



Derecho

PROBATORIO

Consuelo Giraldo Montoya

Carmenza Escudero Martínez

Gretha Camacho Torres

Martha Duarte Hernández

Gloria González Arango



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia



La colección Escuela de Maestros se creó con el fin de dar a conocer la producción académica de los profesores adscritos al proyecto que lleva este mismo nombre, iniciado en el año 2012 por el profesor Juan Sebastián A. Perilla G., Director de Docencia de la Facultad de Derecho. El objetivo central de la Escuela es innovar en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho, razón por la cual uno de sus principales resultados es la producción escrita permanente de los profesores en temas jurídicos y pedagógicos, que se materializa en obras de relevancia como la presente. Así, la colección Escuela de Maestros promueve la valiosa labor de los docentes y sus propuestas pedagógicas en las que el estudiante es el protagonista del proceso educativo.

OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- Sociedades mercantiles
- Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares

CONSUELO GIRALDO MONTOYA. Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, docente universitaria vinculada a su facultad de Derecho durante los últimos quince años y en el último, en la Universidad Militar Nueva Granada, en el área de Derecho procesal y Consultorio Jurídico. Especializada en Derecho Probatorio, Familia, Comercial y Financiero. Conciliadora de la escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y ejercicio profesional como litigante y asesora de empresas durante los últimos veinte años.

CARMENZA ESCUDERO MARTÍNEZ. Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia Especialista en Derecho Procesal Civil del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Master Multidisciplinar en Violencia doméstica del Instituto Europeo Campus Stellae. Docente por más de 17 años en la Universidad Católica de Colombia. Vinculada como docente por espacio de 10 años en la Escuela Nacional de Policía General Santander. Conferencista invitada al Diplomado de Conciliación en la Universidad Católica de Colombia.

GRETHA CAMELA CAMACHO TORRES. Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia; Conciliadora y litigante independiente, asesora y consultora de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios con 25 años de experiencia, docente de la Universidad Católica de Colombia desde el 2005 en el área de Derecho Privado, magister en Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Colombia en convenio con la Universidad Salerno de Italia, especialista en Derecho Público, Derecho Probatorio, Servicios Públicos y Derecho Comercial.

MARTHA EUGENIA DUARTE HERNÁNDEZ. Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, docente universitaria vinculada durante los últimos doce años a la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, abogada litigante, con treinta años de experiencia. Entre otros estudios realizados, especialización en Derecho de Sociedades en la Pontificia Universidad Javeriana, Derecho Procesal en la Universidad del Rosario, Derecho Público Comparado, en el Instituto de Estudios Europeos de Turín (Italia).

GLORIA EMILIA GONZÁLEZ ARANGO. Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, docente universitaria, vinculada a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia desde el año 2006, primero como Abogada Asesora en el Consultorio Jurídico en el área laboral y posteriormente como Docente en Derecho Probatorio y Argumentación Jurídica donde labora actualmente. También labora como abogada asesora en el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.



Derecho

PROBATORIO

Consuelo Giraldo Montoya

Carmenza Escudero Martínez

Gretha Camacho Torres

Martha Duarte Hernández

Gloria González Arango



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Derecho probatorio / Consuelo Giraldo Montoya ... [et al].—1ª ed. – Bogotá:
Universidad Católica de Colombia, 2015.
p.; 17 x24 cm.; (Colección Escuela de maestros)

ISBN: 978-958-8465-59-3 (Impreso)

ISBN: 978-958-5133-19-8 (Digital)

I. Derecho probatorio II. Derecho procesal III. Procedimiento civil IV. Prueba pericial
I. Título II. Colección Escuela de maestros III. Giraldo Montoya, Consuelo IV. Escudero
Martínez, Carmenza V. Camacho Torres, Gretha VI. Duarte Hernández, Martha VII. González
Arango, Gloria

Dewey 345.3 cd21

© Universidad Católica de Colombia

© Consuelo Giraldo Montoya
Carmenza Escudero Martínez
Gretha Camacho Torres
Martha Duarte Hernández
Gloria González Arango

Primera edición, Bogotá, D. C.
Junio del 2015

Dirección editorial

Stella Valbuena García

Coordinación editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

María del Pilar Hernández Moreno

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Impresión

Digiprint editores e.u.
Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N.º 47 - 49
Bogotá, D. C.
derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Av. Caracas N.º 46 - 72, piso 5
editorial@ucatolica.edu.co
www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación
no puede ser reproducida ni total ni parcialmente
o transmitida por un sistema de recuperación de
información, en ninguna forma ni por ningún
medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal
© Derechos reservados

Contenido

Prólogo

7

Presentación

9

CAPÍTULO 1

Derecho probatorio

15

CAPÍTULO 2

El significado de la verdad material para el proceso en general

29

CAPÍTULO 3

Principios generales de la prueba

33

CAPÍTULO 4

Noción y objeto de la prueba

47

CAPÍTULO 5

Requisitos de la actividad probatoria

51

CAPÍTULO 6

Fases o etapas de la actividad probatoria

61

CAPÍTULO 7

La carga de la prueba

65

CAPÍTULO 8

Pruebas extraprocesales

69

CAPÍTULO 9

Clasificación de los medios de prueba

75

Bibliografía

121

*Con cariño y admiración a la comunidad académica de la
Universidad Católica de Colombia, que nos ha apoyado en todas
nuestras actividades y propósitos en el ejercicio de la docencia.*

PRÓLOGO

Cualquier decisión en el mundo del derecho debe estar estructurada sobre el análisis y valoración de las pruebas, razón que hace trascendente el tema que desarrollaron las autoras.

Ningún proceso carece de etapa probatoria; aun aquellos no controversiales, denominados de jurisdicción voluntaria, exigen aportar prueba de las razones que soportan lo pretendido. No sin razón se afirma acertadamente “dame la prueba y te daré el derecho”.

Obliga a loar un trabajo como el que a continuación se presenta, pues él logra de manera clara, organizada y completa, hilar lo necesario para lograr el tejido del conocimiento sobre la prueba judicial. Quienes se involucraron en la tarea de escribir este libro sobre derecho probatorio, no solamente muestran solvencia sobre el saber del tema, sino gran capacidad de concreción para recoger, de manera sencilla, los aspectos relevantes sobre este.

El camino recorrido en este escrito, permite al lector comprender la gran responsabilidad del profesional del derecho, independientemente de que su actividad consista en representar interés de parte en el proceso –acción o excepción–, o decidir sobre el otorgar o no un derecho. El primero debe presentar o pedir oportunamente al juez las pruebas del supuesto de hecho o hipótesis de las normas que traen como consecuencia el derecho que reclama. Deberá tener cabal conocimiento de los principios generales de la prueba, como de los supuestos que abarca el *thema probandi* del proceso en particular, pues solo ello le permitirá aportar o pedir las idóneas para alcanzar la certeza de la ocurrencia de tales supuestos de hecho y en su participación en la práctica, hacerlo en esa misma dirección.

Pero así como las pruebas no pueden ser aportadas o solicitadas en cualquier tiempo y de cualquier manera, tampoco podrá el juez aceptar aquellas que vulneren los derechos y libertades fundamentales de las personas; como tampoco puede omitir hacer análisis sobre cada una de ellas para señalar el valor que le da a todo el material probatorio tanto individualmente como en su conjunto, so pena de afectar el debido proceso, porque su determinación carezca de apoyo probatorio o de fundamentos fácticos y jurídicos.

Como toda decisión del juez debe estar soportada o motivada en una valoración razonable de la prueba que haga ver que efectivamente los hechos sí ocurrieron,

puede afirmarse que su destino es convencerlo de la certeza de los mismos, recurriendo –por supuesto– a los medios probatorios legales y veraces.

El texto se ocupa del análisis completo de los sistemas procesales, de la carga de la prueba, de cada uno de los medios probatorios admisibles en nuestro sistema jurídico, destacando en cada uno de ellos sus requisitos, pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, elementos esenciales para su eficacia y validez, que permitan su valoración conforme a las reglas de la sana crítica y constituyan una importante herramienta para el estudioso del derecho.

Se trata de un compendio integral y actualizado del tema probatorio a la luz del Código General del Proceso y demás disposiciones procesales complementarias y vigentes. Todo sin dejar de lado el compromiso social tanto de las partes, como de terceros y demás sujetos intervinientes en la relación procesal, en procura de la justicia que convoca a toda la comunidad.

Finalmente, es inevitable hacer un reconocimiento a las autoras del libro, docentes de amplia trayectoria en el ámbito académico universitario y esmerada entrega a sus estudiantes, quienes serán los más beneficiados con el trabajo elaborado por ellas.

EDDY AMPARO VALBUENA
JUEZ DE LA REPÚBLICA
DOCENTE UNIVERSITARIA

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho se complace en presentar ante la comunidad académica el libro *Derecho Probatorio*, pues es el resultado del trabajo comprometido y destacado de las autoras en la Escuela de Maestros. La Escuela es un espacio académico cuyo principal objetivo es capacitar a los docentes en temas de investigación curricular y pedagógica, para generar innovaciones permanentes en los procesos de enseñanza y aprendizaje. Algunos de los resultados de la Escuela son: disminución de los índices de deserción, un claro mejoramiento en las metodologías aplicadas en el aula y producción de obras de relevancia académica como la presente obra.

Sea esta la oportunidad para hacer un recuento del proceso de fortalecimiento curricular vivido en la Facultad de Derecho, que permitió el nacimiento de la Escuela de Maestros y la consolidación de esta y otras obras académicas. Desde el 2002, la Facultad comenzó un proceso tendiente a determinar cuál es el sello formativo de los abogados de la Universidad Católica de Colombia. En este participaron docentes y directivos de la Facultad, que generaron materiales académicos que fueron publicados en la Revista *Philosophica Juris*. Aunque se trataba de un avance considerable en torno a la labor de formación de futuros abogados, seguía siendo un trabajo desarticulado, que no impactaba de manera directa en los procesos educativos de las aulas de clases.

Fue hasta el 2006 cuando se planteó la necesidad de formular una serie de competencias propias del abogado de la Universidad Católica, que fueron traducidas en el perfil del estudiante y del egresado. Se trató de un trabajo realizado por algunas directivas de la época y dio como resultado un documento de trabajo denominado “Proyecto Educativo de Derecho” (P. E. D.). Se comenzaron a establecer lineamientos curriculares para la enseñanza y el aprendizaje del derecho en la Facultad, pero los documentos del P. E. D. nunca fueron publicados y aún hoy reposan en el archivo principal de la Dirección de Docencia.

En el 2008, se comisionó a un pequeño grupo de directivas de la institución para que formulara un documento oficial que debería ser apropiado por la comunidad. Así, en el 2009 se publicó la primera versión del “Proyecto Educativo del Programa” (P. E. P.), que se convirtió en un documento que pretendía sentar las bases de formación de los estudiantes y la labor que debían desarrollar los

profesores. El documento planteó el perfil y una serie de competencias exigibles para el estudiante y la forma de interrelación entre las funciones sustantivas de docencia, investigación y extensión.

