

LA PRUEBA OFICIOSA EN MATERIA CONTENCIOSA

DR. JAIRO PARRA QUIJANO¹

1. LA VERDAD Y EL PROCESO JUDICIAL

Debemos buscar la verdad en el proceso judicial, no se puede defender la tesis que se administra la justicia, cuando pronunciamos la sentencia con sustento en unos hechos que no han ocurrido. Se deben manejar los instrumentos probatorios, que nos permitan conocerla sin excesos y sin daño a la privacidad y la intimidad y otros valores importantes del ser humano.

Apuntala lo anterior, lo dicho por el Consejo de Estado recién empezó a regir el Decreto 01 de 1984:

"... Es del caso tener en cuenta que el C.C.A., introduce la iniciativa probatoria del juzgador y señala dos oportunidades para ejercerla: una, al decretar las pruebas pedidas por las partes (art. 209) y otra, antes de ordenar los traslados para alegar (art. 169). Y es claro que si en el auto que repone al que decreta las pruebas se toma la decisión de aclarar alguna de las pedidas, se está actuando dentro de la primera de ellas, y dentro de la capacidad que confiere la oficiosidad probatoria, que obviamente no puede limitarse a ordenar pruebas nuevas sino también a clarificar o ampliar las pedidas. Es esa una de las más importante novedades que trae el nuevo estatuto de lo contencioso-administrativo.

"Tampoco puede considerarse que la prueba oficiosa atribuida ahora al juez de lo contencioso-administrativo tenga un carácter supletorio o apenas complementario de la señalada a las partes, sino que ella es tan amplia que bien puede ser ejercida por el magistrado aun en ausencia de petición probatoria de parte, pues lo que se pretende con la consagración de la iniciativa oficial de la prueba es lograr el conocimiento de la llamada verdad real, a fin de satisfacer la finalidad del proceso, que es la de determinar si la actividad administrativa juzgada estuvo o no viciada de ilegalidad"².

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Distinción "DOCENCIA EXCEPCIONAL" otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cinco (5) oportunidades: 1992, 1994, 1995, 1997 y 1998. "DOCTOR HONORIS CAUSA" de la Corporación Universitaria Mayor del Desarrollo, Universidad "Simón Bolívar" de Barranquilla (Colombia) y "ORDEN ACADÉMICA SIMÓN BOLÍVAR" otorgada por la misma Universidad en mayo de 2000.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 12 de diciembre de 1984, expediente 0168. consejero ponente doctor Gustavo Humberto Rodríguez.

2. EL ARTÍCULO 600 DEL C. J. (LEY 105 DE 1931)

Decía el artículo 600 del C.J. lo siguiente:

"El juez o Tribunal que vaya a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, dentro de un término que no puede pasar de veinte días, más el de la distancia.

Durante este término, se suspende el que tiene el juez o Tribunal para fallar.

Contra esta clase de providencias no se admite recurso alguno, y las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el juez o Tribunal les conceda".

Podríamos extraer del artículo lo siguiente: "**Con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos**".

Con el solo (adv.) – solamente para que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos.

Esa potestad, era una ingerencia oficiosa, dentro de un proceso típicamente dispositivo, por ello era tímida y requería sutileza. Es solo para ello y no para subsanar las deficiencias de las partes³.

Se han definido las medidas para mejor proveer como "*aquellas que el juzgador puede disponer, en el momento que ha de dictar una providencia, y con las garantías y los requisitos establecidos por la ley, al objeto de lograr que dicha providencia sea más ajustada al derecho y la justicia; esto es, como su nombre lo indica, para mejor proveer*".

³ El auto para mejor proveer no puede dictarse sino cuando se va a fallar definitivamente (auto S.C. de U, ins, 7 de octubre de 1937. XLV, 784).

Se dice también que el auto para mejor proveer es sólo para aclarar puntos oscuros y que se juzguen dudosos, y que por consiguiente no pueden proferirse para aportar probanzas. Si se construye al juzgador de esa manera ningún objeto práctico tendría tal providencia, porque va siempre encaminada a obtener algún dato que esclarezca o disipe dudas, y ese dato, naturalmente, al llegar al proceso, se estima como elemento de convicción.

