



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **JORGE IVAN PALACIO PALACIO.**

E. S. D.

1

Referencia: expediente número **D-10902.**

Demanda de inconstitucionalidad art. 167 parcial Ley 1564 de 2012.

Actor: **ALEJANDRO JOSE PEÑARREDONDO Y OTRA.**

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ**, actuando como ciudadano y **Profesor del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según Auto de 5 de agosto de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

DE LA NORMA ACUSADA

Se demanda el término “podrá” del artículo 167 de la ley 1564 de 2012:

“LEY 1564 DE 2012
"Por la cual se expide el Código General del Proceso".
El Congreso de la República
DECRETA

(...)

LIBRO SEGUNDO
SECCION TERCERA
TITULO UNICO
CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES

“Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez **podrá**, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” (Subrayado propio y fuera de texto).

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los ciudadanos acusan la norma de inconstitucional y se resume el concepto de violación, en los siguientes motivos:

“1. Cargo único...”

En efecto, para los demandantes la norma demandada viola los artículos 2, 29, 228 y 229 Constitucionales, toda vez que, la palabra “podrá” otorga al juez discrecionalidad para la distribución de la carga de la prueba entre las partes, cuando en realidad, de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución, tal proceder es obligación.

Que luego de exponer una definición del contenido normativo relevante de los textos constitucionales y la definición del contenido normativo del texto acusado, es claro que el juez en desarrollo de la tutela judicial efectiva debe promover e impulsar las condiciones para que el acceso a la administración de justicia se real y efectivo, que así mismo debe asegurarse la igualdad de las partes, pues ésta tutela conlleva el debido proceso donde es claro que las partes tienen derecho a la prueba.

Adicionalmente que, dentro del derecho a la prueba, se ha desarrollado la posibilidad y la carga procesal de la prueba, según la cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que invocan. Sin embargo, que para desarrollar esa igualdad procesal se ha dotado al juez de la posibilidad de que pueda variar los efectos generales de quien debe demostrar determinados hechos en el proceso y, por tanto, le puede corresponder ahora a quien se encuentre en una situación más favorable para aportar evidencias que definirán el litigio.

Con base en lo anterior afirman, que el término “podrá” genera una facultad y no un deber para el juez dependiendo entonces en cada caso en concreto y de cada juez si éste distribuye o no la carga de la prueba, es decir que no puede dejarse a discrecionalidad del juez la toma de una decisión, cuando en virtud de los mandatos constitucionales tal decisión es obligatoria, pues deben promover las condiciones para que el acceso a la administración de justicia sea real y efectivo, pero ante todo en pie de igualdad de las partes; que lo contrario sería afirmar que un fallo es justo cuando se obliga a probar a un sujeto que no tiene posibilidad de hacerlo encontrándose en situaciones que no le permiten contacto con la evidencia probatoria.

INTERVECIÓN CIUDADANA

Plasmamos nuestra intervención para solicitar la declaración de EXEQUIBILIDAD de la norma acusada, por las siguientes consideraciones:

1. **La norma demandada no viola el acceso a la administración de justicia ni la igualdad de las partes, pues se complementa con el decreto oficioso de la prueba el cual es un deber funcional que como regla general debe ser aplicado a todo proceso no penal al margen de la existencia o no de una carga dinámica de la prueba.**

3

Efectivamente, consideramos que, en nuestra actualidad constitucional, jurisprudencial¹ y legislativa, es claro que, en el proceso no penal, coexisten y se complementan los conceptos de carga de la prueba, carga dinámica de la prueba y poderes y deberes del juez, entre ellos ya claramente establecido el de decreto oficioso de la prueba. Por tanto, el hecho de que el aparte demandado implique facultad, el mismo artículo 37 y 179 del actual código de procedimiento civil y el artículo 42 y 169 del código general del proceso, además de múltiples precedentes de los órganos de cierre hoy fuentes directas de derecho², acaban la discusión.