Sin embargo, los procesos de autoevaluación posteriores evidenciaron que en la comunidad académica no existía una real apropiación del P. E. P. La razón principal pudo derivarse del tipo de diseño curricular implementado en esa época, que desconocía en una medida considerable las situaciones propias del contexto de la Universidad. Debido a esto, la institución decidió fortalecer a partir del 2011 los procesos pedagógicos y curriculares con la creación de la Dirección de Docencia.

La Dirección de Docencia comenzó entonces el proceso de fortalecimiento del Proyecto Educativo del Programa (P. E. P.) desde el contexto particular en el que se encontraba inmerso. En ningún momento se desconocieron las labores ya existentes, sino que fueron la inspiración fundamental para el trabajo que empezaría a partir de ahí. El objetivo para fortalecer el P. E. P. era que este adquiriera una naturaleza dúctil desde y para el contexto en el que debía ser implementado. Siendo así, debía ser un proceso participativo en el cual la teoría formulada inicialmente se relacionara de forma dinámica con la práctica existente.

Para lograr coherencia curricular se estableció una estrategia de levantamiento de información desde los intervinientes principales de la Facultad: estudiantes, docentes, administrativos y autores de la primera versión del P. E. P. De esta forma, se crearon grupos focales con todos ellos para determinar el sentido que se les da a los diferentes aspectos pedagógicos y curriculares propios de la Facultad. A partir de esta información, una comisión redactora liderada por la Dirección de Docencia armonizó las percepciones identificadas y se estableció la segunda versión del P. E. P.

Esta segunda versión responde a un ejercicio de eclecticismo reflexivo que toma elementos de los enfoques educativos constructivistas, experienciales y de estructura de las disciplinas. De esta manera, el enfoque educativo actual de la Facultad –proveniente desde el contexto– establece que el estudiante es el protagonista del proceso educativo, los docentes una guía en el proceso de formación y la sociedad la beneficiaria última del conocimiento. Este enfoque fundamentó la formulación de objetivos basados en competencias, que trascienden la idea de la transmisión de contenidos. Se rompen esquemas tradicionales de educación jurídica y se abre la posibilidad de que el estudiante, como consecuencia de su participación activa, pueda:

1. Construir y apropiarse conocimientos jurídicos dinámicos, que reconozcan saberes propios de la disciplina y de aquellas que favorezcan aproximaciones interdisciplinarias.
2. Desplegar de manera autónoma y permanente mecanismos propios de actualización del conocimiento jurídico, de acuerdo con los cambios y necesidades particulares del contexto en el que se encuentre inmerso.
3. Asumir comportamientos y actitudes éticas tendientes a ordenar el derecho a la justicia.
4. Desarrollar y consolidar competencias de investigación, interpretación, pensamiento crítico, resolución de conflictos y argumentación.

Se evidencia de esta manera, un enfoque educativo alejado de los parámetros tradicionales de educación, que exigen innovar en la enseñanza y el aprendizaje del derecho. Ahora bien, aunque la información haya sido construida por los intervinientes del proceso académico de la Facultad, la realidad empezó a evidenciar que los docentes carecían de las capacidades suficientes para materializar todos los objetivos en la práctica. Por esta razón, la Dirección de Docencia comenzó un proceso de capacitación en currículo y pedagogía intensivo, que se denominó, a partir del 2012, Escuela de Maestros.

La Escuela de Maestros empieza con los Espacios de Formación Docente, en los cuales los profesores de la Facultad presentaban las innovaciones que aplicaban en clase, junto con sus ventajas y desventajas. Se trataba de un aprendizaje entre pares (*peer learning*), que permitió que los profesores en conjunto empezaran a innovar de forma permanente. Aunque en principio solamente había una o dos experiencias innovadoras, prontamente fue multiplicado el número y la mayoría de profesores intentaba aplicar innovaciones pedagógicas en el aula de clases.

Con el ánimo de dar un mayor apoyo al proceso de innovación, la Dirección de Docencia empezó a ofrecer cursos con expertos en investigación, currículo y pedagogía para que los profesores pudiesen estudiar a profundidad los procesos pedagógicos que aplicaban en el aula y hacer un ejercicio de diseño curricular reflexivo. Inicialmente, los cursos se ofrecían en los periodos intersemestrales y actualmente se ofrecen todos los semestres con una intensidad horaria semanal definida. Al finalizar los cursos y completar 120 horas, la Facultad les otorga a los docentes Diplomas de Estudios Superiores relacionados con Innovación en Investigación y Pedagogía en la educación jurídica.

Con el tiempo, la Escuela de Maestros se enfocó en la producción académica de los docentes por medio de libros y artículos de investigación. Para tal fin se ofrecieron cursos sobre investigación jurídica y sociojurídica, asignación de tutores que acompañaran el proceso de escritura y reconocimiento en horas complementarias de la carga de cada uno de los docentes. Uno de los resultados tangibles y dignos de reconocimiento del proceso de la Escuela de Maestros es el actual libro *Derecho Probatorio*.

Las autoras del libro han estado en la Escuela de Maestros desde el comienzo del proyecto, han creído en él y se han comprometido de manera sincera con la innovación en la enseñanza y el aprendizaje. Han participado de manera constante e ininterrumpida en los programas de capacitación y han demostrado el amor con el que desarrollan su labor docente y su interés por formar abogados con altas calidades académicas y humanas. De cada una de ellas es posible resaltar sus amplias cualidades y capacidades, en particular las siguientes:

- La Dra. Gretha Camacho ha sido un ejemplo tangible de la Escuela de Maestros, pues representa un tránsito plausible entre los enfoques tradicionales de la educación hacia la implementación de estrategias cada vez más novedosas en la enseñanza de sus cursos. Desde una perspectiva crítica y analítica ha construido nuevas formas de educación jurídica, promoviendo el proceso dentro y fuera del aula de clases. La Dra. Camacho es digna de reconocimiento, porque afronta los retos que la vida le presenta con valentía y dedicación.
- La Dra. Martha Eugenia Duarte enseña desde la práctica, pues su perfil de litigante permite que los estudiantes tengan una relación directa con las necesidades reales de la profesión. Sus estudiantes reconocen en ella gran experiencia profesional y un método pedagógico que permite alcanzar aprendizajes significativos. Su objetivo principal como docente es lograr que el aula de clase permita fortalecer e incluso mejorar la vida de aquellos que aprenden junto a ella.
- La Dra. Carmenza Escudero materializa los principios de exigencia y disciplina en los procesos formativos. Sus estudiantes reconocen que las asignaturas que toman con ella son de las más difíciles de toda la carrera, pero los aprendizajes que alcanzan trascienden el aula de clases y tienen plena utilidad práctica en el desempeño profesional. La Dra. Escudero ha hecho historia en

la Facultad, pues es un ejemplo de dedicación y esfuerzo por asegurar altos estándares de calidad permanentemente.

- La Dra. Consuelo Giraldo es reconocida por sus estudiantes como una de las profesoras con mejores estrategias pedagógicas para aprender pruebas desde y para la práctica. La dedicación a la planeación de sus clases, su asistencia puntual y la entrega por los estudiantes es notable. Sin duda alguna, el hecho de ser egresada de la Facultad de Derecho hace que sienta un compromiso especial por los procesos que se desarrollan en la Universidad, lo que se evidencia en la pasión con la que enseña y el amor que tiene por la institución.
- La Dra. Gloria Emilia González comenzó su labor principal como asesora del Consultorio Jurídico, acompañando a los estudiantes en su primer acercamiento a las prácticas profesionales. Con el ánimo de generar relaciones dinámicas entre el aula y la práctica, la docente se vinculó a la asignatura de pruebas con la firme intención de enseñar desde y para la práctica profesional. Los estudiantes reconocen a la Dra. González como una pedagoga que fundamenta su labor en la paciencia y capacidad para generar espacios de construcción de conocimiento jurídico, trascendiendo la mera repetición de contenidos estáticos.

Es entonces motivo de orgullo que estas profesoras hayan asumido el reto de pensar el derecho de una forma diferente, para alcanzar aprendizajes significativos en los estudiantes desde y para la práctica profesional. La presente obra será una herramienta fundamental para apoyar las innovaciones que las docentes proponen en sus clases y sin duda redundará en el fortalecimiento de los estándares de alta calidad en la formación de los estudiantes. La Facultad agradece a las profesoras por su dedicación y resalta el profundo compromiso que tienen con sus estudiantes, pues no es otra cosa que una muestra tangible del amor y la pasión por la labor docente que han decidido desarrollar.

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
DIRECTOR DE DOCENCIA
FUNDADOR ESCUELA DE MAESTROS
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

1

Derecho probatorio

Definiciones

1. Ciencia que estudia las distintas normas reguladoras de las pruebas procesales en su producción, fijación, características, procedimiento y evaluación.
2. Es una disciplina que estudia y regula las pruebas en todo proceso.
3. Conjunto de normas que regulan la prueba en general.
4. El derecho probatorio mezcla el derecho sustancial y el procesal.
5. Se compone de una serie de normas que la ley estructura en forma clara y precisa para verificar los hechos que interesan.
6. Comprende las normas que la ley preceptúa en forma concreta y específica, para verificar los hechos. Como consecuencia de esto, los motivos o razones los tomará el juez de acuerdo con los diferentes medios de prueba aportados al proceso y según su apreciación personal.
7. Es la materia de la cual forman parte las pruebas judiciales para verificar socialmente los hechos, ya sea como prueba procesal o extraprocesal.

Medios de prueba

Elementos o instrumentos utilizados por las partes y por el juez para obtener la prueba, pueden ser testimoniales y/o documentales.

Fin de la prueba

Formarle al juez una convicción sobre los hechos, llevarlo a la certeza sobre el hecho que se debate en el proceso.

Hechos

Acontecimientos, sucesos, situaciones de tiempo, modo y lugar susceptibles de probar.

Objeto de la prueba

Todo aquello susceptible de probar debe ser valorado de acuerdo con la sana crítica y la experiencia.

Pruebas judiciales

1. Son los hechos fijados o llevados a un proceso o los elementos de convicción que se aportan al proceso judicial con el fin de demostrar su existencia y de crearle al juez la certeza de su ocurrencia.
2. Son el conjunto de reglas que determinan la admisión, producción y valoración de los medios de prueba para llevarle al juez el convencimiento de los hechos.

Prueba

En sentido etimológico, la palabra prueba se deriva del término latín *probatio probationis*, que a su vez procede del vocablo *probus* que significa bueno. Por tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

La prueba puede ser procesal, es decir, la que se practica dentro del proceso; y extraprocesal, cuya realización se presenta fuera del proceso, como la anticipada, preconstituida, trasladada y sumaria.

Probar

Es demostrar la existencia de algo, es decir, de un hecho que se corrobora por los medios probatorios aptos e idóneos que lleven al convencimiento del juez, al que va dirigida la prueba. Por tanto, las pruebas conducen a la seguridad o a la certeza de los hechos afirmados por otros o que nosotros mismos queremos conocer.

