361, la negativa de fijar pruebas de oficio, imponiendo al juez que en ningún asunto “podrá” dictar la práctica de pruebas de oficio. Que a diferencia del Procedimiento Procesal es una aserción, en este se vuelve una prohibición que al principio es totalmente absoluta, debido a su régimen acusatorio. Pero como se evidencio excepcionalmente es revertida jurisprudencialmente frente a casos onerosos.

Entre otras características se determinaron: El poder investigativo reside a cuenta de la Fiscalía General, como ente acusador; frente a la actividad probatoria, se destaca de nuevo la Fiscalía, el Acusado o defensa y excepcionalmente el Juez; como ente juzgador, incide el juez, etc.

Por otro lado, se comprobó que, con el desarrollo potestativo del poder oficioso del juez, el mismo desconoce el resultado previo que la prueba arrojaría una vez se efectúa, desvirtuando de plano alguna inclinación de protección o favorecimiento improcedente frente algunas de las partes procesales.

El poder oficioso del juez entre otros intereses relacionados no garantiza la averiguación de la verdad, mediante esta figura se puede formalizar tal confección. Permitiéndole al juez componer todas y cada una de las faltas probatorias que se presenten dentro del proceso contribuyendo al descubrimiento de los principios que dieron lugar a los hechos.

Se aparta al juez de su autoridad de declarar pruebas de oficio, por un lado, con el objeto de salvaguardar los preceptos señalados e instaurados por el legislador dentro de la constitución y desde esa base establecer la noción de verdad; y por otro, con el objeto, de avalar el umbral de igualdad de armas entre los sujetos procesales, sin desnivelar su lugar frente a sus estipendios e independencia.

El decreto instructor del juez no reemplaza en ningún momento el compromiso de las partes de contribuir y solicitar pruebas en el proceso, pues el juez debe respetar las reglas generales impuestas en el desarrollo normativo, sin confundir sus poderes introductorios dentro del procedimiento.



Es más permisible metódicamente investigar la verdad con más destreza en todos los países en que no existen prohibiciones frente a la recopilación de todo el acervo probatorio y oficioso del juez. Cuando no existen esas libertades, consecuencialmente es casi imposible que se pueda averiguar la verdad. Asumiendo estadísticamente que la principal salvaguarda del proceso es la exploración de la verdad respecto de las vicisitudes como ingrediente clave de la justicia material.

En afinidad con el tercer objetivo específico: Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica.

La noción o visión epistemológica de la prueba esta direccionada hacia la recolección de los hechos y principalmente hacia su conocimiento enfocado en el descubrimiento de la verdad al interior del proceso judicial.

El conocimiento de los hechos pasa a ser el objeto fundamental de la epistemología de la prueba.

Mediante la epistemología se analiza cada uno de los juicios probatorios que investiga el juez para alcanzar una sentencia justa mediante la recolección de hechos verdaderos.

Dicha investigación tiene por objeto directo no la ocurrencia como tal del hecho, ni su certeza, sino su autenticidad en la aseveración de la existencia del mismo. Afirmaciones que son proporcionadas por las partes al interior del proceso y son el patrón de análisis del juez.

No estando lejos de afirmar que mediante la epistemología se puede establecer la credibilidad de una presunción concreta. Teniendo como parámetros primarios la exploración y revelamiento de las causas, frente aquellos hechos que son asentados por las partes, seguida del conocimiento de esos mismos hechos, que dan como resultado la lógica empleada en la sentencia.

Dejando claro que el descubrir la verdad dentro del proceso no es una causa absoluta o acertada.

La epistemología se puede analizar desde dos nociones a saber, la epistemología objetivista, que forja el conocimiento emanado de normas habitualmente inequívocas que direccionan al juez en circunstancias en las cuales debe dar un hecho por probado. Por otro lado, la epistemología subjetivista, plasma que el



conocimiento se origina, por el contrario, del resultado irracional proporcionado de los bosquejos que se realicen dentro del desarrollo del proceso.

Respecto a lo anterior, se institucionalizan dos concepciones de la prueba, la cognoscitivista o racional y la persuasiva. La primera, visiona la epistemología de la prueba desde un contexto real o material que la vincula sistémicamente con la verdad.