Esto por cuanto de antaño se tiene claro que el juez debe revisar y analizar el decreto oficioso de la prueba a efectos de buscar la verdad objetiva y procesal de los hechos y luego sí evaluar si se sanciona o no la conducta procesal omisiva del litigante que no prestó colaboración al momento de administrar justicia, aun a pesar de haberse agotado esa previa e inquisitiva iniciativa judicial.

Sí, es claro que el juez debe decidir hasta antes del fallo por la primacía de la verdad, la igualdad, y del derecho sustancial, para ello es claro tiene un **deber funcional y legal**³, y luego del obligatorio decreto oficioso (entendido este como lo necesario para llegar a su convicción o por facilidad técnica o material de la prueba⁴) y su práctica, si podrá entrar a decidir y dentro de esta última actividad castigar al litigante que no cumplió pudiendo hacerlo, con la carga de acreditación.

Basta con ilustrar la norma indicada, en la cual se observa que precisamente la nueva codificación adapta los precedentes jurisprudenciales ya señalados, y de manera expresa y literal no da libertad alguna al respecto:

¹ En el sentido que *“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.”*SC-539 de 2011.

² Sentencia sala de casación civil, de 22 de enero de 1974, T. CXVLVIII.
Sentencia sala de casación civil, de 14 de julio de 1975, Mag. GERMAN GIRALDO ZULUAGA.
Sentencia sala de casación civil, de 24 de febrero de 1977, Mag. GERMAN GIRALDO ZULUAGA.
Sentencia sala de casación civil, de 27 de abril de 1981, Mag. JOSE MARIA ESGUERRA.
Sentencia sala de casación civil, de 9 de mayo de 1983, Mag. JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER.
Sentencia sala civil corte suprema de justicia de 26 de octubre de 1988 mg ponente Alberto Ospina botero.
Sentencia sala de casación civil, de 4 de marzo de 1988, Mag. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.
Sentencia sala de casación civil, de 12 de septiembre de 1994, Mag. PEDRO LAFONT PIEANETTA.
Sentencia sala de casación civil, de 7 de marzo de 1994, Mag. HECTOR MARIN NARANJO.
Sentencia sala de casación civil, de 7 de marzo de 1997, Mag. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ.
Sentencia sala de casación civil, de 11 de noviembre de 1999, Mag. JORGE SANTOS BALLESTEROS.
Sentencia sala de casación civil, de 10 de diciembre de 1999, Mag. CARLOS IGNACIO JARAMILLO.
Sentencia sala de casación civil, de 21 de enero de 2000, Mag. NICOLAS BECHARA SIMANCAS.

³ Artículo 37 código de procedimiento civil y 42 del código general del proceso.

⁴ Carga dinámica de la prueba.

<p>“Artículo 37. Deberes del Juez. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 13 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> <u>Son deberes del juez:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga. 3. 4. <u>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.</u> <p>(...)</p> <p>PARAGRAFO. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.”</p>	<p>“Artículo 42. Deberes del Juez. Son <u>deberes</u> del juez:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. 3. ... 4. <u>Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.</u> <p>(....)</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Subrayado propio y fuera de texto.

<p>Artículo 179. Prueba de Oficio y a Petición de Parte.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 169. Prueba de Oficio y a Petición de Parte.</p> <p><u>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.</u> 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.</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>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Subrayado propio y fuera de texto.

Para confirmación de nuestro argumento revisemos uno de los mencionados precedentes:

“La labor del juez no puede contraerse, como en veces desventuradamente acontece, a una actitud pasiva o de mero espectador, así su actuación, prima face este formalmente en consonancia con lo dispuesto en una determinada norma. No, de conformidad con las disposiciones legales (arts. 2,37,38 y 179 del CPC, entre varias), aunadas al mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP), las autoridades judiciales deben en cada caso y de acuerdo a las circunstancias pertinentes, hacer uso de las facultades consagradas por el código de procedimiento civil -y demás disposiciones concordantes y aplicables- para lograr, no solo el impulso del proceso sino la comprobación de los supuestos facticos dentro del mismo, para lo cual gozan, entre otras alternativas, de la posibilidad de decretar pruebas de oficio”⁵