Para Eduardo J. Couture, citado por Quiceno Álvarez (2006, p. 110) “la prueba es en todo caso una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a ser patente la exactitud o inexactitud de una proposición.”¹

Pruebas judiciales

Según Devis Echandía “son el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.²

De acuerdo con estas definiciones y mirando la prueba procesalmente, cabe resaltar dos aspectos importantes:

1. **El procedimiento probatorio.** Comprende todo lo relacionado con la producción y obtención de la prueba partiendo de la petición, la asunción, el decreto, la práctica y valoración de la misma.
2. **El fondo del proceso.** Es decir, los sistemas para la valoración de la prueba a los que debe someterse el juez en el análisis que haga de los distintos medios de prueba y la forma como estos fueron aportados al proceso, valiéndose para ello de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba.

Características de la prueba

Toda prueba debe reunir unas características generales. Dentro de ellas se destacan:

Histórica

Generalmente la prueba surge de un hecho pasado o acaecido.

¹ Citado por Fernando Quiceno Álvarez, *Valoración judicial de las pruebas* (Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2006, 2ª ed.), 110.

² Citado por Carlos Betancur Jaramillo, *De la prueba judicial* (Medellín: Dike, 2ª. Ed.), 15.

Sustancial

Porque la prueba tiene un fin específico que consiste en lograr la íntima convicción del juez.

Racional

Porque el funcionario que valorará la prueba debe basarse en el razonamiento, en los principios de la lógica, en las reglas de la experiencia, en la sana crítica y en las normas jurídicas.

Subjetiva

Porque la prueba es el resultado del análisis crítico y reflexivo que hace el funcionario al momento de su valoración.

Fin de la prueba

Es lograr la convicción del juez respecto de los hechos que se controviertan en el proceso, con los diferentes medios de prueba aportados por las partes.

Esto implica la seguridad que debe tener el juez al momento de aplicar justicia en la sentencia, por cuanto es evidente que esa seguridad logra que el ordenamiento jurídico se imponga en aras de la verdad sobre la controversia.

Así mismo, el valor probatorio de los distintos medios aportados por las partes para llegar al convencimiento de lo que se discute debe ser coherente con las finalidades propias del proceso y no puede ser otro diferente que la recta y cabal aplicación de la justicia.

Evolución histórica de la prueba

Las fases de la evolución histórica de la prueba son:

1. Étnica o primitiva.
2. Religiosa o mística.
3. Legal.
4. Sentimental o de la íntima convicción moral.
5. Científica.

Fase étnica o primitiva

Esta fase se caracterizó porque el sistema probatorio era muy primitivo y la prueba se recibía de acuerdo con las impresiones personales. Predominaba la Ley del Talión. La demostración de los hechos se hacía según la lógica, la experiencia y el sentido común.

Características

- Comprendía todas las sociedades en formación.
- El sistema procesal era rudimentario y dejaba las pruebas abandonadas al empirismo.
- No existía un proceso judicial específico.
- Predominaba la Ley del Talión.

El sistema probatorio comenzó a evolucionar a partir de la fase étnica o primitiva y con la caída del Imperio Romano se produjo un cambio radical en los aspectos jurídicos y sociales, desde que surgió el fanatismo religioso. En Grecia y en Roma la evolución del sistema probatorio fue muy avanzada.

Pruebas judiciales en Grecia y Roma

En Grecia:

1. Imperaba la oralidad.
2. Aristóteles examinaba la prueba en sus aspectos intrínseco y extrínseco y la clasificaba en propia e impropia, artificial y no artificial.
3. Para Aristóteles la prueba principal estaba constituida por el silogismo y la inducción.
4. Primaba la oralidad en los procesos penal y civil.
5. Aparecieron los procesos mercantiles y con ellos cobró peso la prueba documental.
6. Surgió el principio dispositivo que hace recaer en las partes la carga de la prueba. Excepcionalmente esta pesaba sobre el juez cuando decretaba las pruebas de oficio.
7. Aparecieron los medios de prueba: testimonial, documental y juramento.

8. Se presentaban restricciones en cuanto a las declaraciones de las mujeres, los niños y los esclavos, pero estos podían declarar en los procesos mercantiles.
9. Respecto a la prueba documental en materia mercantil se le otorgó mérito ejecutivo al documento.
10. Existía la crítica lógica y razonada de la prueba.

En Roma. La evolución de la prueba tuvo las siguientes fases:

- Fase antiguo proceso romano llamado periodo formulario

Características:

1. El juez tenía carácter de árbitro.
2. El juez tenía libertad para apreciar las pruebas aportadas por las partes. Los jueces populares o de paz resolvían las controversias según su convicción personal.
3. El testimonio era considerado como prueba exclusiva al inicio de este periodo. Posteriormente fueron admitidos la prueba documental, el juramento y el indicio.
4. Predominaba el sistema de la libre apreciación de las pruebas.

- Fase del procedimiento

Características:

1. El juez representaba al Estado y su principal función era administrar justicia.
2. El juez interrogaba a las partes para determinar a quién correspondía la carga de la prueba que recaía sobre el demandante. La prueba sobre las excepciones recaía en el demandado.
3. El juez examinaba el grado de credibilidad de la prueba.
4. El juez dejaba de ser árbitro.
5. Nacieron las presunciones y la tarifa legal.
6. Se restringió la prueba testimonial y tomó auge la prueba documental.
7. Prevalció la tendencia a investigar la verdad material.

Periodo de Justiniano

Características:

1. Aparecieron los primeros textos legales.
2. Se construyó la lógica de la prueba mediante el derecho canónico.
3. Se regularon legalmente las pruebas y su apreciación personal por el juez.
4. Surgió el principio de la contradicción.
5. Apareció el sistema de apreciación mixto.
6. Se conservaron los medios de prueba del periodo anterior.
7. Se excluyeron los testimonios de las mujeres, del impúber, del perjuro, del delincuente y del demente.
8. Surgieron las primeras bases sobre la carga de la prueba como medio de defensa.
9. Apareció el principio de contradicción aplicado a la prueba testimonial.
10. Aparecieron los duelos judiciales y los juicios de Dios (las pruebas del fuego), las ordalías.

Fase religiosa o mística: etapas

Características:

En esta etapa imperaba el fanatismo religioso. Los medios probatorios utilizados se basaban en los juicios de Dios y en principios rígidos de órdenes religioso y moral. El sindicado era llevado ante un tribunal compuesto por sacerdotes encargados de enjuiciarlo. Además, era sometido a pruebas absurdas como por ejemplo caminar sobre carbones incandescentes; utilizaban también las pruebas del agua para lograr la confesión.

Estos procedimientos se denominaron ordalías o juicios de Dios, que eran aquellas pruebas practicadas en la Edad Media occidental a los acusados para probar su inocencia. En Occidente se preferían las pruebas basadas en combates y duelos, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho (época de los gladiadores).

La ordalía también se practicaba por medio del veneno: al acusado se le entregaba una porción de pan y una de queso que debía comer ante un altar. Se decía que si Dios mandaba a un ángel para apretarle el gáznate al acusado y este se

atragantaba y no podía pasar el pan y el queso, se salvaba porque se consideraba que era inocente.

Igualmente, era muy practicada la prueba del hierro candente. El acusado debía coger con las manos un hierro al rojo vivo por cierto tiempo. En algunos casos se prescribía que el acusado debía llevar en la mano este hierro el tiempo necesario para cumplir siete pasos y luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras.

El hierro candente era muchas veces sustituido por agua o aceite hirviendo e incluso por plomo fundido. En el primer caso la ordalía consistía en coger con la mano un objeto pesado que se encontraba en el fondo de una olla de agua hirviendo; en el caso de que la mano quedara indemne, el acusado era considerado inocente. Del mismo modo, era muy común la práctica de hacer caminar al acusado con los pies descalzos sobre rejas de arado.

La ordalía por el agua era muy practicada en Europa y se utilizaba para absolver o condenar a los acusados. El procedimiento consistía en atar al imputado de brazos y piernas y después se le echaba al agua de un río, de un estanque o del mar. Se consideraba que si flotaba era culpable y si se hundía era inocente.

En esta fase mística o religiosa se destacaron el antiguo derecho germánico y el influjo del derecho canónico.

Antiguo derecho germánico

Para los germanos la finalidad de la prueba era la fijación de la sentencia. La prueba legal era muy rigurosa y sus resultados eran incontrovertibles.

Características:

1. Influencia religiosa y dominio del cristianismo sobre los germanos.
2. La verdad real o material no era tan importante ya que se buscaba un convencimiento puramente formal, basado en la creencia de la intervención divina o de la justicia de Dios.
3. Este sistema perduró hasta la Edad Media. La misión de combatirlo y eliminarlo le correspondió al derecho canónico.

Influjo del derecho canónico

Con el derecho canónico surgió el tránsito al sistema de la tarifa legal de la prueba. Poco a poco se fueron eliminando los medios bárbaros utilizados para obtener

la prueba. Los jueces eclesiásticos fueron verdaderos magistrados y rigió una verdadera apreciación jurídica de la prueba sujeta a reglas; se frenó el exagerado formalismo del derecho germánico antiguo.

Fase legal: sistema de la tarifa legal

Características:

1. Se impuso el derecho canónico. Los canonistas elaboraron reglas sobre pruebas.
2. Se buscó darle una base jurídica al proceso ya que la ignorancia y la falta de preparación de los jueces hizo que la legislación estuviera primero en manos de los sacerdotes y luego pasara al dominio civil.
3. Los Papas daban instrucciones para el proceso canónico, los canonistas elaboraban reglas sobre pruebas, valiéndose del derecho de Justiniano, unido a los principios sacados de la Biblia como en el caso del número de testigos para formarse la convicción.
4. Del proceso acusatorio se pasó al inquisitivo, que le daba facultades al juez para procurar la confesión en los procesos penales. Surgió el tormento judicial como práctica usual llamada la Inquisición del Santo Oficio.
5. Las pruebas debían ser apreciadas en conjunto y el juez tenía libertad para ello.
6. La sentencia no era motivada. Pero el proceso inquisitivo le impuso al juez la obligación de motivar sus decisiones y de exponer la prueba que le diera más credibilidad.

Ventajas de la tarifa legal

1. Genera más confianza en la aplicación de la justicia porque el pueblo tiene el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley. (Recursos y consulta).
2. Libra a las sentencias de toda sospecha de arbitrariedad.
3. Suple la ignorancia o falta de experiencia de los jueces al aplicar las reglas de la experiencia, el estudio de la lógica y de la psicología.

4. Orienta al juez para la averiguación de la verdad y evita la sobreestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso.
5. Uniformidad en las sentencias.

Desventajas de la tarifa legal

1. Mecaniza la función del juez.
2. Le impide formarse un criterio personal y lo obliga a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado.
3. El juez no falla de acuerdo con la verdad real sino de acuerdo con la verdad formal.

