

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 95

AÑO VII

FECHA: 1 de junio de 2020

ASUNTO: La prueba de oficio en el arbitraje

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

La todavía reciente la puesta en vigencia del Código General del Proceso, como instrumento procedimental idóneo para lograr la efectividad del derecho sustantivo (art. 11) adquiere relevancia por la consagración de mecanismos como *el decreto y práctica de pruebas de oficio* (arts. 179 y 180), fundamental al momento de impartir justicia cuando el juez/árbitro como director del proceso y de la prueba necesita contar con un acervo demostrativo que lo lleve a concluir que el fundamento de los hechos de la demanda o de las excepciones, en su caso, se encuentra *demostrado* para despachar así favorablemente las pretensiones (o las excepciones), o para negar unas u otras, conforme al resultado de la pruebas recabadas. De ahí que la "prueba de oficio" tenga por finalidad dotar al juez/árbitro de elementos probatorios para lograr desatar la controversia sustantiva planteada en la causa, despejando al tiempo *dudas serias o puntos oscuros o que ofrecen reparo* para adoptar una decisión de fondo, lo que permite al andamiaje procesal, visto desde la preceptiva constitucional, cumplir el fin de la justicia (arts. 2, 29, 87, 228 y 229 C.N.).

Ante este fin, la inserción de la prueba de oficio en nuestro estatuto procesal general no es espurea y encuentra su *fundamento* en la atribución del juez/árbitro para administrar justicia, lo que constituye un claro deber (art. 42 C.G.P.) y en la facultad para decretar y practicar las pruebas que juzgue *necesario* para pronunciarse sobre la verdad de los hechos demandatorios o excepcionales llevados a debate (art. 169 y 170 *Ibidem*), con fundamento en el principio del debido proceso (art. 29 C.N.). [La mayor justificación de la prueba de oficio está en que no basta hacer la tarea de convencer al juez/árbitro sobre la verdad de los hechos litigiosos, sino debe dirigirse a que él quede realmente convencido de ello].

En el sistema acusatorio o dispositivo que nos rige y en el cual gira el arbitraje, los proponentes de la prueba son las partes procesales, *pero el juez /árbitro está revestido de poderes ordenadores de la misma*, y que debe ejercer con acatamiento de los principios y reglas legales que instruyen su producción. Lo primero, porque la prueba nace a instancia de parte, *por lo que toca a cada una de ellas en el proceso demostrar los hechos que les corresponde*, según se trate de pretensiones o de excepciones, lo que constituye la carga de la prueba (*onus probandi*), de manera que demandante y demandado deben probar el hecho material y concreto a que se refiere la premisa mayor de la norma de derecho objetivo, o desvirtuar su ocurrencia, lo que se traduce en el deber inexigible de producirla, con la consecuencia que si el actor o el demandado no prueban lo que a cada uno corresponde (conforme a su interés sustancial), el juez/árbitro desestima su interés jurídico-procesal, y lo segundo (los poderes ordenadores de la prueba por parte del

juez/árbitro), porque se trata de una *regla de juicio* que obliga al juez o árbitro a negar las pretensiones o excepciones ante falta de prueba de los hechos que alegan a su favor. Está, por ende, claro que cada parte debe probar, desde su posición, el fundamento de los hechos en que se sustentan las pretensiones o las excepciones, y *el juez/árbitro tiene el deber de procurarse la prueba*, con el fin de no dictar fallos inhibitorios (*non liquet*), lo que lleva a decir que el juez/árbitro no puede conformarse con la prueba de parte que ha sido recabada sino que adicionalmente debe empeñarse en ejercer la *facultad-deber* de producirla de oficio. [Nada mejor, -dicen los procesalistas modernos-, siguiendo a Francesco Carnelutti, que el mismo juez/árbitro perciba la realidad de los hechos sobre los cuales debe decidir].