En efecto, la afirmación de los hechos probados será verídica siempre y cuando se demuestren al interior del proceso o falsos si los mismos se surten de forma contraria. El descubrimiento de la verdad emana de las pruebas obtenidas. Sin garantía de que la sentencia pueda arrojar una postura acertada o también negativa de la situación.

Entre las distintas anexiones adheridas a la epistemología de la prueba figura la justicia como requisito racional, que tiene como propósito principal la configuración de un proceso justo fundado en el descubrimiento de la verdad a través de la justificación de cada uno de sus enunciados facticos.

La segunda, por el contrario, va en contravía de todos y cada uno de los fundamentos epistemológicos expresados en la concepción cognoscitivista, y, por consiguiente, en la averiguación racional de la verdad, a través, del juicio real de los hechos al interior del proceso. Su actuación va orientada a la solución integral del conflicto colectivo desplegado.

Esta concepción probatoria tiene como fundamento básico convencer al juez, de lo realmente probado y no de un enunciado factico, su veracidad o falsedad, no está ligada a suministrar conocimiento al mismo.

Esta convicción no está en rutada al conocimiento de los hechos sino a la disertación autentica que se someta al juez en el proceso. Alterándose de manera categórica la figura de la prueba. Que no estaría orientada hacia la averiguación de la verdad.

Pero teniendo en cuenta que de cierto modo se ve plasmada una de las funciones principales que se desarrollan al interior del proceso, que es la participación activa de las partes al establecer y defender con aras a persuadir al juez, para lograr una decisión beneficiosa de sus pretensiones.





MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Uno de los principios epistemológicos dentro de la actividad probatoria es la aportación de información relevante sobre los hechos base de discusión, que deben ser añadidos personal e íntimamente por las partes y su práctica debe ser obligatoria dentro del proceso. Como también la admisibilidad de cada una de estas pruebas apreciables para su debida valoración.

Vale decir que las pruebas solo pueden ser aportadas por los sujetos procesales competentes que hagan parte de la causa; Poseyendo el derecho y obligación especial de aportar pruebas para fundamentar cada una de sus intereses.

Mediante la aplicación de los razonamientos epistemológicos se logra el fortalecimiento de un diseño probatorio legítimo que se ajuste a las necesidades propuestas. Entre estos criterios epistemológicos se destaca:

- La conformación de compendios de juicio lucrativos para robustecer la credibilidad de los intereses legítimos y de decisión al interior del proceso.
- Valoración del juez de todas las pruebas para lograr la averiguación de la verdad frente a cada uno de los manuales de juicio valederos.
- La admisión de cada una de las pruebas relevantes, las mismas que deben ir concordancia con los hechos propuestos.
- Ejercicio del principio de contradicción como una oportunidad íntimamente legal que ejerza control sobre cada uno de los elementos probatorios aportados reglamentariamente al proceso. Este agotamiento procesal permitirá tener una mejor admisibilidad de las pruebas.
- La motivación por interludio del juez en el fallo frente a las pruebas legalmente constituidas dio como resultado la justificación de la hipótesis concedida de raciocinio y coherencia. Esta decisión es en ultima la que se estimara como infalible, llena de autoridad e integridad prestando merito judicial.



## 11. Conclusiones:

Una vez culminada la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- 1) Revisar con base en los sistemas procesales adoptados por el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento penal, los fundamentos que originaron la aplicación o prohibición de la prueba de oficio en cada procedimiento.

Dentro de las distintas áreas del procedimiento procesal jurídico que rigen en nuestro país actualmente, entre otras se destaca por un extremo el Régimen General del Proceso, encaminado a un régimen mixto, por consiguiente, es dispositivo en consideración al proceso que es iniciado e impulsado por las partes; e inquisitivo, por cuanto, el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio y por el otro, el Régimen Procedimental Penal, orientado también hacia un sistema mixto, con tendencia mayormente acusatoria, caracterizado especialmente, en las evicciones somáticas de separación entre en el juez y la acusación, donde el juez tiene el deber legal, entre otras, de precisar de forma garantizada la responsabilidad punitiva del implicado, apuntando a la inactividad probatoria del juez, quedando a cargo de la Fiscalía el recaudo probatorio e investigativo pero atesorando la apertura oficiosa, para avanzar en la investigación, dictaminar y ejercer pruebas con una corriente palmariamente inquisitiva.