Evolución histórica: influencia en Europa

ESPAÑA

1. Se estableció el sistema de las pruebas formales de la Edad Media, como se observa en el ordenamiento de Alcalá y en las leyes de Toro.
2. Desaparecieron las ordalías por las excomuniones adoptadas en los Concilios de Letrán en 1215, de Lyon en 1288 y de Valladolid en 1322.
3. Se hizo común la prueba testimonial.
4. Se introdujo la prueba documental que predominó en el Fuero Juzgo y en la Ley de las Doce Partidas.
5. Se suprimieron las facultades inquisitivas y de libre apreciación de la prueba al juez.
6. Apareció la excomunión y surgieron los glosadores.

INGLATERRA

1. Se abandonaron los juicios de Dios y se establecieron los jurados de conciencia.
2. Se asumió la teoría de la razón natural.
3. Se estableció el testimonio como prueba principal.
4. La evidencia constituyó la base de la prueba.



RUSIA

1. El proceso acusatorio fue remplazado por el investigativo.
2. El sistema de la tarifa legal de la prueba fue absoluto tanto en lo penal como en lo civil.
3. Se reivindicó el sistema del libre convencimiento.
4. Se instituyeron el jurado, las pruebas formales y la tarifa legal.

FRANCIA

1. Se consagró el sistema de la convicción íntima de los jueces.
2. Se introdujo la teoría de las presunciones.
3. El testimonio se convirtió en la prueba principal.

Resumiendo: en la evolución del derecho probatorio en la fase de la tarifa legal se impuso la distribución de la carga de la prueba, se liberó al acusado de tener que probar su inocencia y solo se le dejó la carga de probar sus afirmaciones contenidas en la demanda.

Fase sentimental o convicción moral

Características:

1. Esta fase tuvo su origen en la Revolución Francesa.
2. Se introdujo el concepto de la libre apreciación de la prueba y de la íntima convicción como único fundamento del fallo.
3. Se denominó fase sentimental por estar basada en la ilusoria creencia de la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural.
4. Acabó con los jurados de conciencia.

Fase científica (todavía vigente)

Características:

1. El juez o funcionario judicial debe tener conocimientos especializados o especiales.
2. El juez puede apreciar la prueba libremente.
3. Se olvida totalmente la fase de la tarifa legal.

4. Aporte: se estructura la libre valoración y apreciación de la prueba en virtud de la sana crítica y el leal saber y entender del funcionario judicial.
5. Lo que se busca es la calidad de la prueba, no importa la cantidad.
6. La valoración del juez se somete a principios comunes de la prueba judicial en los que él debe basarse.
7. El proceso civil del futuro debe ser oral, aunque con restricciones como la demanda y su contestación.
8. El juez debe investigar de oficio para obtener la verdad.
9. El juez tiene libertad para apreciar las pruebas.
10. La prueba queda sujeta a las formalidades contempladas en las pruebas *ad substantian actus* para la validez sustancial de ciertos actos.

Valoración de la prueba

El proceso de valoración de la prueba corresponde al funcionario encargado de pronunciarse sobre el desarrollo del proceso y para ello debe hacer un análisis minucioso, crítico e integral de cada uno de los elementos probatorios allegados oportunamente al proceso.

Para llegar a valorar la prueba, el juez ha debido agotar varias etapas procesales. Entre ellas se encuentran la recepción de la prueba, que conduce al funcionario a determinar la existencia o inexistencia de los hechos objeto del proceso, es decir, que el juez llega al fin de la prueba por medio de aquellos hechos que han logrado en él la íntima convicción.

El proceso de valoración de la prueba comprende dos aspectos:

1. El primero está relacionado con las partes, ya que ellas –por medio de los escritos presentados como la demanda y su contestación, o bien en el juicio oral–, aportan las pruebas con las que sustentan cada una de sus pretensiones o excepciones, participan en la recepción de los diferentes medios de prueba solicitados por las partes y con sus intervenciones orales en audiencia pública, buscan con cada uno de sus argumentos convencer al funcionario, con el objeto de lograr una sentencia favorable ya sea a sus pretensiones o a sus excepciones.

2. El segundo aspecto tiene que ver con el juez o magistrado, que una vez recibe la totalidad de las pruebas, debe decidir de fondo.

En esta labor el juez debe partir desde la admisión de la demanda, de su respectiva contestación y de la aprehensión de los elementos probatorios allegados oportunamente al proceso, para ir formando su propio convencimiento.

El funcionario debe hacer un análisis de cada una de las pruebas aportadas al proceso, aplicando para ello las reglas de la experiencia, las leyes de la lógica, la sana crítica, la íntima convicción, su propia experiencia y el conocimiento de las normas establecidas en la legislación y que sirven para regular cada caso en particular.

Establecidos los hechos sobre los cuales no hubo controversia, de los hechos que fueron controvertidos y debatidos en el proceso, comienza el análisis y estudio de las pruebas debatidas y para ello el juez debe tener en cuenta principios de la prueba como la necesidad, la publicidad, la contradicción y la eficacia.

Sistemas probatorios

Conjunto de reglas y principios acerca de la prueba, los distintos medios de prueba y su apreciación.

Regulan una serie de fases dentro de un proceso judicial y pretenden la aplicación de una verdadera justicia.

1. Sistema de las pruebas legales
 - El fin de la prueba es llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos.
 - El legislador señala los medios de prueba, lo que debe y no debe probarse.
 - Se puede decir que cuando se tiene la plena prueba se ha dado la certeza legal.
 - El juez tiene el deber de explicar los motivos o razones que lo llevan a la certeza legal.
2. Sistema de la libertad de la prueba
 - Que el juez obtenga la convicción libre y racional de los hechos.
 - Libertad en los medios de prueba de recolección y medios de prueba.

- Libertad del juez en el proceso de formación de su convencimiento, pero fundado en pruebas.
- Las partes tienen la carga de probar la existencia o inexistencia de los hechos.
- El juez aprecia libremente la prueba con base en su misma convicción.
- El juez aprecia las pruebas en conjunto.
- Las partes tienen libertad de aportar las pruebas en su juicio.

3. Sistema probatorio mixto

- La ley fija los medios de prueba.
- Se establece la prueba necesaria.
- El juez puede decretar pruebas de manera oficiosa.
- Se da la carga de la prueba dinámica.

2

El significado de la verdad material para el proceso en general

Todo proceso por sencillo que sea debe contar con la prueba porque por medio de ella el Estado va a ejercer un control jurisdiccional. Esas pruebas deben aportarse oportunamente al proceso porque la verdad se busca dentro de él. El juez propende a encontrar esa verdad en las pruebas y busca que esa verdad coincida con la realidad, pero no siempre sucede eso, ya que debe atenerse a lo probado dentro del proceso pues la finalidad de la prueba es llevarle al convencimiento de los hechos que se tratan de demostrar dentro del proceso.

Necesidad de la prueba. Artículo 164 del Código General del Proceso (C.G. del P.)

Toda decisión debe fundamentarse en las pruebas allegadas al proceso regular y oportunamente. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

La verdad

Se concibe como aquello que no tiene duda. Siempre es verificable o demostrable.

La certeza

Es la convicción de verdad, creer que algo es cierto, pero no siempre necesariamente es verdad.

La verdad y la prueba

- Toda ciencia se caracteriza por tener como principal objetivo la búsqueda de la verdad.
- La verdad debe ser declarada en la sentencia, pero es una verdad formal jurídica.
- El proceso judicial pretende proporcionar al juzgador juicios verdaderos.
- La verdad está en los hechos.

La certeza y la prueba

- La certeza está en nosotros.
- La certeza es un estado subjetivo del espíritu.
- La certeza es convicción de verdad.
- La certeza y la verdad no siempre coinciden.

Clases de verdad

- Verdad metafísica
- Verdad física
- Verdad histórica

Verdad metafísica

- Se llega a ella por medio de la razón.
- Está constituida por los principios de causalidad, contradicción e identidad.
- Esta verdad no necesita demostrarse, pero es utilizada en los procesos.

Verdad física

- Se llega a ella por los sentidos.

- Cuando es evidente, no se requiere probar.
- Cuando no es evidente, se requiere probar.

Verdad histórica

- Se llega a ella mediante las relaciones sociales.
- Puede ser revelada por las personas que estuvieron presentes.
- Constituye el objeto principal del proceso, ya que cualquier hecho se presenta en la mente del juzgador como un hecho histórico, que es necesario reconstruir con las pruebas.

Teoría sobre la prueba de los hechos

Algunos tratadistas sostienen que lo que se prueban son los hechos y otros sostienen que los hechos no se prueban en cuanto a su existencia ya que los hechos existen, que lo que se trata de probar son las afirmaciones y negaciones en torno a un hecho.

3

Principios generales de la prueba

Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos

Los hechos en los que se fundamenta la decisión judicial deben estar demostrados con las pruebas aportadas al proceso por las partes o por el juez, regular y oportunamente.

No es dable al juez suplir las pruebas con el conocimiento privado que tenga sobre ellas, porque desconocería derechos tales como la publicidad y la contradicción.

Si se trata de un hecho notorio la ley lo exime de su prueba porque corresponde al conocimiento general en el medio donde ocurrió el hecho.

Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

Significa que la prueba debe ser idónea para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos formulados por el demandante o las afirmaciones esgrimidas por el demandado.

La eficacia jurídica quiere decir que la prueba debe estar reconocida por la ley. El juez debe considerar la norma, como el medio aceptado por el legislador, para llegar a determinar si efectivamente existió o no el hecho allegado al proceso.

En cuanto a la eficacia jurídica de la prueba es necesario tener en cuenta estos aspectos.

Principio de la unidad de la prueba

Se debe tener en cuenta que al proceso se proporcionan diversidad de pruebas como la testimonial, la indiciaria, el documento y generalmente hay pruebas de una misma clase como varios testimonios o documentos.

Lo anterior significa que el conjunto probatorio forma la unidad y que como tal debe ser analizado y apreciado por el juez.

Hay que tener en cuenta que la valoración conjunta de la prueba viene después del estudio individualizado de cada medio de prueba o elemento probatorio.

El principio de unidad de la prueba se refleja en la finalidad de la prueba (convencer al juez) y en la función que desempeña la prueba en el proceso (que el juez falle conforme a la justicia).

En materia penal, el indiciado tiene a su favor la “presunción de inocencia” y esta obliga al juez a que en el momento de valorar la prueba haga un estudio analítico de cada medio en particular para que luego razone sobre la influencia que ejerce cada prueba en la conclusión, al dictar su fallo.

Principio de la comunidad de la prueba

También se conoce con el nombre de principio de la adquisición de la prueba.

La prueba no pertenece a quien la aporta al proceso, puesto que una vez introducida legalmente a él debe considerarse para determinar la existencia o inexistencia del hecho al que se refiere, independientemente de la parte que resulte beneficiada con ella.

Principio del interés público o función de la prueba

El interés público de la prueba se evidencia en la función que esta desempeña en el proceso, es decir, en el grado de convicción que la prueba produce en la mente del juez al momento de fallar.