⁵ Sentencia de 10 de diciembre de 1999, magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Así las cosas, el artículo 29 y 228 constitucional y el artículo 2,4,37 y 179 del código de procedimiento civil, indican que el juez **debe** utilizar sus poderes oficiosos de impulso y probatorio a efectos de salvaguardar el derecho sustancial. Adicionalmente, como bien se denota el código general del proceso retoma tal interpretación y en los artículos 42 y 169 que regulan los deberes del juez y la prueba de oficio, es claro que ya no tiene ningún margen de discrecionalidad la prueba oficiosa y de su redacción literal y teleológica no hay duda de tal circunstancia: *“Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”*⁶

Por tanto, al margen de que en algunos casos por vía jurisprudencial y ahora legal se introduzca adicionalmente la carga dinámica de la prueba⁷, no quiere esto decir que el deber funcional desaparece. NO, se insiste, es un deber funcional ahora legal y claramente determinado sin discrecionalidad alguna y por ello en todos los casos, es decir en aquellos en donde no se pueda y en los que se pueda dinamizar la carga de la prueba existirá siempre el deber de prevalecer la igualdad de las partes, el acceso a la administración de justicia, la búsqueda de la verdad y el convencimiento del juez y esto solo se da con el forzoso decreto oficioso de la prueba.

Ahora bien, es claro que la conducta descrita en el numeral 4 del artículo 42 del CGP es un deber y como tal no es facultad y es por ello sancionable entre otras formas a través de investigaciones disciplinarias y por tanto aplica en toda actuación judicial aun en aquellas en las que el decreto probatorio se dé porque se busca llegar a una verdadera convicción y/o en aquellas en las que el decreto oficioso deba darse porque se observa clara desigualdad o dificultad en el recaudo y aporte de la prueba.

Aunque no es un tema pacífico ni fácil doctrinariamente hablando, es claro que en la actualidad nos encontramos en el marco de un proceso con la mirada individualista, liberal o dispositiva de las partes, hasta el punto de haberse diseñado desde finales del siglo XIX, un sistema procesal con esa denominación, dispositivo, caracterizándose porque las partes en defensa de su derecho deben desplegar toda la actividad probatoria para demostrar el supuesto fáctico de la norma de la que pretenden se declare el efecto jurídico y por ello existe una especie de autorresponsabilidad.

Por ello, se diseñan las denominadas cargas procesales, según las cuales estas atañen o son exclusivas de las denominadas partes, son conductas que las partes deben satisfacer en pro de sus propios intereses y en las cuales, en caso de ser omitidas, voluntaria y anticipadamente asumen el efecto jurídico adverso que estas generen y que por último no implican una sanción disciplinaria o coercitiva por ningún sujeto procesal.

La principal carga procesal en la actuación judicial es por antonomasia la de la prueba, entendida esta como la *“facultad discrecional o acto voluntario de proponer y pedir*

⁶ Artículo 42 CGP

⁷ La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas.” Subrayado propio. Peyrano Jorge W, fuerza expansiva de la doctrina de las cargas dinámicas probatorias, en LL 1996-B1027, pag, 1027.

pruebas y de intervenir en su práctica, para acreditar ante un funcionario judicial el supuesto de hecho en que se ampara la norma jurídica aplicable a la investigación o al proceso, quedando ella satisfecha en la medida en que el juez, como destinatario procesal de la prueba, se convenza en el sentido de interés para la persona que pretende una decisión favorable ⁸

Por evolución social y de justicia material⁹, el proceso se ha transformado y combinando o complementando este carácter dispositivo, con características del anterior sistema inquisitivo en donde predominaban las facultades oficiosas del juez entre ellas las de decreto oficioso de la prueba, el traslado de la carga de la prueba, mayores poderes y facultades al juez, congruencia no restringida y carga dinámica de la prueba.