Uno de los pocos casos en que excepcionalmente puede tener el juez actividad oficiosa en materia de pruebas dentro de nuestro sistema legal que en general atribuye a las partes la iniciativa y escogencia de los medios probatorios, es el contemplado en el art. 600 del C.J. El ejercicio de esta preciosa facultad establecida para que los jueces puedan alumbrar su criterio y juzgar con más acierto lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de puntos trascendentales del litigio. No importa que para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideren claros y ciertos; si en el concepto del juez hay oscuridad o duda, ningún reparo cabe por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro que mientras se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confusión y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes" (Sents., 7 febrero 1948, LXIII, 648; 9 diciembre 1952, LXXIII, 749).

Se ha dicho:

- a) Que tiene por objeto la averiguación de la verdad.
- b) Formar conciencia sobre el punto que se ha de resolver.
- c) Para “adquirir mayor ilustración en la materia y determinar con más tino”.
- d) Aclarar dudas.
- e) Completar la información⁴.

2.1 Manifestaciones doctrinales sobre el auto para mejor proveer (art. 600 del C.J.)

Sostenía Julio González Velásquez⁵:

“El texto de la disposición enseña claramente que la oportunidad para proferir el auto especial consagrado en él no es otra que cuando ha llegado el tiempo de fallar sobre el fondo del negocio, es decir, cuando ha corrido el término probatorio del mismo y ha quedado cerrada a las partes la facultad de pedir y obtener la práctica de pruebas, conforme su iniciativa puramente particular. Con visible acierto fijó el legislador la aludida oportunidad, porque en ella es cuando precisamente el fallador está en las mejores condiciones para apreciar si existen **“puntos oscuros o dudosos”**, luego del estudio de las probanzas allegadas por ambas partes, y que no puede hacerse en una etapa procesal anterior, como es obvio, a menos que se quiera suplir caprichosamente la gestión de los litigantes, y prescindir de un criterio a posteriori a cambio de uno puramente apriorístico y conductor al quebrantamiento del principio de igualdad procesal de las partes.

“Se ha repetido a través de estos comentarios que los juzgadores carecen de iniciativa para ordenar oficiosamente la práctica de pruebas en los asuntos civiles de que conocen y, empero, el artículo no es otra cosa que medio de atemperar el alcance del principio predominante en la legislación, ya que apenas comprende o hace relación a clarificar el alcance de elementos de convicción aducidos, sin que tenga por objeto la creación directa de pruebas. Los funcionarios para proferir el auto para mejor proveer han de partir de la base cierta de que surgen dudas u oscuridad en cuanto a lo debatido en el litigio y en las probanzas aportadas al mismo, de ese fenómeno objetivo y no de su pensamiento íntimo o puramente subjetivo, pues la ley no los faculta para separarse de la posición de equilibrio que les corresponde guardar en frente de los intereses de las partes litigantes y que es preciada garantía de los derechos de ellas. De esta forma que al dictar la providencia dicha, los jueces deben comprobar la existencia de oscuridad en las pruebas y tener muy presente que aquélla no puede dirigirse a la finalidad de suplir la omisión **de una parte para solicitar la verificación de diligencias probatorias**”⁶.

⁴ Hemos seguido de cerca el magnífico trabajo de **“MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER”** de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Enciclopedia OMEBA.

⁵ GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, JULIO. **“Manual Práctico de la Prueba Civil”**. Librería Jurídica Ltda, Bogotá 1951, pág. 79.

⁶ Sigo siendo deudor del Profesor SANTIAGO SENTIS MELENDO, Trabajo citado.

3. El juez del Siglo XX y XXI, se diferencia en forma ostensible del juez del Siglo XIX, el cual era un simple espectador ajeno al drama judicial. Ha quedado sellada la suerte del juez actual, y resulta pertinente citar lo que hemos escrito en otra parte:

"... 1.2 El numeral 4º del artículo 37 del C. de P.C., consagra como un poder deber del juez el decretar pruebas de oficio, es decir, que siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes, y para evitar nulidades y providencias inhibitorias, debe decretarlas. Pero al ser titulado, el artículo referido con la expresión "deberes del juez", éste tiene la obligación de hacerlo para saber cuál es la verdad real sobre los hechos controvertidos y así responder a la sociedad como consecuencia del principio de la publicidad de la prueba y del interés público y social que cumple ésta. Es innegable que existen personas dentro del conglomerado social, que saben cuál es la realidad de los hechos que se debaten en un proceso determinado y que se sentirán seguras o alarmadas, según la sentencia corresponda o no a la realidad; de ahí porqué esta facultad es una obligación que debe cumplirse para con la sociedad en general, con el Estado y, fundamentalmente, para el buen prestigio de la función judicial".