Cuando cada parte entrega la prueba al proceso busca que el juez dictamine en favor de su pretensión o excepción. Por eso decimos que con la prueba sucede lo mismo que con la acción ya que en ambos casos lo que se busca es proteger y defender el interés público del Estado en la declaración o en la realización del derecho. Lo que le interesa al Estado es que se administre justicia correctamente.

Si se dice que la prueba es exclusiva para defender el interés privado equivale a decir que el interés y el fin primordial del proceso son privados porque la prueba es el instrumento que le permite al Estado cumplir con su función.

Cuando un particular ejercita la acción para iniciar un proceso pone en actividad la función jurisdiccional del Estado, es decir, que el particular busca la realización de su interés personal, de su pretensión.

No se puede sostener que la prueba es de exclusivo interés privado de quien la pide o aporta, ya que puede considerarse desde un doble punto de vista, así:

1. El resultado del ejercicio del derecho subjetivo de probar.
2. Como acto procesal, esto es, como conjunto de actos procesales que constituyen una etapa necesaria del proceso que comprende el aporte de la prueba, su admisión, su ordenación, su práctica y su valoración para concluir en la sentencia.

Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba

La prueba no debe usarse para ocultar o deformar la realidad. De ahí que el juez de oficio o a petición de parte debe tomar todas las medidas necesarias establecidas en la ley para prevenir o solucionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, el fraude procesal o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

La prueba no debe usarse para inducir al juez a engaño, sino que debe proporcionarle la seguridad de haber sido obtenida con lealtad, con la veracidad y con probidad en su adquisición.

La probidad y la veracidad de la prueba exigen también sinceridad en ella, como ocurre cuando se trata de documentos, confesiones y testimonios; lo mismo que la autenticidad que se exige para estos medios como para las huellas, los rastros y cosas observadas directamente por el juez y que pueden servir para demostrar los hechos.

Principio de la contradicción de la prueba

Contradicción

Es una controversia entre dos contrapartes. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el juez es el encargado de instruir el caso y de dictar sentencia.

Utilidad de este principio

Siempre que se inicia un proceso este principio es necesario e imprescindible, ya que permite a las partes tener una igualdad procesal para que estas tengan los mismos derechos y las mismas oportunidades para la práctica de las pruebas con la finalidad de que ninguna se encuentre indefensa ante la otra.

Significa que la parte contra quien se aduce una prueba, debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla.

Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o una de ellas, al igual que rechaza el conocimiento privado del juez sobre los hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general. Es garantía del debido proceso, por cuanto concede a la parte en contra de quien se aduce la prueba la facultad de discutirla u oponerse a ella.

Principio de la igualdad de oportunidades para la prueba

Se relaciona con el principio de la contradicción porque para que haya igualdad entre las partes es necesaria la contradicción.

Busca el equilibrio en el proceso, ya que las partes tienen igualdad de oportunidades para pedir, controvertir y obtener la práctica de pruebas. Por ello el demandante propone pruebas en la demanda y el demandado en la contestación de la demanda. Es decir, que este principio permite iguales oportunidades para la defensa.

Principio de la publicidad de la prueba

Es una consecuencia de los principios de la unidad, comunidad, lealtad, contradicción e igualdad de oportunidades de las partes respecto del proceso.

Igualmente permite que las partes conozcan las pruebas pedidas y solicitadas tanto las del demandante como las del demandado, participen en la práctica de ellas, las objeten o las controviertan.

También significa que el examen que de ellas haga el juez y las conclusiones a las que llegue, sean conocidas por las partes, cumpliendo así la función socializadora de la prueba.

La publicidad puede ser:

Interna

Es la oportunidad que tienen las partes para conocer las actuaciones del juez en el transcurso del proceso. Ejemplo: el demandado se entera que contra él cursa una demanda cuando se le hace la notificación del auto admisorio de la misma.

Externa

Es la posibilidad que tienen las personas extrañas al proceso de saber lo que está ocurriendo y de presenciar la realización de determinadas actuaciones. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento en materia penal y la recepción de pruebas en materias civil y laboral.

Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

Quiere decir que para que la prueba sea válida y admitida dentro del proceso debe cumplir con las formalidades de tiempo, modo y lugar (requisitos extrínsecos) y además debe estar exenta de vicios como dolo, error, violencia, etc. (requisitos intrínsecos). Si la prueba se presenta viciada, es nula.

En el proceso penal este principio es legítima garantía para la defensa del acusado y en el proceso civil es indispensable para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades de las partes. Estas formalidades permiten que el proceso goce de publicidad. Este principio tiene dos aspectos:

1. Para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley.
2. Exige que para la incorporación de la prueba los medios que se utilicen sean moralmente lícitos.

Es decir que la prueba esté revestida de los requisitos intrínsecos y extrínsecos ya referidos:

Ejemplos

1. El Artículo 164 del Código General del Proceso (C. G. del P.) dice que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.
2. El Artículo 173 del mismo estatuto regula las oportunidades probatorias. Al respecto dice: “Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este código”.

El Artículo 169 del C. G. del P. asegura que:

[...] las pruebas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte, cuando el juez o el magistrado las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Cuando va a decretar de oficio la recepción de testimonios es necesario que los testigos hayan sido mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno.

Principio de la legitimación de la prueba

Significa que la prueba debe estar revestida de los requisitos extrínsecos e intrínsecos, acorde con los preceptos morales y provenir de quien se halle revestido de legitimidad para ofrecerla.

La razón de este principio debe buscarse, una vez más, en la garantía del debido proceso, más precisamente en la necesidad de asegurar la certeza y la imparcialidad del juez.

Garantía de certeza, porque solo por medio de la regulación legal de las formas probatorias, el justiciable puede anticipadamente saber cuáles son los actos que debe realizar para llegar al juez, procurar formar su convicción y obtener de él la garantía jurisdiccional que prometen las normas.

Garantía de imparcialidad, porque como en su virtud el juez no puede válidamente hacer otra cosa que aplicar las normas que regulan la actividad probatoria, se asegura entonces de que las apreciaciones personales de simpatía o desafecto del juez hacia alguna de las partes quedarán erradicadas del proceso.

Características

1. Se exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla (partes, principio dispositivo y juez, principio dispositivo).
2. Obliga a que el funcionario de conocimiento tenga jurisdicción y competencia.
3. La legitimación para la prueba es común para las partes, ya que cada una puede solicitar y aportar las pruebas que sirvan para acreditar los hechos que interesan al proceso.
4. A la parte le incumbe la elección de los medios idóneos para producir la prueba, dentro de los procedimientos señalados por la ley. Y al juez le corresponde acceder a esos petitorios y fiscalizar la regularidad del procedimiento elegido para la producción de la prueba. A esto debemos agregar que los sistemas procesales, además de erigir al juez en árbitro del debate probatorio de las partes, le confiere también una importante facultad para diligenciar pruebas ex officio.
5. Se requiere, pues, la condición de sujeto procesal, vale decir, el carácter de parte, como requisito de legitimación para ofrecer y evacuar pruebas en el proceso; pero en los sistemas hoy mayoritarios, en los que el juez tiene iniciativa probatoria, también él es un sujeto legitimado para ese propósito.

Aspectos relevantes

1. Para que la prueba tenga validez, se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley.
2. Que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Las formalidades son de tiempo, modo y lugar y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito.

Principio de la preclusión de la prueba o de la autorresponsabilidad de las partes

Este principio busca impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de último momento. Se habla de preclusión en relación con las partes, es decir, con la pérdida de oportunidad para ejecutar un acto que les interesa. También opera para el juez cuando no ejercita el poder inquisitivo que la misma ley le ha otorgado, es decir, cuando precluye el tiempo para decretar las pruebas de oficio.

Significa que el medio probatorio y las etapas que lo integran como la proposición, la ordenación o decreto de la prueba y la práctica de la misma se surtan en la oportunidad señalada en el ordenamiento procesal.

De este principio habla el Artículo 173 del C. G. del P. que asegura: “para que las pruebas sean apreciadas por el juez deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados por la ley”.

Principio de la inmediación y dirección del juez en la producción de la prueba

Consiste en la apreciación que hace el juez de la prueba. Es decir que él participa directamente en la producción del medio probatorio, dirige el proceso y resuelve primero sobre la admisibilidad de la demanda para luego intervenir en la práctica de las pruebas. Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba.

La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba especialmente la testimonial, la inspección judicial, el interrogatorio de las partes y la prueba pericial. Igualmente le exige intervenir activamente en la práctica de las pruebas pedidas por las partes.

Clases de inmediación

Inmediación subjetiva

Se da cuando el juez participa personalmente en la práctica de la prueba. Ejemplo: cuando interroga directamente a las partes o cuando decreta pruebas de oficio. Artículos 169, 170 C. G. del P., 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil (C. de P. C.) y Artículo 59 del Código Procesal Laboral (C. P. L.).

Inmediación objetiva

Se presenta en los casos en los que el juez practica por ejemplo una inspección judicial, en la que tiene que observar circunstancias, objetos, documentos, etc. Artículos 246 y 247 del C. de P. C.

Artículo 171 del C. G. del P.: “el juez practicará todas las pruebas, a excepción de las que deba practicar el comisionado”.

Artículo 374, numeral 9 del C. G. del P.: “el juez deberá practicar forzosamente la inspección judicial sobre el bien con el fin de verificar los hechos relacionados en

la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante”. Además, lo faculta para dirigir el proceso: de ahí su imparcialidad en el desarrollo del mismo. Este aspecto es importante ya que en busca de la verdad decreta tanto las pruebas de oficio como las solicitadas por las partes, con el fin de valorarlas al dictar sentencia.

Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba

La dirección del debate probatorio por el juez impone su imparcialidad, es decir, debe estar orientado por el criterio de averiguar la verdad, bien sea decretando pruebas oficiosamente o a petición de parte.

Principio de la originalidad de la prueba

Significa que la prueba debe dirigirse directamente al hecho por probar para que sea prueba de ese hecho. Ejemplo: la prueba testimonial, cuando el testigo es presencial; la inspección judicial cuando la practica directamente el juez de conocimiento; la prueba documental cuando con el documento se pretende probar un hecho: registro civil para probar parentesco. Cuando no podemos conseguir la prueba idónea para demostrar un hecho podemos valernos de otras pruebas que nos lleven a demostrarlo, por ejemplo, la prueba indiciaria.

Principio de la concentración de la prueba

Busca que la práctica de las pruebas se haga en una misma etapa del proceso. Si se practica por partes la averiguación de la verdad se pone en peligro.

Se debe procurar la práctica de la prueba en primera instancia y restringirla en segunda. De la misma manera se debe practicar en una audiencia o en varias continuas.

Asimismo, pretende evitar dilaciones injustificadas del proceso, de tal manera que sea ágil y expedito.

Principio de la libertad de la prueba

Este principio se caracteriza porque les da libertad a las partes y al juez para obtener las pruebas que sean pertinentes para demostrar el hecho que se investiga.