Este reconocimiento inquisitivo del fiscal juega un doble papel, por un lado, tiene el poder de dirección procesal en la etapa investigativa, ya que, entre sus deberes se consigna la investigación tanto favorable como desfavorable del acusado; en sus manos esta defender a la víctima de alguna agresión realizada por el inculcado o realizar la defensa de los derechos del convicto, cada cual frente a cada caso específico. Para posteriormente tener los mismos derechos en línea de las demás partes en la etapa de juzgamiento. Pasamos de tener un juez con parámetros inquisitivos que tenía las mismas potestades facultativas tanto de intervenir oficiosamente en la valoración, investigación, acusación y juzgamiento.

Al avanzar hacia este sistema acusatorio, vetando al juez de sus funciones iniciales e independizando y otorgando poderes individuales distintos a cada parte en la etapa de investigación quedando en cabeza del ente acusador como en la de juzgamiento en cabeza del juez. Ese poder absoluto palmariamente inquisitivo que inicialmente ejercía el juez y posteriormente se le vedó por ciertas ambigüedades que se presentaron frente al acatamiento del dogma de imparcialidad legal, debido a que el propio funcionario que calificaba terminaba fallando el caso, se le otorgó a



la Fiscalía como ente acusador al interior del proceso frente al recato probatorio e investigativo, pero atesorando la apertura oficiosa para avanzar en la investigación, dictaminando y ejerciendo pruebas.

Esto no solo emana problemas de carácter normativo, representativo, sino que emana mucha más desconfianza frente a la justicia, la búsqueda de la verdad procesal y ni que hablar de las complacencias de impunidad e ineficiencia otorgadas en merced del inculpatado. Dado que entre una de las cauciones del acatamiento del procedimiento acusatorio en el proceso penal, se instituyó la absolución del imputado cuando el mismo se declarará inocente de los cargos imputados, frente a los casos en el que el fiscal no logrará su labor acusatoria.

Acogerse a los parámetros del principio acusatorio, es separarse del contexto tradicional de la investigación de la realidad a través de la prescripción de oficio de pruebas y suponer el desequilibrio de las partes con las herramientas procesales brindadas mediante los derechos y libertades por este esquema procedimental.

Nuestros ordenamientos procesales están irrumpidos por la composición de un régimen de tipo mixto que coexisten en relación de ambos, con más de una revolución distinta entre ellos, pero con características específicas de algunos formando uno compuesto.

- 2) Identificar las razones del deber y de la prohibición de la prueba de oficio en el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Penal Colombiano respectivamente.

La Normatividad General Procesal se acogió a particularidades del sistema dispositivo e inquisitivo. Se originó un sistema que abandonó las particularidades originarias de los esquemas dispositivo e inquisitivo para dar cavidad a un sistema mixto, con características del dispositivo, en composición del inquisitivo, marcando el papel directivo y protagónico del juez. Teniendo en cuenta que mediante la institución del sistema inquisitivo, se origina el poder oficioso del juez direccionado hacia la búsqueda de la verdad. Sin importar las funciones que estén cargo proporcionalmente en cabeza de las partes o del juez, no disminuyen su dinamismo en el proceso. Y dispositivo por el papel no menos importante que juegan las partes al interior del sumario.

En esta Legislación, se atribuyeron poderes que se concedieron en materia de pruebas, el deber tanto a las partes de aportar pruebas que fundamentaran sus



pretensiones, como al juez de decretar pruebas, cuando perenemente lo admitiera beneficioso para la revisión de las vicisitudes invocadas por las partes y así impedir providencias inhibitorias.

Un proceso distinto al que se ejecuta en el Procedimiento Penal, con una normatividad distinta, promoviendo y actuando activamente en lograr la efectividad del proceso. Permitiendo esencialmente al juez la constitución de oficio de pruebas, el régimen y administración del curso del proceso.