Sin embargo, el ejercicio de esta facultad-deber del juez/árbitro para decretar pruebas de oficio no puede cumplirse prescindiendo de los principios legales de su producción, [entre los que están primordialmente la lealtad con las partes, la eficacia jurídica de la prueba, su publicidad, la contradicción, y su conducencia, pertinencia y utilidad del medio, entre otros], lo que adquiere mayor trascendencia si se entiende que el juez (árbitro) debe *valorar* las pruebas de las partes y las oficiosas *en conjunto*, en un ejercicio integrador, y bajo las mismas reglas de la persuasión racional y de la sana crítica.

En nuestro derecho procesal la consagración de la prueba de oficio no es una novedad del Código General del proceso, porque ya existía en el Código de Procedimiento Civil, aunque, con diferente regulación y alcance, para lo cual debe tenerse en cuenta la siguiente estructura *actual*:

NORMA	REGULACIÓN
ART. 42 C.G.P.	Son deberes del juez con relación al decreto y práctica de la prueba oficiosa, los siguientes: 1). La prueba de oficio es un deber del juez; 2). Debe garantizar la igualdad de las partes; 3). La prueba de oficio debe servir para verificar los hechos alegados por las partes; 4). El auto que decreta la prueba de oficio debe ser motivado.
ART. 169 C.G.P.	Esta norma establece que el decreto y práctica de la prueba de oficio reviste las siguientes peculiaridades: 1). Procede su decreto a petición de parte, o de oficio; 2). El medio de prueba oficioso debe ser <i>útil</i> para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; 3). La declaración oficiosa de testigos sólo procede cuando éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en un acto procesal; 4). El auto que decreta una prueba de oficio no es susceptible de recurso;
ART. 170 C.G.P.	1). La prueba de oficio "debe" ser decretada por el juez, en las siguientes oportunidades: a). En las oportunidades probatorias del proceso; o b). En los incidentes; o c). Antes de fallar.

- 2). El medio de prueba debe ser el *necesario* para esclarecer los hechos que son objeto del proceso;
- 3). Las pruebas decretadas de oficio se sujetan a contradicción.

La participación activa del juez o árbitro en la producción oficiosa de la prueba recibe reproche, en nuestro medio, porque quienes ven el proceso un cuadrilátero eminentemente de las partes no aceptan que el juez o árbitro “meta la mano” en la prueba y de este modo en la decisión del litigio, mientras que los son partidarios de un mayor publicismo procesal abogan por su empleo para que el fallador puede cumplir bien su función (administrar justicia). A este respecto creemos que esta divergencia, que abre paso a vertientes antagónicas, está mal planteada, porque no se trata de meter o no la mano al proceso, o de volver el proceso dispositivo uno inquisitivo, sino que para la administración de la justicia es muchas veces insuficiente tener en cuenta la sola versión de la prueba de las partes, cuyo contenido, obviamente, está en consonancia con su interés sustancial y procesal, lo que hace prudente y hasta recomendable conseguir la prueba por iniciativa del propio juez conseguir la verdad de los hechos discutidos en el proceso. [Ver, Jordi Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, pág. 195, Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2010]. El maestro Michel Taruffo cierra la discusión sobre el punto cuando al sostener que *el rol del proceso es la búsqueda de la verdad (real)*, por lo cual se atribuye al juez o árbitro un papel *activo* en la asunción de la prueba, que las partes por su iniciativa no llevaron al proceso, con la evidente finalidad de lograr que la verdad sea establecida [Ver, Michel Taruffo, Teoría de la prueba, pág. 2015, Editores E.I.R.L., Lima, 2015]. Ciertamente, la doctrina procesal actual indica que la búsqueda de la verdad (real) es el fin del proceso [Ver, Andrés Fuchs Nissim, Proceso-Prueba y Verdad, pág. 159, Ed. Metropolitana, Santiago, 2011], a lo cual deben contribuir las partes con sus pruebas y el juez con las que decreta y practique de oficio.