Aspectos relevantes de este principio:

1. a. Libertad de medios de prueba: permite a las partes disponer de los medios probatorios que consideren pertinentes, conducentes y útiles para demostrar las afirmaciones o negaciones formuladas por las partes y terceros intervinientes.
1. b. Libertad de objeto: hace referencia a la potestad que tienen las partes para demostrar los hechos de interés para el proceso, dentro de las oportunidades que establece la norma procesal.

Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba

Requisitos intrínsecos

Este principio representa una limitación al principio de la libertad de la prueba. Significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes no debe inutilizarse practicando pruebas que no conducen a nada por ser improcedentes.

Cuando se habla de medios de prueba nos referimos a la calidad que esta debe tener dentro del proceso, ya que sirven para demostrar la idoneidad del hecho.

La conducencia

Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar un determinado hecho.

La pertinencia

Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba. No se puede confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar. Por ejemplo, en el caso del testimonio de oídas su contenido carece de mérito porque no le consta la ocurrencia de los hechos.

La utilidad

Estimula la actividad probatoria para que preste un servicio al proceso y contribuya a la convicción del juez.

Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana

En la Antigüedad este principio se ejercía por medio de las ordalías para obtener la prueba. Su abolición es prácticamente reciente. No obstante, el surgimiento de otros métodos consistentes en torturas físicas y psíquicas, en la aplicación de drogas que eliminan la conciencia y la personalidad como el narcoanálisis son utilizadas para obtener del sujeto afectado las declaraciones que se le exijan.

El uso de estos métodos viola la libertad subjetiva y por tanto su aplicación está prohibida en virtud de los principios de pertinencia, idoneidad o conducencia y libertad de la prueba.

De acuerdo con lo anterior el testimonio, la confesión y el dictamen pericial deben ser rendidos espontánea y naturalmente sin que los declarantes estén coaccionados o bajo el influjo de drogas que afecten su conciencia.

Este principio incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, traducciones o copias que hayan sido falsificados o alterados bien sea por dinero o por otro motivo, mediante amenazas al testigo o al perito de la parte. Igualmente, implica la prohibición de alterar las cosas u objetos que van a servir de prueba, como las huellas, el documento original, el muro o la cerca que sirven de lindero.

Se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y por tanto toda prueba que lo viole debe ser ilícita.

Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba

Indica que los documentos, las cosas y en ocasiones las personas, cuando son objeto de prueba (examen médico), deben ponerse a disposición del juez cuando tienen relación con los hechos del proceso. En virtud de este principio el juez puede ordenar un allanamiento, el acceso a los archivos públicos y privados e imponer ciertas coacciones a las partes y testigos para que comparezcan a absolver interrogatorios o a reconocer firmas, a suministrar objetos, escritos o libros de contabilidad cuya exhibición se ha decretado.

Las coacciones consisten en multas, en la consecuencia jurídica de dar por reconocido un documento o por confesado el hecho (cuando, por ejemplo, no contesta la demanda) y la pérdida de las oportunidades procesales.

Este principio tiene relación con el deber de prestarle colaboración a la justicia, en materia de pruebas.

Los deberes de lealtad, probidad y verdad exigen que quien tenga documentos o cosas con valor probatorio está obligado a exhibirlos aunque su contenido o significado probatorio lo perjudique.

Principio de la inmaculación de la prueba

Consiste en que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos.

Principio de la evaluación o apreciación de la prueba

Significa que la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción del juez sobre los hechos que interesan al proceso. Esta apreciación de la prueba la debe hacer el juez valiéndose del análisis y valoración de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad

Las partes soportan las consecuencias de su inactividad o de su descuido. Nadie conoce la realidad como ellas. Si no solicitan pruebas y no hacen lo posible para que se practiquen, deben asumir las consecuencias.

La carga de la prueba indica a cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen el fundamento de sus pretensiones o excepciones según se trate de demandante o demandado, mientras que con respecto al juez, constituye una manera de evitar una sentencia inhibitoria.

La carga de la prueba se considera como una regla de conducta para las partes porque estas deben realizar todas las actividades pertinentes encaminadas a establecer los hechos en los que fundan su derecho en el proceso, sean estas pretensiones o excepciones.

Para el juzgador la carga de la prueba es una regla de juicio, por indicarle la forma como debe pronunciarse al dictar sentencia.

El Código General del Proceso establece que el juez de oficio o a petición de parte podrá distribuir la carga dinámica de la prueba y exigir que se demuestre determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos o a aquella que se encuentre en mejor posición o cercanía de los hechos.

Principio de la oralidad

El sistema oral favorece la inmediación, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba, razón por la cual debe recibirse en audiencia.

El Artículo 3 del Código General del Proceso eleva a principio el proceso oral y por audiencias al señalar: “Artículo 3. Proceso oral y por audiencias. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”.

La oralidad implica no solo el lenguaje verbal sino también el corporal que manifiesta emociones, sentimientos, estados de ánimo y animadversiones, que le permiten al juez forjarse una mejor idea de lo que ocurre entre las partes divididas por el conflicto. En igual sentido la práctica y debate de pruebas debe darse de manera concentrada y oral.

Principio inquisitivo

Como su nombre lo indica es propio del funcionario judicial, es decir, que la iniciativa radica en el órgano jurisdiccional. El juez debe tener facultades para decretar y practicar las pruebas oficiosamente. Además es su deber poner en práctica este principio.

Es un principio fundamental no solo de la prueba sino del derecho procesal.

Este apartado se refiere al juez, en la mayor parte de sus aspectos: deberes, facultades, limitaciones o más bien principios que le rigen, su posible responsabilidad civil o penal en justicia, etc.

Al juez se le define como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción, que según su competencia pronuncia decisiones en juicio.

4

Noción y objeto de la prueba

Encierra un concepto genérico que responde a la siguiente pregunta: ¿qué se prueba dentro de un proceso? Los hechos.

Hace referencia a los hechos que se quieren demostrar dentro del proceso y que pueden ser presentes, pasados, voluntarios, involuntarios, físicos, psicológicos e incluso futuros.

Tema de prueba

Encierra un concepto específico que responde a la pregunta: ¿cómo se prueba dentro de un proceso? Con los medios de prueba.

Sirve como presupuesto a las normas jurídicas aplicables.

Es de resaltar que se presentan hechos que no necesitan prueba a pesar de ser parte del presupuesto de hechos, pretensiones y excepciones. Tales son:

Hechos admitidos o confesados por las partes

También reciben el nombre de principio de la admisión. Cuando el hecho ha sido confesado o reconocido judicialmente por la parte contraria, ya sea antes del proceso como prueba anticipada, en la contestación de la demanda o antes de abrirse

a pruebas, queda eliminada la necesidad de probarse, a menos que la ley exija otro medio de prueba. Por ejemplo: en civil: “sí, yo contraté con él”; en penal: “sí, yo lo maté”.

Hechos presumidos legalmente

Significa que la ley da por cierto el hecho presumido, por eso se dice que están exentos de probar, este es el objeto de la presunción. Ejemplo: el documento público se presume auténtico, la presunción no es una prueba si no una excepción de probar.

Hechos cuya prueba prohíbe la ley

Cuando la ley prohíbe probar un hecho por razones de moral o de otro orden, ese hecho resulta excluido de objeto concreto de la prueba.

Hechos indefinidos (afirmaciones o negaciones indefinidas)

Se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que la aduce. Las negaciones y afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo y lugar. La imposibilidad lógica de probar un suceso indefinido, bien sea positivo o negativo, radica en que no habrá límites a la materia o tema de prueba. Ejemplos: no existe un hombre que mida 2.5 metros; Juan no es legalmente incapaz; “en mi predio no hay petróleo”.

Hechos impertinentes

En este caso por economía procesal, el juez debe rechazarla, pues una prueba impertinente no tiene relación con los hechos del litigio.

Hechos materia de cosa juzgada

El hecho que ha sido reconocido en sentencia ejecutoriada con valor de cosa juzgada, no requiere probarse nuevamente.

Hechos notorios

Aquellos que se presentan en forma reiterada, continua y permanente en determinado ámbito social o cultural, cuyo conocimiento se encuentra al alcance de todos, es decir, son de conocimiento público. Los hechos notorios pueden ser permanentes o transitorios.

La prueba y el debido proceso

Está consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...].³

Como se plantea en esta definición, el debido proceso debe estar presente tanto en las actuaciones judiciales como en los principios que regulan la prueba para la realización de una pronta justicia. De esta forma se garantiza la incorporación de la prueba al proceso.

El debido proceso está contemplado también en los Artículos 33, 34, 36, 37 y 38 de la Constitución Política, abarca las garantías indispensables y necesarias dirigidas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y le permite a una persona la oportunidad de ser oída y de hacer valer sus legítimas pretensiones ante el juez.

Finalmente, el debido proceso hace relación al Estado social de derecho, según el cual todas las actuaciones administrativas y públicas deben estar enmarcadas dentro de los postulados de la ley y dentro de la organización del Estado, en atención a unas normas previamente establecidas, a unos procedimientos específicos y a unas decisiones basadas en la ley y también en la justicia, evitando improvisaciones y actuaciones no consagradas en la norma. En tal sentido, es evidente que la prueba judicial, debe así mismo surgir de un andamiaje jurídico que la defina y consagre dentro de unos postulados, que hablen de su apreciación por parte del juez y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrieron los hechos.

³ *Constitución Política de Colombia* (Bogotá: Legis, 1999), 11-12.

5

Requisitos de la actividad probatoria

Requisitos intrínsecos

Se relacionan con el medio de prueba, es decir, con los hechos objeto del proceso y los efectos jurídicos que producen en la actuación. Estos requisitos son:

- La conducencia.
- La pertinencia.
- La utilidad de la prueba.
- La ausencia de prohibición legal.

La conducencia

Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. En otras palabras, que el medio probatorio propuesto sea el adecuado e idóneo para demostrar el hecho. Por tanto, que este sea legalmente escogido, que sirva para demostrar o establecer el hecho que va a probarse con él y que haya una norma legal que prohíba o excluya el valor probatorio del medio respecto a lo que se quiere probar.

La conducencia es cuestión de derecho, porque el juez examina la procedencia del medio probatorio solicitado y determina si la prueba puede recibirse o practicarse. Si no es conducente el juez lo rechaza *in limine*. Ejemplo: la compraventa de inmueble que está sujeta a las teorías del título y el modo, se perfecciona con la escritura –título– y con la tradición o entrega que es el modo.

La inconducencia se presenta cuando el medio probatorio no es idóneo para demostrar el hecho y el juez puede negarse a recibirlo en atención al principio de economía procesal. Por ejemplo, demostrar la propiedad del bien inmueble por medio de la prueba testimonial.

La conducencia como requisito para la admisibilidad de la prueba tiene un doble fin:

1. Al valorar las pruebas solicitadas por las partes o las que pueda decretar de oficio, el juez debe verificar que estas no sean inconducentes. De esta manera evita un desgaste de tiempo, trabajo y dinero.
2. Igualmente, el funcionario debe proteger el interés público de la función de la prueba ya que no se concibe un proceso sin prueba, porque al Estado lo que le interesa es aplicar justicia correctamente basado en situaciones debidamente comprobadas.