Esa penuria de solventar los apremios que componen un postulado razonado de la preexistencia del derecho, como forma de evitar la violencia entre los seres humanos, se organizan normas que garanticen el orden y la justicia social, se da origen a esa herramienta que exhibe la autoridad estatal para la determinación concluyente e irremediable de las disputas individuales. Es por ello la gran importancia que gira en torno al recaudo de pruebas de oficio propuesto en cada fundamento normativo para garantizar la protección de los derechos esenciales y la penuria de averiguar la verdad como método de preservación de la equidad. Si imposibilitamos al juez de su ejecución de oficio, incurriremos en la vulneración de derechos constitucionales y acceso a la función judicial.

Actuar en acogimiento de reprimir el poder probatorio del juez e invertir en el esclarecimiento de la verdad de los hechos en disputa, va en contravía de los presupuestos constitucionales, al aseguramiento de una existencia social, independiente y justa, que avale la efectividad de los principios, derechos y deberes, gozar de un marco jurídico idóneo para solventar sus conflictos y formalidades del perfeccionamiento del proceso. No se puede apoyar una norma que limite la seguridad y amparo de los estipendios básicos de los residentes cuando debiera prevalecer la verdad y la justicia que son presupuestos básicos que producen una decisión equitativa, eficaz y justa.

Contenidos tan sustanciales como la comprobación de la realidad, la protección de los derechos elementales tanto del censurado como la de las víctimas, el sostenimiento de la seguridad social y la eficacia de una decisión justa no se pueden predestinar al azar.

A través de la prueba de oficio el juez garantiza la legalidad de cada una de sus actuaciones ciñéndose a ciertas reglas de ejecución, con el objetivo de beneficiar consecuentemente el rumbo del proceso en especial cuando este quede enmarcado de dudas o vacíos nutriendo su acervo probatorio y de manera constante consintiendo a los sujetos procesales ejercitar su derecho de



contradicción como requisito fundamental; ya que a las partes se les concede el derecho como en otras etapas de conocer y controvertir según sea el caso cada uno de los elementos de juicio allegados por el juez al proceso. Pues estamos frente a un proceso de mutua participación de los sujetos procesales con un fin mancomunado de intereses comunes y el respeto de cada funcionalidad al interior del proceso.

Quedando claro que no solo debe fijarse la relación procesal de demandante y demandado, o en su efecto acusador y acusado, sino que, por consiguiente, que se presente la reciprocidad entre demandante-demandado-juez, acusador juez y acusado frente al desarrollo procedimental de la prueba como entes encargados de probar lo alegado en el proceso. Sin desconocer el derecho procesal a la prueba que tiene que cada segmento en especial las partes como garantía fundamental del proceso.

No se puede desconocer que en un proceso donde interviene las partes como el juez se otorgue indiscriminadamente funciones absolutas a cada uno, así como el proceso es del accionante o accionado, así mismo, es del juez, cada uno tiene la facultad de intervenir activamente en cada etapa del procedimiento especialmente en la acción verificadora, como instancia concluyente que con lleva a la toma de la decisión.

Finalmente, frente a la contribución de pruebas en el sumario, se distinguen dos pilares incomparables, por un lado, el que se centra en las partes y en el juez, por no decir, entre el régimen dispositivo y el método inquisitivo. Por consiguiente, en ese orden las partes confiarían las pruebas que estuvieran en su poder al proceso y por último, el miembro decisor las que estime convenientes contribuir.

Esa necesidad del juez de decretar pruebas ineludibles tiene fundamento en la verificación de las formalidades legales impuestas por el legislador, la salvaguardia de derechos imprescindibles de los pobladores principalmente en condición de fragilidad, como también al acceso de la verdad procesal y justicia material.

Mediante la prueba de oficio se garantizaría en todas las legislaciones probatorias la protección al derecho primordial del acceso a la administración de justicia como evicción de la producción de una oposición de base por parte de los funcionarios jurisdiccionales, que se hallan en la parvedad de propender por el amparo de los derechos sustanciales y materiales.



3) Explicar la prueba desde una perspectiva o noción epistemológica.