Esto por cuanto empezaron a observarse casos en los cuales las normas sustanciales exigían elementos de responsabilidad especialmente¹⁰, en los cuales el demandante en verdad por aspectos técnicos, prácticos o de facilidad no tenía los medios que permitieran demostrar efectivamente lo exigido y por ende se estaba fallando de una manera formal más no con un sentido de justicia material.

Por ello, se habló entonces de un juez activista y director del proceso, unas partes y sujetos procesales que más que actuar de manera cautelosa y escondida esperando triunfar ante la imposibilidad probatoria de su contraparte, deban colaborar y ser leales ante la administración de justicia y adicionalmente generar condiciones de igualdad y prevalencia del derecho sustancial.

Así, dentro de nuestro ordenamiento por jurisprudencia desde el año 1990¹¹ se introduce por vía de precedente tal concepción y el poder del juez quien en cada caso debe valorar esa dificultad, imposibilidad o facilidad probatoria de las partes y poder exigir de ellas material o evidencia demostrativa a efectos de desarrollar el valor de justicia en debida forma y en cada actuación. Y luego si es del caso, de no acatarse tales órdenes probatorias a quien en principio no estaba en obligación de probar, valorar su conducta procesal omisiva en su contra o si son cumplidas tales órdenes, valorar ahora un mayor acervo probatorio y fallar de manera más objetiva y justa.

Ahora bien, es claro que la redacción de la norma demandada y que ahora introduce legalmente lo abordado jurisprudencialmente por más de veinte años, se caiga en la sensación de que el juez tiene amplio margen discrecional para aplicar el dinamismo probatorio, pero con lo ilustrado consideramos, que no se trata de dudar si se dinamizara la carga de la prueba o mejor aún, si se aplicara el poder oficioso

⁸ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de pruebas judiciales. Ediciones Doctrina y Ley.

⁹ Concepción publicista del proceso.

¹⁰ En temas de responsabilidad médica para demostrar el nexo causal entre el actuar médico y el daño, y otros temas como: competencia desleal, simulación desplazamiento forzado.

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 08 de Mayo de 1997.

Consejo de Estado, sentencia de fecha 24 de Octubre de 1990.

Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de Julio de 1992.

Consejo de Estado, sentencia del 24 de Agosto de 1992.

Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2000.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en fallo del 30 de Enero de 2001 del Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez

Consejo de Estado sentencia del 22 de marzo de 2001

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 13 de Septiembre de 2002, Expediente 6199.

Consejo de Estado sentencia del 31 de Agosto de 2006.

Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia sentencia de fecha 22 de Julio de 2010 correspondiente al expediente 2000-00042-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 17 de Noviembre de 2011, Magistrado ponente William Namen Vargas:

probatorio del juez, pues ya es un deber.¹² La discrecionalidad, y por ello tal vez la redacción debió ser mejor, referida a la forma como el juez actuará sobre el tema probatorio según la naturaleza y especiales circunstancias técnicas de cada caso, es decir como distribuirá o que ordenes probatorias debe dar en cada caso en particular y este último aspecto sí le será siempre imposible al legislador preverlo específicamente, y por ello tal vez su redacción, sin embargo si se lee sistemáticamente la norma los casos son amplios e incluso rayan con lo absoluto:

“Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. **La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.** (subrayado propio fuera de texto).*

De otro lado, no se debe olvidar que el mandato –deber- del artículo 37 del CPC es regla de conducta general, mientras que la previsión de la carga dinámica de la prueba del artículo 167 del CGP, es excepcional, es decir, no se trata de un desplazamiento total de la carga de la prueba, sino que más importante se debe aplicar vía excepción, bajo las especiales circunstancias arriba indicadas, es decir, únicamente en aquellos casos en los que se utiliza para evitar prueba diabólica a la parte que se encuentra en menos facilidad probatoria, por tanto, si el deber genérico aplica para casos en donde no se exige prueba diabólica a una parte, con mayor razón aplicaría el deber de prueba oficiosa donde la naturaleza del caso dará a concluir al juez que debe dinamizarla con decreto oficioso, so pena de asumir las consecuencias jurídicas penales y disciplinarias de no cumplir su deber funcional.