Requisitos de la conducencia

1. Que el medio probatorio esté reconocido legalmente y esté exento de prohibición legal. Es decir, que le da libertad al juez para admitir libremente las pruebas allegadas al proceso, bien sea que se trate de tarifa legal, cuando la prueba tiene un valor preestablecido como por ejemplo el registro civil de nacimiento o bien en el sistema de la libre apreciación de la prueba, cuando la misma ley faculta al juez para valorarla teniendo en cuenta las leyes de la lógica, las leyes de la experiencia y la sana crítica, en el caso de la prueba testimonial.
2. Que la prueba solicitada tenga validez, que esté ausente de prohibición legal para el caso que se pretende probar. Por ejemplo, el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio es totalmente válido para demostrar la existencia de una sociedad comercial.

La pertinencia

Es cuestión de hecho por relacionarse directamente con la litis. En la pertinencia tiene que haber una relación directa entre el hecho que debe probarse y el litigio que lleva al proceso. Es la materia del debate.

La pertinencia se relaciona directamente con el objeto procesal controvertido. Cuando la prueba no es pertinente se dice que es irrelevante, porque no puede ser tenida en cuenta por el juez para influir en su decisión. Dicho en otras palabras una prueba es pertinente cuando es relevante para el proceso y cuando puede llevar por sí misma al juez a tomar una decisión justa ante el objeto de la litis.

La pertinencia consiste en que el hecho que se va a demostrar tiene relación con los hechos que configuran la controversia. Así, en un proceso de divorcio por lo contencioso es pertinente la prueba testimonial para demostrar malos tratos entre los cónyuges, pero esa misma prueba puede no ser relevante o pertinente para demostrar la constitución de una sociedad mercantil porque este medio de prueba no es suficiente, en este último caso, dada la naturaleza del debate.

La utilidad de la prueba

La prueba debe aportar algo al proceso o, como dicen algunos doctrinantes, debe prestar algún servicio dentro de él.

En general podemos decir que una prueba inconducente y pertinente es una prueba útil porque está incidiendo de manera eficaz en el desarrollo y en la decisión del proceso. La prueba útil hace que el proceso se encauce dentro de los límites de la racionalidad y el derecho haciendo que el juez decida de fondo de acuerdo con la justicia dentro de lo que conocemos como el debido proceso.

Sin embargo, ha de precisarse que una prueba puede ser conducente y sin embargo no ser útil. Como sucede cuando el juez al valorar la prueba escoge una sola, entre varias que llevan a lo mismo.

Una prueba puede ser inútil primero cuando es superflua, cuando no tiene nada que ver con el objeto materia de la litis o también cuando siendo pertinente o conducente no aporta nada al proceso porque ya está repetida con otra prueba similar al hecho que se pretende probar. El Artículo 101, inciso 2° del C. G. del P. limita la prueba testimonial hasta dos testimonios. Lo mismo sucede con el Artículo 212 del mismo código cuando señala que “el juez podrá limitar la

recepción de los testimonios cuando considere suficientemente establecidos los hechos materia de prueba”.

La ausencia de prohibición legal

Primero que todo debemos tener claro que un medio de prueba debe estar autorizado por la ley y no prohibido por ella. Es evidente que cuando esto sucede se busca salvaguardar el orden jurídico y el beneficio social. Por tanto, es ilícito utilizar una prueba prohibida por la ley.

Cuando existe prohibición legal el juez debe rechazar la prueba. El tratadista Azula Camacho en su libro *Manual de derecho procesal* cita el siguiente ejemplo: “hay prohibición legal, con respecto a las declaraciones de renta, que están limitadas al ámbito penal y civil para demostrar el monto de los ingresos del obligado a pagar alimentos”.⁴

Requisitos extrínsecos

- Oportunidad procesal.
- Formalidades procesales para la validez de la prueba.
- Legitimación y postulación de la prueba.
- Competencia del juez de la causa o del comisionado.
- Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios en los sujetos u órganos de prueba.

Estos requisitos hacen parte del acto probatorio y por ser estos de orden público son de obligatorio cumplimiento para el juez y para las partes y permiten que principios como el de la publicidad y la contradicción se cumplan a cabalidad. Por eso la contraparte podrá saber cuándo se va a practicar la prueba, controvertirla y asumir también una actitud pasiva.

Abarcan términos tan simples pero tan importantes como cuándo, cómo, dónde, por quién y para quién.

Comprenden aspectos necesarios, tanto para la admisibilidad, como para la práctica de la prueba y están relacionados con el cumplimiento de formalidades en su producción. Se clasifican así:

⁴ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal*, Tomo VI de Pruebas Judiciales, (Bogotá: Temis, 2003), 64.

Oportunidad procesal

El sistema civil colombiano exige que las pruebas sean presentadas en la primera instancia y excepcionalmente allegarlas en la segunda instancia. Respecto a las oportunidades probatorias el Artículo 173 del C. G. del P. contempla el principio fundamental de la formalidad y legitimidad de la prueba que dice: “para que sean apreciadas por el juez la pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas”.

Significa que las pruebas deben ser oportunamente allegadas al proceso dentro de los términos establecidos en la ley. A este respecto tratadistas como Lessona, citado por Devis Echandía, consideran que lo probado se entiende con las formalidades y requisitos establecidos en la ley. Pero si la prueba ha sido solicitada y decretada en tiempo y su práctica no ha sido realizada en la oportunidad respectiva, no hay impedimento para que el juez la valore porque en su práctica se dio cumplimiento a los principios de publicidad, contradicción, intermediación y lealtad procesal.

Este principio se relaciona también con el de preclusión de la prueba ya que una prueba oportunamente presentada no puede haber precluido. Es decir, como quiera que la preclusión nos habla de etapas procesales ha de concluirse que si por ejemplo precluyó la etapa probatoria ya no es posible aportar la prueba.

Si precluye el término para presentar una determinada prueba que deja de ser oportuna, se contraviene el mandato del Artículo 173 del C. G. del P.

Lo anterior por cuanto si el juez no respeta esas oportunidades procesales y acepta por ejemplo una prueba presentada extemporáneamente, estaría inmerso en una nulidad procesal e incluso en una violación al debido proceso.

Formalidades procesales

Se relacionan con los requisitos exigidos por la ley para la práctica de las pruebas. Son de tiempo, modo y lugar.

De tiempo

El tiempo se refiere a las oportunidades probatorias, vale decir al momento en que las pruebas deban solicitarse, practicarse o incorporarse al proceso. Si una prueba no se presenta en tiempo es extemporánea y no puede tenerse en cuenta.

Por eso el C. G. del P. señala en su Artículo 164 que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y que las obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

Respecto a la proposición de prueba se debe tener en cuenta que se solicitan con la demanda y su respectiva contestación y que todo proceso tiene una etapa probatoria en la que se practican, controvierten y deciden las pruebas solicitadas y pedidas por cada una de las partes.

De modo

Tiene que ver con las formalidades exigidas por la ley, contempladas en el C. G. del P. y que constituyen una garantía para las partes, partiendo de la base de que los requisitos procesales son de orden público.

Estas formalidades se relacionan con principios básicos del proceso como de publicidad, de contradicción, de inmediación, entre otros.

De lugar

Se refiere al sitio donde se desarrolla y tiene lugar el acto probatorio. En el caso de los actos probatorios, el lugar es el despacho del juez, es ahí donde se recibe la demanda, se recibe, practica y controvierte la prueba, se desarrollan las audiencias y se dicta la sentencia que pone fin al proceso, con algunas excepciones como en la práctica de la inspección judicial o de la prueba pericial.

El lugar de la prueba constituye una garantía para las partes porque tienen adónde acudir para defender sus derechos.

Legitimación y postulación de la prueba

Es el derecho que tienen las partes para solicitar pruebas. Está reservado a ellas, sean estas principales o secundarias, permanentes o incidentales y al juez.

La prueba debe solicitarla la persona que tenga legitimación para hacerlo. En principio la ley exige que la solicitud de las pruebas debe hacerse por medio de un apoderado que sea abogado titulado, a quien la parte le haya otorgado poder especial y que esté debidamente reconocido para tal caso. Si la prueba la solicita una persona no legitimada para ello, puede ser objeto de rechazo del juez.

Aunque en principio la prueba debe ser solicitada por el apoderado legitimado para ello, también puede ser pedida directamente por el demandante, cuando el proceso que va a iniciar no precisa la formalidad de presentar la demanda por

medio de abogado titulado, como sucede en el derecho laboral, en los procesos de única instancia.

Además, la prueba la admite, la ordena para la práctica y la valora el funcionario legitimado para ello, es decir, el juez de conocimiento con algunas excepciones como en el caso del comisionado.

Competencia del juez de la causa o del comisionado

Señala la doctrina que la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha puesto dentro de la esfera de sus atribuciones.

Si el juez es competente para conocer del proceso, debe tener también la competencia o facultad para admitir, ordenar, practicar y valorar la prueba.

Respecto al principio de inmediación el Artículo 6° del C. G. del P. señala:

El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley.

La jurisdicción es la facultad de conocer, juzgar y resolver las causas civiles y criminales, mientras que la competencia es la esfera fijada por el legislador para que se ejerza la jurisdicción.

La jurisdicción es general y hace relación al Estado y a su facultad para administrar justicia por medio de la rama judicial del poder público. La competencia, en cambio, es particular. Y corresponde a cada juez o magistrado según el caso particular.

“Mientras la jurisdicción está demarcada por la propia Constitución, la competencia se define por la ley procesal”, dice Chiovenda.⁵

⁵ Giuseppe Chiovenda, *Curso de derecho procesal civil, Volumen 4* (México: Harla. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, 1997), 195.

Capacidad para el acto de prueba y ausencia de impedimentos y de vicios en los sujetos u órganos de prueba

El acto probatorio debe constituirse sobre la base de la capacidad. Y esa capacidad ha de predicarse tanto para el juez como para las partes.

Capacidad del juez

Para el juez existe la capacidad general y la capacidad procesal. La primera hace referencia a los postulados básicos como la mayoría de edad, la aptitud para discernir dentro de un adecuado uso de sus facultades mentales, es decir, el ser persona –sujeto de derecho– con capacidad de goce y de ejercicio en los términos de ley.

La capacidad procesal es más reducida, más específica. Y hace relación a la competencia, que es particular y representa la facultad que tiene el juez para administrar justicia en un caso concreto y determinado.

Capacidad de las partes

Las partes requieren capacidad para ser sujetos del proceso. Es decir, para comparecer por sí mismas, presentar pruebas y actuar. Comprende, obviamente, las formas esenciales de la capacidad –de goce y de ejercicio–. La primera la tienen todas las personas por el solo hecho de serlo y la segunda –la de ejercicio– corresponde a la facultad para actuar legalmente de manera propia e independiente y sin el ministerio o la autorización de otra persona.