El conocimiento de los hechos al interior del proceso para dictar una sentencia justa por parte del juez, emanada de las partes, se destaca como fundamento básico y principal de la epistemología de la prueba judicial, mediante la recolección de hechos que tienen como resultado la averiguación de la verdad.

Teniendo en cuenta, que la existencia de estos hechos previamente valorados y probados dentro del proceso, puede arrojar resultados verdaderos o negativos, revelando que la verdad de los mismos no es un fundamento necesario o sensato.

La epistemología se enfoca desde dos perspectivas a saber, una fundamentada en el conocimiento probatorio racional de dirección del juez dentro del proceso hacia verdad. Y, por otro lado, la derivación irracional de las circunstancias que se presenten en el desarrollo del proceso.

Distinguir la prueba no solo en su funcionalidad normativa procesal, sino también, proyectarla desde su diseño epistemológico, que está encaminado principalmente hacia la búsqueda del conocimiento dentro del proceso, la búsqueda racional de la verdad por parte del juez como herramienta que incide con la esencia institucional, mediante la evolución de la actividad probatoria, como también de cobijar cada uno de los aportes paradójicos que se presentan dentro de su perfeccionamiento.

La aplicación de alguna de los poderes facultativos al interior del proceso por el juez, debe estar sujeta a las reglas jurídicas impuestas y la salvaguarda de los principios rectores establecidos, sin que se permita que con su actuar se viole los distintos plazos, etapas del procedimiento y derechos fundamentales de los demás sujetos procesales.

Lo que se busca con la evaluación razonada de la prueba y el agotamiento de cada una de las etapas procesales, es determinar la veracidad de cada uno de los hechos acaecidos y en consecuencia, se puede castigar, exonerar o aclarar con fundamentos según sea el caso bajo una base sólida consolidada por el juez.

Las pruebas de carácter relevante nos permiten valorizar la veracidad de cada uno de los hechos ocurridos. Ya que después de agotados todos los filtros de comprobación y valoración dan como resultado la ratificación de los mismos.

Todas las pruebas deben ser valoradas bajo los criterios epistemológicos pactados, el solo hecho que se substraiga o salte alguno de sus etapas alterara el



resultado. Verbigracia, no hay prueba que sea aportada al proceso sin que sea sometida previamente bajo las medidas de valoración, admisión y de contradicción para que las partes tenga la oportunidad de estar al corriente y ejercer las acciones de reclamación pertinentes.

Esta investigación puede considerarse como un proyecto pretensioso orientado a la base de integración normativa colombiana regida hacia la supremacía del poder probatorio al interior del proceso, concediendo al juez facultades encaminadas al develamiento de la verdad y garantizar la ecuanimidad material. Puesto que se analizó y se llegó a la conclusión que a través de la aplicación de la prueba de oficio dentro del proceso, se permite una mayor riqueza probatoria que confiere el cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado, a través, del descubrimiento de la verdad, mediante la aplicación de los razonamientos epistemológicos. Su inaplicación al interior de la actividad probatoria, afecta el objetivo epistemológico de la prueba en el juicio legal, no garantizando la adquisición de un proceso, sin la existencia de elementos de juicio, actividad probatoria, verdad y justicia.

Si las pruebas de oficio, son un pilar fundamental hacia la exploración de la verdad y la tasación racional de la prueba tiene ese mismo objetivo, consideramos sin temor a errar que la práctica de oficio del juez está dirigida a cumplir con los criterios epistemológicos direccionados hacia la averiguación de la verdad de todo lo acaecido.

Lograr como resultado de una buena contribución de pruebas ya sea por los sujetos procesales u oficiosamente a través del juez nos conllevaría hacia una providencia justa. Si descubrir la veracidad de las efemérides ocurridas no es la prioridad dentro de un procedimiento no estaremos cumpliendo con los fines básicos del proceso.

Es deber del juez fallar un juicio que refleje la veracidad de las vicisitudes ocurridas como función primordial del proceso. Pues a partir la exposición de la demanda, se presume la legalidad de cada uno de los presupuestos solicitados por las partes, seguir esta misma sugestión dentro del desarrollo y fin del proceso mediante una sentencia que garantice su autenticidad.