De manera que es por esa razón que el juez/árbitro está dotado de la facultad de decretar y de practicar pruebas de oficio, cuando lo considere necesario, dentro de las oportunidades señaladas en el estatuto procesal (que se extiende hasta antes de dictar sentencia). Pero, más que una facultad se trata de un *deber* que encuentra su razón de ser en la búsqueda de la verdad real, y tan evidente es esto que si luego de formularse la demanda ocurre un hecho (desde luego, posterior a su presentación), cuya alegación o prueba puede tener efecto en el resultado del proceso, el juez o árbitro debe decretar de oficio la prueba, como acertadamente lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de 12 de septiembre de 1994, Exp. 4297, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Lafont Pianetta, y lo reiteró en la Sentencia de la Sala Civil de Casación, de fecha 18 de agosto de 2010, Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Por su parte, La Corte Constitucional, también compromete al juez en la búsqueda de la verdad real, por encima de la meramente procesal y, por ello, *encuentra legítima la atribución del juez de decretar pruebas de oficio*, sin que al hacerlo pueda ser tildado de parcializado (Ver, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, Exp. T-2.112.744, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y Sentencia C-1270 de 20 de septiembre de 2000, Exp. D-2904, M.P. Antonio Barrera Carbonell), [En el fondo, lo que esa superioridad está diciendo es que la prueba de oficio debe buscar la configuración del derecho sustancial], y esta última superioridad ahondó este punto y expresó que la parte afectada con el decreto de oficio de una prueba goza del derecho a *controvertirla* y a ejercer su defensa en igualdad con la parte contraria (para discutir la razonabilidad de la prueba o el establecimiento de la carga probatoria), (Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, Exp. D-10902, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Es, por eso, que el artículo 42 del C.G.P. expresa

que el juez debe propender a hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes legales asignados, uno de los cuales consiste en decretar pruebas de *oficio*, en los términos y oportunidades legales, si lo considera conveniente para verificar los hechos discutidos.

Conforme lo hemos venido manifestando el decreto de este tipo de pruebas no constituye una simple facultad, *por lo que no hay discrecionalidad del juez al respecto*, de modo que se trata de un *deber* con origen legal, de forzosa aplicación si fuere el caso [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, Exp. T-2.112.744, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, Exp. T-3.955.581, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y Sentencia de 24 de febrero de 2016, Exp. D-10902, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-11337-2015, de 28 de junio de 2017, Rad. 11001-31-03-041-2004-00059-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez], pero, claro, el ejercicio de ese deber legal no puede cumplirse prescindiendo de los requisitos *intrínsecos y extrínsecos* que comporta su producción, como ya lo dijimos, porque la prueba resultaría ilegal por el irrespeto a los principios y reglas de la producción de la misma [Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia AP de 18 de diciembre de 2001, rad. 17919, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, y Sentencia AP de 14 de septiembre de 2009, rad. 31500, M.P. Yesid Ramírez gallego, y Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995, Exp. D-884, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Ahora, en cuanto se refiere a la *oportunidad* para el decreto de la prueba de oficio, sea por iniciativa del juez o árbitro, o por petición de las partes, deben tenerse en cuenta las oportunidades probatorias señaladas en el Código General del Proceso (Arts. 169 y 170 C.G.P.), y específicamente los siguientes momentos procesales:

1). En el escrito de demanda: La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder (82 (# 6));

2). En el escrito de la reconvenición: Dentro del término de traslado de la demanda principal, en los casos en que ella está procesalmente permitida (371);

3). En la contestación de la demanda: La petición de pruebas que el demandado pretenda hacer valer, si no obraren en el expediente (96 # 4);

4). En la reforma de la demanda: Se pueden pedir o allegar nuevas pruebas relativas a la reforma 93 (inc. 2, # 1);

5). En la contestación del traslado de la reforma de la demanda: Durante el traslado de la reforma de la demanda, el demandado puede ejercer el mismo derecho a la prueba, que para la contestación inicial de la demanda (93, (inc. 2, # 5);