"Los artículos 179 y 180 del C. de P.C., desarrollan lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 37 del mismo estatuto, señalando las oportunidades para el decreto oficioso de pruebas y consagrando la posibilidad de que el funcionario lo haga con respecto a cualquiera; la única limitación que consagra es con relación al testimonio, ya que los nombres de los testigos deben aparecer mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes en el proceso.

"Las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, de tal manera que la investigación oficiosa por parte del juez no vulnera ningún derecho de éstas; por el contrario, cuando ejerce sus facultades inquisitivas da a entender, con ese comportamiento, que al Estado, al cual representa, sólo le interesa edificar la sentencia con base en la verdad de los hechos. Las partes no tienen derecho sobre la pseudo-verdad; aún más, podemos afirmar que, aun contra su querer, tienen "derecho" a que en el proceso se investigue la verdad.

"El juez debe ser "parcial" en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción esgrimido por muchos autores, que con las facultades oficiosas del juez se rompe el principio de la imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas.

"Se protegen los intereses de terceros. Cuando un código está informado por el sistema dispositivo, las partes no tendrán ningún escrúpulo en emplear el mecanismo sutil del proceso para producir resultados fraudulentos en contra de terceras personas; ya que sólo solicitarán las pruebas que les permitan demostrarle al juez que éste puede decretarlas de oficio, utilizarán menos esa vía y el proceso cumplirá mejor sus fines.

"No creemos que con una norma probatoria se hagan iguales a quienes no lo son en la realidad, pero, por lo menos, con las facultades oficiosas del juez en materia de pruebas, se logra que la desigualdad en el mundo del proceso sea menos notoria, que éste no se preste para el triunfo de quien tiene mejores medios para

hacerse representar, y que por el contrario, salga adelante quien tiene la razón, aun cuando por su desigualdad real no haya podido hacerse a los servicios de un buen apoderado”⁷.

4. TEXTOS LEGALES DEL ACTUAL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Código Contencioso Administrativo, expedido en 1941 (Ley 167) consagró el sistema dispositivo probatorio del Código de Procedimiento Civil entonces vigente –Ley 105 de 1931– consagrando en el artículo 91 el auto para mejor proveer.

La iniciativa probatoria del juez para decretar pruebas de oficio consagrada en el Decreto 01 del 22 de enero de 1984, constituye un logro de incalculables dimensiones.

En el C.C.A. de 1984 se instituyó la oficiosidad probatoria tanto en la actuación administrativa (art. 34), como en la vía gubernativa (art. 57), y en la vía judicial se regulan así:

4.1 En el proceso ordinario, en el artículo 209, modificado por el Decreto 2304 de 1989, periodo probatorio.

“Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, siempre que las partes las soliciten o que el Ponente considere necesario decretarlas de oficio. Para practicarlas, se fijará un término prudencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale”.

4.2 El art. 169, reformado por el art. 37 del Decreto 2304 de 1989, regla:

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

“Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda.

“Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso”.

5. QUÉ SIGNIFICA PROBATORIAMENTE EL AUTO PARA MEJOR PROVEER

Las medidas para mejor proveer, le fueron concedidas a los jueces en los viejos códigos:

⁷ PARRA QUIJANO, JAIRO. “Manual de Derecho Probatorio”. Ediciones “Librería del Profesional, marzo 2 de 2000, pág. 141.

5.1 No en beneficio de la justicia, ni del derecho, ya que estos valores resultaban resguardados o protegidos con las reglas sobre la carga de la prueba.

5.2 Tampoco en beneficio de los litigantes, porque el legislador al haberles concedido un proceso que ellos manejan (el dispositivo), para qué protegerlos. Es cierto lo que dice Santiago Sentís Melendo: *"Ya se les ha concedido un tipo de proceso en el cual son ellos quienes disponen y cuyo régimen probatorio es para ellos de libertad pero también de responsabilidad..."*⁸.