No hay circunstancia que redima el daño o subsane los detrimentos producidos que una decisión dotada de verdad y que haga justicia mediante la aclaración y juzgamiento de los actos realizados de una persona en contra de otra. Componente de resguardo y eficacia de los derechos esenciales de una persona.



## 12. Recomendaciones:

Al llegar a este punto después de avanzar en un extenso trabajo investigativo, en la presentación de un marco hipotético y concluir cada uno de los postulados perseguidos dentro de los objetivos de esta investigación que en últimas buscaba relacionar dos codificaciones del procedimiento en contraposición frente a la aplicación de la prueba en cabeza del juez, como figura superior dentro de los papeles funcionales otorgados a los sujetos procesales al interior del juicio judicial, como también, ante todo, darle ese carácter supremo que merece la prueba como praxis fundamental y analizando esa visión del sistema normativo aplicada en nuestro país, el investigador recomienda entre otras, darle ese carácter fundamental y supremo a la prueba en todos y cada uno de los tipos de procedimientos que rigen en nuestro país, por un ordenamiento procesal unificado, con el objeto de que la prueba pueda cumplir a nivel general su función epistemológica, otorgándole el conocimiento necesario al juez, mediante herramientas e insumos necesarios, para que pueda desempeñar con los parámetros designados por el legislador, su función sin restricciones y tabúes que obstaculicen su papel dentro del proceso.

Por otro lado, se permita la constitucionalización de la prueba, como derecho primordial de la carta magna, para cada ciudadano, sin importar el caso en que se desarrolle una situación jurídica específica, garantizando por medio de esta figura procesal un procedimiento justo y debido que sin la existencia del mismo se le vulnere de manera taxativa sus derechos.

Después de analizar y conocer la postura tomada por las Honorables Salas, no sería un trabajo tortuoso tomar una medida que valla encaminada a la protección, compilación y aplicación de la prueba, dentro de cada uno de los procedimientos que componen nuestro ordenamiento judicial en Colombia. Pues hasta el momento solo existen postulados jurisprudenciales que otorgan ese valor inminente al poder oficioso del juez y ese coste justificante a la prueba, aunque sería más actuaria si estuviera descrito en la ley expresamente, siendo menos cuestionable y generaría mayor seguridad.

Dejar de fijarse y señalar a quién beneficia o perjudica la aplicación del poder oficioso del juez, pues no hay ningún privilegio de parte a parte, evolucionando nuestra visión frente a la prueba, garantizando una ejecución unificada y fundamental de la misma. Generando un equilibrio de la prueba frente a las distintas desventajas y vacíos que se presenten dentro del procedimiento. Que en





MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

últimas aumenta el derecho de igualdad entre los extremos con el requerimiento oficioso de la prueba por parte del juez. Reconociendo en su momento al juez cuales son las armas con las que cuenta probatoriamente dentro del procedimiento y así saber cómo integrarlas al proceso.

Pues de esta forma se le implantara un poder-deber al juez y no se tendría como una mera facultad, para garantizar la producción de la verdad, siempre y cuando los sujetos procesales no contribuyan de manera activa con las pruebas que se requieran ineludibles para la aclaración de la realidad de las vicisitudes por ellos integradas. Supliendo tal insuficiencia si es el caso la autoridad judicial.

Solo para tener mayor tranquilidad frente al empleo oficioso del juez dentro del proceso, se fijarán reglas de ejecución de su poder, como un deber agregado respecto a la facultad probatoria obligatoria de las partes, para evitar contratiempos por parte del decisor.

Incorporar ese carácter de Estado Social de Derecho, que adquirimos después de la admisión en vigor de la Carta Política de Colombia 1991, con sus tipologías estructurales democráticas, liberales y sociales, que descartan de plano el papel del juez como simple espectador y ajustar su intervención dentro del juicio.