6). Cuando se descorre el traslado a la formulación de excepciones de mérito: El demandado, al contestar la demanda, puede formular excepciones de mérito contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio, y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso (96 (# 3);

7). Cuando se descorre el traslado a la formulación de objeciones al juramento estimatorio (206);

8). En la declaración del testigo: Al rendir la declaración puede hacer dibujos, gráficas, etc., que forman parte de su dicho, y presentar y reconocer documentos que guarden relación con su declaración (221 # 6);

9). En la segunda instancia: Además de la prueba de oficio que puede decretar el ad quem, las partes pueden pedir pruebas [Lo cual no es aplicable al proceso arbitral], (327 #s 1 a 5);

10). Cuando se trate de aportación de documentos en los casos en que deben entrar a futuro al proceso: Cuando el demandante pide en la demanda que el demandado aporte documentos que están en su poder. Cuando el juez lo estime necesario, o la información esté en poder de una autoridad o de un tercero y que las partes no hayan podido conseguir. Cuando una de las partes pide al juez que ordene a la otra la exhibición de un documento. Cuando se elabore o se encuentre en la práctica de una inspección judicial (si se refiere a lo inspeccionado), (86 # 2; 90 # 1; 265 / 15; 23; 74; 173 # 2 / 265 y 266 # 1 / 238);

11). Cuando el demandado conteste el llamamiento en garantía (64);

12). En la proposición y contestación de un incidente [Lo cual no es aplicable al proceso arbitral], (127);

13). Cuando se trata de resolver solicitudes de decreto de nulidades (134); y

14). En casos de distribución de la carga de la prueba (167).

Como puede apreciarse a esta altura del escrito, el juez adopta una postura *protagónica* en la producción de la *prueba de oficio*, como agente de la jurisdicción del Estado, al decretarlas, practicarlas y hacer su valoración, junto con las demás pruebas recabadas, a tenor del postulado del *sistema de la persuasión racional y la sana crítica*, (Ver, art. 42, C.G.P.), de lo cual derivan efectos se suma trascendencia procesal y probatoriamente, y que rescatamos así:

1). La adopción de la prueba de oficio en el proceso dispositivo, es actualmente un elemento prestado del sistema inquisitivo, con incidencia clara respecto al trámite del proceso, la hermenéutica y aplicación de las reglas en que se funda, y evidentemente para la producción misma de la prueba. Con este nuevo *poder-deber* del juez para la prueba de oficio, el legislador pensó que era menester atribuírselo para garantizar así la independencia, imparcialidad y neutralidad del agente judicial, y el hallazgo de la verdad real de los hechos debatidos;

2). Situándonos en la esfera del proceso civil colombiano, a tenor del artículo 42 del C.G.P., el juez debe garantizar, como dijimos, la efectiva igualdad de las partes en el proceso, empleando en ello los poderes legales atribuidos, entre los cuales se destaca el decreto y práctica de pruebas de oficio, cuando lo estima útil para la comprobación los hechos históricos que se controvierten, siempre y cuando se ciña a las reglas, condiciones y oportunidades legales (siendo ello posible hasta antes de fallar), de forzosa aplicación si el caso lo reclama [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, Exp. T-2.112.744, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, Exp. T-3.955.581, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y Sentencia de 24 de febrero de 2016, Exp. D-10902, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-11337-2015, de 28 de junio de 2017, Rad. 11001-31-03-041-2004-00059-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez]. Si el juez no usa la prueba de oficio debiendo hacerlo, dice la Corte Suprema de Justicia, incurre en un error de derecho [Ver, SC de 12 de septiembre de 1994, Exp. 4293, M.P. Pedro Lafont Pianetta, y Sentencia de 11 de agosto de 2005, Exp. 7367, M.P. Edgardo Villamil Portilla];