5.3 El auto para mejor proveer, se consagró para la protección de la conciencia del juez.

Si el juez, en un proceso regentado por el principio dispositivo, se daba cuenta que la sentencia que iba a pronunciar era jurídicamente aceptable, pero que no correspondía a la justicia, es decir, que tenía conciencia del desacople entre lo jurídico y la justicia, podía utilizar el auto para mejor proveer y así lograr seguramente variar el estado de las pruebas y por consiguiente el sentido de la sentencia que se habría de dictar si no obraran aquellas.

Pero cuando se consagran facultades oficiosas al juez, como las del art. 169 del C.C.A., resulta una muy mala redundancia el auto para mejor proveer.

6. INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO

El juez, como sujeto del proceso, puede ser: Juez espectador, juez dictador y juez director⁹.

Cuando el proceso es dominado por el principio dispositivo, el juez durante el desarrollo del proceso, no se interesa por él, *"... parece contemplar impávido su desarrollo"* y sólo se le permite interesarse por el aspecto probatorio, cuando se encuentra en estado de fallar, precisamente con las medidas para mejor proveer.

En el extremo opuesto del juez espectador, encontramos al juez dictador, concepción que ha llevado a algunos a pregonar la abolición del proceso

⁸ Obsérvese las siguientes palabras de EDUARDO J. COUTURE: *"Conviene insistir, una vez más, en que el Estado tiene, al igual que las partes, un interés propio en el litigio; sólo que mientras éstas perciben un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. Los jueces son representantes del Poder público y tienen los atributos de autoridad y de intervención que, en general, tienen todos los gobernantes y todos los agentes del servicio público. Si un ciudadano no puede despojar a otro de sus bienes en presencia de la autoridad sin que ésta lo reduzca a prisión, no se concibe en virtud de qué razonamiento un juez debe presenciar impasible cómo un litigante deshonesto arruina, burla y ~~perjudica~~ a un litigante honesto, sin poner en juego un mínimo de su autoridad para evitar ese despojo que se consuma ante él".*

⁹ Obra citada SANTIAGO SENTIS MELENDO.

civil y su absorción en la jurisdicción voluntaria. En esta concepción, donde el juez domina todo, las medidas para mejor proveer serían extrañas, porque el juez sería quien en cada momento acordaría y decretaría las pruebas que considerara necesarias.

En medio de estas dos figuras, se encuentra el juez director del proceso, que ni contempla ni domina el proceso, sino que lo dirige, con el fin de resolverlo.

Generalmente, cuando surge esta concepción del juez, emerge la institución de las pruebas de oficio¹⁰.

¹⁰ La Consejera OLGA INÉS NAVARRETE BARRETO, hace un cuidadoso salvamento de voto, en el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; en efecto dice:

"1) En el expediente obran aportadas las pruebas que en virtud del auto de fecha octubre cinco (5) de 1999 fueron ordenadas, de oficio, por la Sala Plena.

"2) Aunque estoy en un todo de acuerdo con el hecho de que las normas procesales exigen del juez el ejercicio de la facultad oficiosa para decretar pruebas en aras de arrimar la verdad real al proceso, es decir, lo convierten en figura dinámica dentro del mismo, no lo es menos que en relación con las citas que se enunciaron para sustentar dicha facultad corresponden a decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en relación con litigios entre particulares y, la naturaleza del proceso de pérdida de investidura no permite le sea el mismo asimilable en su totalidad dada la calidad de sanción y grave, que implica para el congresista, un fallo en su contra; por ello no se posibilita la aportación de pruebas que no pudieron ser objeto de análisis dentro de su debida oportunidad y, especialmente, dentro de la audiencia pública establecida dentro de este proceso especial.

"3) En la sentencia de la cual me aparto se hace en el fondo, un símil entre el decreto de pruebas de oficio por el juez y el auto para mejor proveer, equivalencia que no comparto, pues si se trata de traer al proceso especial de pérdida de la investidura tales instituciones del proceso ordinario, debe hacerse de conformidad con las regulaciones que las mismas ostentan dentro de aquel.

"En efecto, la oportunidad para decretar pruebas de oficio no es otra que el mismo auto mediante el cual se decide sobre las solicitadas por las partes (art. 169 del C.C.A.).