Dejando de lado las desventuras adquiridas a través de los años frente a la problemática presentada frente al poder oficioso del juez, cuando se refieren a la trasgresión del albor de imparcialidad en que se incurriría si se le da ese valor probatorio al juez en el procedimiento, perdiendo esa neutralidad en el proceso o la intrusión del derecho potestativo del preludio dispositivo de los sujetos procesales, como el principio de igualdad de armas. Cuando, por el contrario, lo que se busca es la protección e integridad de la sociedad. Prevalciendo siempre la justicia como derecho humano.

Disputa ideológica que enfrentan los sistemas procesales imperantes en nuestro país.

Fundamento estas y cada una de las recomendaciones establecidas anteriormente teniendo en cuenta cada uno de los postulados investigados y desarrollados al interior de este trabajo.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

### **13. Ética:**

Para cumplir con todos los fines académicos investigativos se cimiento este estudio dentro de pilares de buena conducta, responsabilidad moral y social, respetando el trabajo investigativo de otros estudiosos y autores, como también se venero la transparencia en la búsqueda de toda la información que se recopiló, citando textualmente las fuentes, reverenciando los derechos de autor y la propiedad intelectual en todo el desarrollo del proyecto y dentro del término de divulgación de los resultados, garantizando un avance ético del mismo.

En la última etapa, del informe final se integraron las conclusiones que se desprendieron del análisis de todos los medios utilizados para la integridad de la indagación, con fundamento en las fichas bibliográficas, que se originaron de toda la información recogida en los distintos libros, artículos de revistas jurídicas, códigos, sentencias de las Altas Cortes, etc. con el fin último de cumplir con los protocolos académicos exigidos y realizando respetuosamente algunas recomendaciones con base en la investigación.



#### 14. Bibliografía:

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucionsl.

Ávila, R. V. (2011). Concepciones de la prueba judicial. *Revista Prolegomenos - Derechos y Valores*, XIV(28), 135 - 148.

Ayazo, J. I. (2008). *Prueba Judicial Análisis y Valoración*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Unibiblos.

Beltrán, J. F. (2005). *Prueba y Verdad en el Derecho* (Segunda ed.). Madrid, España: Marcial Pons.

Beltrán, J. F. (2007). *Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Brewer-Carías, A. R. (2015). Prologo. En A. G. Ferrer, *Teoría General de la Prueba*. Grupo Editorial Ibañez.

Carazo, B. U. (2013). La prueba de oficio en el proceso civil español. *Riedpa Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*(3). Obtenido de file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaPruebaDeOficioEnElProcesoCivilEspañolElDeberJudi-5071955.pdf

Carvajal, D. M. (2008). *bdigital*. Obtenido de [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La\\_prueba\\_de\\_oficio\\_una\\_perspectiva\\_para\\_el\\_proceso\\_dialogico\\_civil.pdf](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La_prueba_de_oficio_una_perspectiva_para_el_proceso_dialogico_civil.pdf)

Carvajal, D. M. (2009). *La Prueba de Oficio Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Digiprint Editores EU.

Congreso de la Republica de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial del Congreso de la Republica de Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

Congreso de la Republica de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012*. Bogotá: Diario Oficial del Congreso de la Republica de Colombia. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html#TÍTULO PRELIMINAR](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#TÍTULO PRELIMINAR)



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-264 de 2009*. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-264-09.htm>

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-074 de 2018*. Bogotá: Corte Constitucional. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-074-18.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C- 874 de 2003*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C- 202 de 2005*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 13 de Abril de 2018, de [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-202-05.htm#\\_ftnref1](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-202-05.htm#_ftnref1)

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-396 de 2007*. Bogotá, Colombia. Recuperado el Septiembre de 2017

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia SU-768 de 2014*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C- 086 de 2016*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Suprema de Justicia. (2018). *SC5676-2018*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2015). *Sentencia AP2428-2015*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2017). *STC20190-2017*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2017). *STC9528-2017*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (2006). *Proceso No. 24468*. Bogotá. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp->



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PRUEBA%20SOBREVINIENTE/CARACTERISTICAS/24468(30-03-06).doc

Echandia, H. D. (1987). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Vol. Tomo I). Medellín, Colombia: krucigrama .

Echandía, H. D. (2006). *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I* (5a edición ed.). Bogotá: Temis S.A.