3). La producción de la prueba de oficio, su decreto y práctica, tiene que cumplir con los requisitos intrínsecos y extrínsecos que ello comporta, porque de no ser así se violaría flagrantemente el principio del debido proceso, en el orden probatorio, ante lo cual la prueba oficiosa así decretada y practicada traería como efecto su ilegalidad, ante el quebrantamiento indicado [Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia AP de 18 de diciembre de 2001, rad. 17919, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, y Sentencia AP de 14 de septiembre de 2009, rad. 31500, M.P. Yesid Ramírez Gallego], pero, sin embargo, la infracción del debido proceso debe obedecer a violaciones graves, determinantes o que ofrezcan el peligro de arruinar la prueba y comprometer el resultado final del proceso, por contravenir los principios y reglas de su producción, [Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995, Exp. D-884, M.P. Antonio Barrera Carbonell];

4). Aunque, el juez del proceso dispositivo tiene el poder-deber de producir la prueba de oficio, no puede proceder a su decreto y práctica prescindiendo de las condiciones internas y externas que legalmente se exigen para la producción de cualquier medio de prueba, [hablamos de cada medio probatorio en particular], sin distingo de su origen, para que no se quebrante el principio del debido proceso y la prueba así obtenida se produzca de conformidad a la ley, [Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia AP de 18 de diciembre de 2001, rad. 17919, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, y Sentencia AP de 14 de septiembre de 2009, rad. 31500, M.P. Yesid Ramírez gallego)]. Dichas violaciones, como ya dijimos, tienen que ser graves, como bien lo interpreta la jurisprudencia [Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995, Exp. D-884, M.P. Antonio Barrera Carbonell]; y

5). Con todo, *el poder-deber del juez para la prueba de oficio no es pleno o ilimitado*, no queda a su absoluta discreción, sino que, por lo contrario, tiene límites "materiales" que le indican al juez hasta adonde puede llegar en su decreto y práctica. Dichos límites son la concordancia plena de la prueba oficiosa con los hechos de la demanda, sus pretensiones, las excepciones propuestas, y la cuestión de fondo que el juez/árbitro debe decidir. Aun dentro de estos precisos límites, *el juez tampoco puede decretar de oficio pruebas que las partes no pidieron por negligencia o desidia, o para mejorar la posición probatoria de una de ellas*, sino sólo en el caso en que la valoración de la prueba le indique al juez que existe una duda que debe absolver con la prueba que resulte necesaria y que sea útil a ese propósito. Es, por eso, que tiene que existir una relación directa, inescindible e inquebrantable y de conjugación, entre los hechos planteados, lo que se pide (*causa petendi*) y lo que se debe probar, lo que trae como consecuencia que el fallo de fondo tiene que versar sólo sobre: HECHOS PEDIDOS; PRETENSIONES FORMULADAS; PRUEBAS APORTADAS, DECRETADAS Y PRACTICADAS; Y EXCEPCIONES INTRODUCIDAS, con total prescindencia de otros elementos de facto y de fundamentos de derecho distintos a los formulados, razón por la cual el juez no puede debatir nuevos hechos ni nuevas pretensiones, ni cambiar, alterar o modificar unos y otras, ni fallar *extra y ultra petita*. Lo discutido es el marco cartular de referencia del juzgador para la toma de su decisión sustantiva.

El principio de la *congruencia* es trascendental tratándose de la prueba de oficio, porque si el juez echa mano de la facultad-deber de decretar la prueba (oficiosa), el medio demostrativo que él escoja no puede emplearse ni dirigirse a probar actos y hechos humanos, o de la naturaleza, que *no hayan sido introducidos* por la demanda o las

excepciones, y que esa escogencia del medio de prueba, a criterio del juez, sea *útil* para absolver dudas (del juez) sobre la ocurrencia de los hechos litigiosos.