De otro lado no puede desconocerse también que el artículo demandado prevé la posibilidad de que las partes sean las que soliciten la dinamización de la carga de la prueba, evento en el cual si se niega tiene la posibilidad de recurrirse y si se decreta pues habrá cumplido el deber que le impone el artículo 37 del CPC y 42 del CGP y por tanto habrá siempre la necesidad en todo caso de su análisis.

A esta conclusión nos arroja los siguientes conceptos que refuerzan nuestro argumento:

“.. no es facultativo del juzgado decretar prueba de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgado utilizar los poderes

¹² GIACOMETTE Ferrer Ana, teoría general de la prueba, editorial Diké, año 2013, pág. 285, “La carga dinámica puede ofrecer una solución satisfactoria, lo cual no implica que el juez deba invertir la carga de prueba única y exclusivamente, por cuanto también está en el deber de decretar pruebas de oficio, cuando el juez tenga alguna duda.

oficiosos que le concede la ley en materia de prueba, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del código de procedimiento civil”¹³ subrayados propios.

“.. en un trascendental viraje en materia de derecho probatorio el actual estatuto procedimental se despojó del principio dispositivo y acogió el inquisitivo, cuando en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material en frente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar prueba de oficio, sino que, en toda ocasión en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas...”¹⁴ **subrayado fuera de texto.**

Bajo estas premisas y lo ordenado por la ley y los fallos advertidos con o sin reglamentación legal de la carga dinámica de la prueba, como ocurría antes de 2012, es claro que desde el año 1970 con la expedición de un código procedimental con corte mixto, el juez en todos los casos verifica la necesidad de su intervención probatoria oficiosa, y determinara siempre, si entre ellas está la de generar ordenes de prueba a quien le quede más fácil demostrar según las especiales circunstancias del caso, por tanto el hecho de que la norma hable de podrá, la figura genérica del decreto oficioso como deber prevalecerá por ser de mayo entidad, y se podrá enjuiciar al juez que siendo objetiva la desigualdad no proceda de conformidad, y por tanto el acceso a la administración de justicia, la igualdad de las partes y el debido proceso no se desdeñan con tal término “podrá”, pues se insiste, otra norma del mismo código de carácter general obliga e impone el decreto oficioso y ese poder implícitamente también conlleva la distribución de la carga como conducta obligatoria y no se da por tanto de manera material y practica la violación a la constitución aquí endilgada.

Se verifica nuestra opinión también por algunos autores “los detractores de la tesis “carga dinámica de la prueba” afirman que su aplicación, aun por vía jurisprudencial, atenta contra la iniciativa probatoria del juez, punto que no se comparte, pues olvidan los críticos que el decreto oficioso debe asumirse como un deber, más que como una facultad. (...)”

“obsérvese como se concilian la carga dinámica de la prueba, el decreto oficioso de la prueba y la noción tradicional de carga (art.177 CPC); estos tres institutos se complementan, no se excluyen; son herramientas que bien empleadas por el juez lo llevan con más seguridad y confianza a la convicción de los hechos que le interesen al proceso.”¹⁵

Sin mayores dilaciones por tanto elevamos la siguiente:

PETICIÓN

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional se sirva declarar la EXEQUIBILIDAD del término “podrá” del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1564 de 2012.

¹³ Sentencia sala civil corte suprema de justicia de 26 de octubre de 1988 mg ponente Alberto Ospina Botero.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ GIACOMETTE Ferrer Ana, teoría general de la prueba, editorial Diké, año 2013, pág. 285.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores magistrados atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com

NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ
C.C. No. 79.876.545 de Bogotá.
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente de jornada completa del Área de Derecho Procesal
Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá.
Calle 8 5-80, Cel. 300 551 75 76. Correo: nelsonenriquedp@yahoo.com.

Referencia: expediente número **D-10902.**
Demanda de inconstitucionalidad art. 167 parcial Ley 1564 de 2012.