Ferrer, A. G. (2015). *Teoría General de la Prueba*. (G. I. Carreño, Ed.) Bogotá, Colombia: Temís.

Flórez Canosa, S. C., Galvis Sánchez, L. G., & Rico Díaz, E. (2013). *La Prueba de Oficio en el Sistema Penal Acusatorio Modulado*. (U. Libre, Ed.) Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7531/FlorezCanosaShasmineConstanza2013.pdf?sequence=1>:  
<http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7531/FlorezCanosaShasmineConstanza2013.pdf?sequence=1>

Galé, C. A. (2010). *La Prueba de Oficio: entre Activismo y Revisionismo. El punto de vista de un juez*. Librería Jurídica Sánchez.

García, E. R. (Abril de 2016). *Scielo*. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182016000100163](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100163)

Gómez, J. L. (1994). *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio* (Vol. Segunda Edición). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Recuperado el Septiembre de 2017

Grados, G. A. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Perú: Fondo Editorial de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL.

Grisales, C. A. (2012). *La prueba de oficio en Procesos Civiles*. Pereira, Colombia: Fundación Universitaria del Área Andina-Pereira. Obtenido de <http://digitk.areandina.edu.co/repositorio/handle/123456789/443>

Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. (2017). *Derecho Procesal Contemporáneo Perspectivas y Desafíos*. En A. G. Ferrer, *El Árbitro y la Prueba* (págs. 255-278). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.

INFORME FINAL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN  
LA PRUEBA DE OFICIO Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL: UNA VISIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DEBER Y LA PROHIBICIÓN DE DECRETARLA EN  
LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Asesor: Orión Vargas

2019

165



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Guerrero, L. G. (Junio de 2010). La Prueba de Oficio en el Proceso Civil: ¿Imparcialidad del Juez e Igualdad de las Partes? *Revista de Derecho Privado*, 1-22. Obtenido de [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri84.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri84.pdf)

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (2012). *Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Obtenido de Código General del Proceso: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>

Morales, R. R. (2008). Epistemología y Prueba Judicial. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2(1). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2438>

Nisimblat, N. (2016). *Academia*. Obtenido de El significado de prueba está determinado por la Real Academia Española (RAE) (Real Academia Española, s.f.) Así:

Pinzon, A. O. (2006). *El Juez Penal, Juicio Oral y Pruebas de Oficio*. Bogotá, Colombia: Digiprint Editores EU, Impresión.

Presidente de la República de Colombia. (1970). *Decreto 1400 de 1970*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.

Quijano, J. P. (2004). *Racionalidad e Ideología de las Pruebas de Oficio*. Bogotá - Colombia: Temis S. A.

Real Academia Española RAE. (s.f.). *REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. Recuperado el 11 de 11 de 2018, de <http://dle.rae.es/?id=bbdGpd4>

Real Academia Española. (s.f.). *Real Academia Española*. Recuperado el 11 de 11 de 2018, de <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>

Taruffo, M. (2009). *La Prueba de los Hechos*. Ferraz - Madrid: Editorial Trotta, S. A.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad* (Primera ed.). Madrid, España: Marcial Pons.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

Valencia, J. I. (2003). *Aproximación al Sistema Acusatorio*. Bogotá, D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.

Vega, M. R. (2013). Sistema Acusatorio de Justicia Penal y Principio de Obligatoriedad de la Acción Penal. *Revista de Derecho (Valparaiso)*(40). Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100020>

Velloso, A. A. (2005). *Debido Proceso versus Pruebas de Oficio*. Asunción: Editorial Juirs – Editora Intercontinental.



MAYINES PATRICIA FIGUEROA MORENO  
UNIVERSIDAD DE MEDELLIN  
MAESTRIA DERECHO PROCESAL CONTEMPORANEO  
COHORTE 34

## **15. Lista de Anexos:**

Anexo No. 1 Formato de Fichas Bibliográficas de Cita Textual

Anexo No. 2 Formato de Fichas Bibliográficas Comentada

Anexo No. 3 Formato de Fichas Bibliográficas de Resumen

Anexo No. 4 Formato de Fichas Bibliográficas de Sentencia