Ente las situaciones normativas procesales contenidas en el Código General del Proceso, como poderes instructores de la *prueba oficiosa* por parte del juez, enunciativamente, se pueden citar las siguientes:

- 1). El decreto oficioso de la declaración de parte (art. 198);
- 2). La determinación de las situaciones en que cree haber confesión espontánea de una de las partes (art. 205 y 372 # 4);
- 3). El caso de confesión por parte de apoderado (art. 193);
- 4). Deducir indicio en contra la parte renuente o ausente (art. 204 y 241);
- 5). La cuantificación en dinero mediante juramento estimatorio, si no hay oposición (art. 206);
- 6). La calificación de la inhabilidad de los testigos (art. 210);
- 7). La valoración del testimonio sospechoso por parentesco o por dependencia (art. 211);
- 8). El control de la pertinencia de las preguntas al testigo (art. 219);
- 9). El rechazo de preguntas impertinentes o superfluas al testigo (art. 220);
- 10). Si el dictamen rendido es insuficiente el juez puede decretar otra peritación, con diferente perito (art. 230);
- 11). La orden de presentar nuevo certificado de cotización sobre documentos cotizados en Bolsas (art. 169);
- 12). Decidir sobre la petición de peritación por las partes, a tenor de las demás pruebas existentes (art. 227ss);
- 13). Presenciar las pruebas, experimentos, ensayos o verificaciones que haga el perito (art. 230, 170, 226, 228, y 232);
- 14). Si el dictamen pericial contiene errores, el juez puede valorarlos para establecer su conducencia, pertinencia y utilidad (art. 169, 170, 228);
- 15). Evaluar la conducta ocultiva o impeditiva de una parte a la realización del dictamen pericial (art. 42 # 4, 229 # 2, 233);
- 16). La orientación del objeto de la inspección judicial (art. 238);
- 17). Negar la petición de la prueba de inspección judicial si considera que basta con el dictamen pericial (art. 236);
- 20). La aclaración de una prueba de inspección practicada en otro proceso ((art. 236);
- 21). Recibir documentos y testimonios en la práctica de una inspección judicial (art. 236 y 238);
- 22). Ordenar la reconstrucción de los hechos, en inspección judicial (art. 236 y 238);

- 23). Formular contra las partes indicios de conducta (art. 241);
- 24). Establecer el mérito probatorio de documentos contables cuya contabilidad esté mal llevada (art. 264 y 268);
- 25). Dar por reconocido un documento si quien debe hacerlo no lo hace, o si no presta juramento, o no declara (art. 262); [El reconocimiento debe ser hecho por la parte contra la cual se pide, y si no se opone se entienda de plena prueba]; y
- 26). Deducir certeza de un documento privado cuando no se halla autenticado o no haya muerto quien lo suscribió.

El ejercicio de la acción presupone la existencia de un proceso en el que existe la libertad y el derecho a la prueba, lo que trae como consecuencia que las partes tienen que disponer de la etapa y oportunidad necesarias para poder ejercer esa garantía con el fin de cumplir con la demostración de los hechos en que fundan su interés jurídico-procesal, para obtener una sentencia favorable que le ponga fin al conflicto de intereses sustanciales. Dicho de otra manera, si las partes del acusatorio-civil no tienen garantizado el derecho a probar su derecho subjetivo ni pueden ejercer esa actividad con plena garantía procesal, valiéndose de todos los medios lícitos a su alcance, sin supeditarse a la voluntad omnímoda o arbitraria del juez, vanos serían la justicia, la acción y el proceso. Esa facultad de las partes con relación a su facultad-deber de probar *es una garantía de orden constitucional* que no puede ser negada (art. 164 C.G.P.), de suerte que no se trata de una mera posibilidad de obrar en tal sentido. La ley y el juez tienen el deber de garantizar a cada parte del proceso su derecho a la producción de la prueba y a controvertir la opuesta, porque de lo contrario se negaría el derecho de acción y de defensa y se violaría la garantía de la tutela efectiva de los derechos sustanciales en estrados judiciales.