"El juez tiene, conforme a la norma citada, amplísima facultad para hacer arrimar al proceso todos los medios probatorios que considere necesarios en aras de establecer la verdad que se debate en el proceso y las partes conocen en su debida oportunidad cuáles son las pruebas ordenadas de oficio para, incluso, intervenir en su práctica y, obviamente ejercer el derecho de contradicción.

"En cambio, no dispone el juzgador de tal amplitud cuando hace uso de la facultad otorgada en el artículo 169 inciso último del C.C.A., pues la misma tiene por finalidad "esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda" y no suplir las falencias probatorias y menos plantear nuevos supuestos de hecho sobre los cuales se radica, en el caso de pérdida de investidura, la acusación de haber violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

"A mi juicio, como quiera que el auto para mejor proveer se profiere para antes de dictar el fallo, es decir una vez cumplido el auto de pruebas y vencida la oportunidad de presentar los alegatos de conclusión, en este caso cumplida la audiencia pública que obviamente tienen como base el material probatorio recaudado, no puede desbordar los objetivos para los cuales fue institucionalizado, pues interpretarlo como una nueva oportunidad para que el juez pueda decretar pruebas de oficio sin limitación alguna, impide a la parte contra la cual se aducirán las pruebas aportadas en cumplimiento del mismo, hacer el debido debate, contradicción y análisis probatorio".

No sobra advertir, que cuando se consagra la facultad oficiosa de decretar pruebas de oficio, sobran las medidas para mejor proveer.

En la doctrina y en sentencia de los distintos países donde se consagraban las medidas para mejor proveer, se pueden encontrar claramente dos criterios que se turnan; en efecto: Unas veces se habla de amplitud para que el juez acuerde estas medidas, y otras veces en la que se dice que no se debe acordar sino: "con suma cautela y en casos excepcionales".

Siguiendo el trabajo del maestro Santiago Sentis Melendo, se puede resumir lo que ha dicho desde la orilla de la jurisprudencia y la doctrina en general, sobre este instituto:

6.1 Imparcialidad: la cual se logra buscando la verdad y teniendo en cuenta: "*Las diligencias para mejor proveer no proceden en salvaguarda del interés particular sino de la recta administración de la justicia*"¹¹.

6.2 Espontaneidad: Se ha dicho que debe ser espontáneo el decreto de las medidas para mejor proveer, es decir, que no se deben aceptar sugerencias, ni pedidos de las partes.

Si bien, es una obligación del juez decretar estas medidas, como ya se dijo, para mejor proveer, cuando objetivamente tenga dudas, lo cierto es que

Dice finalmente: "En el caso presente, considero que como quiera que las pruebas sobre las que se soporta la sentencia de la cual me aparto fueron aportadas, no en virtud de la facultad oficiosa del juez esbozada en el auto mediante el cual decreta pruebas, sino de las traídas con ocasión del auto para mejor proveer, y ellas no se referían a puntos dudosos u oscuros sino a corregir aspectos fácticos de la demanda y a suplir el abandono y descuido de la parte actora, no fueron legalmente aportadas y, por tanto, no resultan idóneas para radicar sobre su valoración el fallo del cual me aparto..."

¹¹ Con relación al art. 600 del C.J., dijo la Corte Suprema de Justicia: "Uno de los pocos casos en que excepcionalmente puede tener el juez actividad oficiosa en materia de pruebas dentro de nuestro sistema legal que en general atribuye a las partes la iniciativa y escogencia de los medios probatorios, es el contemplado en el art. 600 del C.J. El ejercicio de esta preciosa facultad establecida para que los jueces puedan alumbrar su criterio y juzgar con más acierto, lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno a puntos trascendentales del litigio. No para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio, los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideran claros y ciertos; si en concepto del juez hay oscuridad o duda, ningún reparo cabe por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro mientras se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confucionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes. Aludiendo al legal y adecuado ejercicio de la facultad probatoria del art. 600 del C.J. Ha considerado la Sala que: "Esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influir en casación" (G.J. No. 2057, pág. 646).

"Estas providencias son de carácter especial: las dicta el juez para su instrucción y sólo con el objeto de ilustrar su conciencia judicial, sin consideración a los litigantes, y en un período del juicio en que éstos nada pueden hacer, y está reservado a aquél exclusivamente para estudiar los autos y dictar el fallo que corresponda". (MANRESA, T. 20, pág. 62).