Frente a la facultad-deber del juez a la prueba de oficio puede decirse que las partes, a su vez, gozan de ciertos *derechos* correlativos, entre los que destacamos las siguientes:

- 1). Solicitar, en las condiciones y tiempo debidos, el decreto y práctica de una prueba oficiosa;
- 2). Ejercer los medios procesales de control para demostrar la relevancia, utilidad y admisibilidad del medio demostrativo de que se trate, cuando el juez niegue el decreto de la prueba de oficio pedida por una de las partes;
- 3). Participar en el proceso de producción de la prueba para el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de ella;
- 4). Controvertir la prueba durante su práctica, y como parte de la contradicción de la prueba de oficio hacer uso de la aportación de documentos públicos o privados, solicitar la práctica de testimonios, o informes u otros medios de prueba para cuestionar su capacidad demostrativa;
- 5). Discutir el contenido y alcance del resultado de la prueba de oficio practicada;
- 6). Cuestionar la eficacia probatoria del medio en cuestión; y

- 7). En general todas aquellas medidas que garanticen el derecho de las partes a pedir la prueba de oficio, el debido proceso, la defensa, la igualdad procesal de ellas, el acceso a la administración de justicia y la supremacía del derecho sustancial.

Por su parte, la Corte Constitucional, sobre el mismo asunto, ha expresado que en el proceso acusatorio-civil se deben respetar, al menos, los siguientes derechos de las partes, a los cuales deben dirigirse la actividad y los poderes del juez: El derecho a aducir pruebas y de pedir las; controvertir las de la parte contraria y las oficiosas que decrete y practique el juez; la publicidad de la prueba (para evitar que éstas entren o se decreten o practiquen subrepticamente); la producción de la prueba con seguimiento del debido proceso y del principio de legalidad; el derecho a pedirle al juez que decrete cierta prueba de oficio; y el derecho a que sus pruebas sean tenidas en cuenta para su decisión [Ver, Sentencias T-954 de 7 de octubre de 2004, Exp. T-289.650, y Sentencia C-790 de 20 de septiembre de 2006, Exp. D-6219, ambas con ponencia del M. Álvaro Tafur Gálvis].

Del mismo modo como se discute el derecho adquirido en la esfera pública, de igual forma se controvierte si existe la posibilidad que un derecho (el oficioso del juez) sea absoluto. Respondemos que ese poder-deber, si bien es general, en cuanto que todos los jueces acusatorios lo tienen reconocido, de ello no se desprende que su contenido, forma de ser ejercido y oportunidades para hacerlo, pueda llevar a cabo por encima de toda consideración ética o jurídica, lo que implica que está sometido a límites y, por cierto, estrictos. *Si careciera de limitaciones, el protagonismo oficioso del juez a la prueba también podría ser usado para auxiliar a cualquiera de las partes para ayudarle a probar lo que le corresponda, o para terminar de probar lo que ella no alcanzó o para aliviar su carga demostrativa.*

A nuestro entender el juez acusatorio no puede aventurarse de forma absoluta a asumir el papel probatorio de las partes, o de una de ellas, sencillamente, porque quedaría proscrito el sistema acusatorio y se erigiría el inquisitivo. Si se mira bien, cuando se dice que el juez dirige la prueba de las partes, a lo que se está haciendo referencia es a que asume el deber de brindar todas las garantías a su alcance para que esas pruebas puedan ser efectivamente decretadas, obtenidas, practicadas, y preservadas con la cadena de custodia debida para su integridad en interés de la causa. Se trata, pues, de un poder que se emplea *excepcionalmente*, como si al fallar todavía albergara el juez/árbitro alguna duda acerca de la verdad de los hechos debatidos, en cuyo caso procede y se justifica que lo utilice para adquirir la verdad de éstos. Sin límites a la facultad-deber del juez a la prueba de oficio, esto es, si se percibe como absoluto, cabría preguntarnos cuándo entonces empieza el derecho de las partes a probar? Acaso cuando el juez deje de hacerlo? Ningún derecho sustancial o procesal puede extenderse más allá de su contenido y de lo que la hermenéutica y la razón natural indican, ya que de imponerse lo contrario quedaría desnaturalizado el proceso acusatorio y se daría un peligroso paso para el ejercicio del poder omnímodo de los jueces.