Impedimentos y recusaciones de magistrados y jueces

El artículo 140 del Código General del Proceso señala en su primer inciso que los magistrados, jueces, conjuces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan su existencia y deberán expresar los hechos en los que se fundamenta.

Y “si el superior encuentra fundado el impedimento enviará el expediente al juez que debe reemplazar al impedido” (Inciso tercero, parte pertinente) en auto que no admite recurso (Inciso quinto).

Ahora bien, las causales de recusación están señaladas de manera taxativa en el Artículo 141 del mencionado Código General del Proceso y van desde el interés que pueda tener el juez, su cónyuge, compañero/a permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad en el proceso, en –forma directa o indirecta (Numeral 1)–, hasta el pleito pendiente que

pueda existir “en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar” (Numeral 14), pasando por aspectos como la amistad íntima o la enemistad grave “entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado” (Numeral 9), o “haber dado el juez consejo o concepto sobre las cuestiones materia del proceso o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo” (Numeral 12), entre otras causales.

No es del caso transcribir de manera total el artículo comentado, pero sí es necesario precisar que el Código General del Proceso señala el procedimiento a seguir en el evento de que se tipifique alguna de las causales del Artículo 141 como la oportunidad y procedencia de la recusación, la formulación y el trámite de la misma y la suspensión del proceso en el evento de que prosperen las causales o la causal invocada.

Impedimentos y recusaciones de los secretarios

El Artículo 146 señala, en general, que los secretarios están impedidos y pueden ser recusados en la misma oportunidad y por las mismas causales que los jueces con excepción de los numerales 2 y 12 del Artículo 141 ya citado.

Impedimentos o inhabilidades de testigos y peritos

Ahora bien, es evidente que los testigos y los peritos pueden estar incurso en impedimentos o inhabilidades por causas como el parentesco, lo cual evidentemente resta objetividad a sus actuaciones. Los testigos deben tener además capacidad moral, lo que quiere decir no haber sido sentenciados por perjurio o falsedad.

Los actos de prueba deben ser voluntarios y ajenos por tanto a cualquier vicio del consentimiento: error, fuerza o dolo, lo que podría causar una nulidad procesal y afectar los actos del juez, de las partes o incluso de los testigos, peritos o intérpretes.

Factores de la competencia

Tal como se anotó, la capacidad procesal del juez hace relación a la competencia. Y para fijarla, el legislador ha tenido en cuenta diversos factores. Los principales son:

Factor objetivo

Se refiere al objeto del negocio, la naturaleza del asunto y su valor o cuantía. Tiene en cuenta las pretensiones del actor (*petitum*).

Factor subjetivo

Se refiere a las partes: demandante y demandada.

Factor territorial

Tiene en cuenta el lugar donde debe desarrollarse el proceso; involucra el domicilio o la residencia de las partes.

Factor funcional

Tiene en cuenta la naturaleza específica de la acción y la jerarquía de los jueces. Por ello habla de jueces de primera y de segunda instancias.

Factor de conexión

Cuando una determinada pretensión se ventila en dos o más procesos, este factor permite ventilar el asunto bajo un solo proceso.

6

Fases o etapas de la actividad probatoria

Concepto

Es el conjunto de actuaciones desplegadas por las partes cuando solicitan la prueba; del juez cuando la admite o decreta, la ordena de oficio, la practica y por último la valora; de los sujetos de prueba, de los peritos y de los testigos.

También es la acción y efecto de comprobar los hechos en un proceso mediante los medios utilizados para convencer al juez como testimonios, documentos e indicios, aunados a las razones o motivos que se deducen para declarar la existencia o inexistencia de los hechos, para concluir con la valoración final que el juez haga de ellos.

Algunos autores consideran que dentro de la actividad probatoria hay que distinguir ciertos conceptos relacionados con el acto procesal.⁶

Estos son:

⁶ Uno de estos autores es Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal*, Tomo VI de Pruebas Judiciales, (Bogotá: Temis, 2003), 52-72.

Hecho procesal

Evento dirigido a crear, modificar o extinguir algunos de los vínculos jurídicos que componen la relación jurídica procesal.

Acto procesal

Suceso en el que interviene la voluntad humana, encaminado a lograr la finalidad que buscan las partes dentro del proceso.

Acto probatorio

Conjunto de actuaciones encaminadas a valorar la prueba. Dentro de las actuaciones del acto probatorio se encuentran:

La obtención y/o producción

Es la petición que hacen las partes de uno o varios medios probatorios, destinados al pronunciamiento del juez. Dentro de esta solicitud se excluye la prueba documental que se anexa con la presentación de la demanda.

A su vez la etapa de la producción está constituida por varias fases:

1. La averiguación o investigación: busca obtener la información pertinente relacionada con los hechos que van a ser el objeto del proceso. En el proceso civil, laboral y administrativo la realizan las partes; en el proceso penal está a cargo del fiscal y de la defensa.
2. El aseguramiento: en el proceso penal se encamina a evitar que se pierdan, alteren, oculten o destruyan los elementos materiales probatorios que sirven para demostrar los hechos materia del proceso. Mientras que en el proceso civil se pueden practicar pruebas anticipadas como la inspección judicial, para verificar la forma como ocurrieron los hechos.

El aseguramiento se puede realizar con el apoderamiento material preventivo tanto de cosas como de personas, con la recepción anticipada de pruebas y con la coerción para la práctica.

1. La proposición: es la petición de los medios de prueba destinados al pronunciamiento definitivo del juez.
2. La ordenación: actividad dirigida a decretar la práctica de la prueba, señalando la fecha y hora. Con la notificación del auto que ordena la práctica se cumple con el principio de la publicidad.

3. La práctica: es el centro de toda la actividad probatoria destinada a la recepción o evacuación de cada uno de los medios de prueba solicitados por las partes. Es la esencia del proceso.

La asunción

Se define como el conjunto de operaciones sensoriales o intelectivas realizadas por el juzgador para conocer los hechos materia de la prueba.

El principio de la inmediación es fundamental en esta etapa, ya que el juez debe estar presente en la práctica de las pruebas y en caso contrario debe utilizar todos los medios científicos y electrónicos a su alcance como la videoconferencia para formarse su propio criterio respecto del hecho investigado. Ejemplo: es necesaria la presencia del juez en la práctica de la prueba testimonial, en la inspección judicial y en la declaración de parte.

La valoración

Como se ha dicho, la valoración es la última etapa de la actividad probatoria que le permite al juez valorar la prueba recibida.

Es de suma importancia que el juez se valga de los diferentes sistemas de valoración de la prueba como la tarifa legal, la libre apreciación y la sana crítica, entre otros, con el fin de apreciar cada una de las pruebas. Por ejemplo en la prueba testimonial, se deben establecer con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios y a través de la cual llega a un convencimiento”⁷.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencia del 14 de junio de 1982*.

7

La carga de la prueba

Es una regla de juicio que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen en suministrar las pruebas necesarias para que los hechos se puedan demostrar.

La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso y le dice al juez cómo debe fallar, sin que esto sea una obligación o un deber.

La carga de la prueba es subjetiva porque contempla la situación que cada parte tiene para demostrar los hechos a través de los medios de prueba, sin importar si son aportados por la parte contraria o por el juez de oficio.

Adicionalmente, permite que mediante el debate jurídico y allegando el debate probatorio correcto, se lleve al juez al sano convencimiento para la decisión final.

Según el C. P. C. incumbe a las partes el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y el C. G. del P. establece que el juez podrá de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar 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 por encontrarse en mejor posición para demostrar por su cercanía con el material

probatorio, por tener en su poder el objeto de la 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 que se encuentre la contraparte o por circunstancias similares.

Existe carga dinámica de la prueba, cuando todos los sujetos procesales probatorios (juez y partes), de una manera activa, propongan, presenten y decreten las pruebas necesarias para convencer al juez para su fallo.

El derecho a la prueba y a la carga de la prueba

El Artículo 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, entendido como la forma natural, sin esfuerzos. La persona tiene derecho a conseguir la prueba que le permita demostrar la verdad en su pretensión. El derecho de la prueba significa que a pesar de que a una parte le interesa probar un hecho, la carga de demostrarlo debe ser soportada por la otra.

La igualdad de las partes en el proceso de carga de la prueba

Una real y verdadera igualdad dentro de un proceso, en relación con la carga de la prueba, se da cuando a quien le quede más fácil probar un hecho lo hace y no cuando se le imponga la carga de la prueba a quien invoca el fundamento fáctico.

La lealtad y la carga de la prueba

La lealtad con el proceso es permitir y ayudar para que la sentencia que dicte el juez para resolver el asunto constituya una verdad. Por tanto, es deber de las partes actuar con lealtad, lo cual permite que el juez aplique la ley.

La carga de la prueba del demandante y del demandado

El demandante está gravado con la carga de la prueba de los hechos de los que ordinariamente quiera demostrar y según las normas jurídicas aplicables el efecto jurídico corresponde a las pretensiones de la demanda. Al demandante se le carga la prueba de los hechos que constituyen las condiciones eficientes para el nacimiento del derecho reclamado.

El demandado se le grava con la prueba de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la pretensión del actor, es decir, los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan y extingan la eficacia jurídica de las pruebas que fundamentan la pretensión.

Carga dinámica de la prueba

El Código General del Proceso realza notoriamente la carga dinámica de la prueba y las pruebas de oficio.

El Artículo 167 del C. G. del P. continúa con la noción clásica de que la carga de la prueba corresponde a las partes y establece que les incumbe “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, es decir, cada parte sabe que debe aportar al proceso todo lo que conoce sobre los hechos que son supuesto de las normas cuya aplicación están solicitando. Este código en el inciso segundo del mismo artículo –un aporte nuevo en la legislación colombiana–, autoriza al juez expresamente para la carga dinámica de la prueba así: 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 posición 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 la 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.

La ley no solo autoriza al juez para que por iniciativa propia o por solicitud de la parte pueda reasignar la carga de probar, además queda facultado para considerar que alguien está en mejor condición de acreditar un determinado hecho.

Cuando el juez adopte la decisión de exigir a una parte la prueba y con el fin de que no se les sorprenda a última hora a las partes, esta decisión será susceptible de recurso, para lo cual se le otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, que será sometida a las reglas de contradicción.

El juez deberá hacer la distribución mediante una providencia en la que otorgue a la parte un término suficiente para cumplir con la nueva carga que se le asigna,

con esto queda totalmente erradicada la posibilidad de considerar en la sentencia que una prueba podría haber sido aportada por una parte que inicialmente no soportaba carga.

8

Pruebas extraprocesales

Podrán practicarse pruebas fuera del proceso si se cumplen los requisitos y las reglas que la ley exige para su validez, como la citación y práctica de las mismas.

Cuando se soliciten con citación de la contraparte, la notificación se deberá hacer personalmente, según los Artículos 291 y 292 del C. G. del P., con no menos de cinco días de antelación a la fecha de la audiencia.

El nuevo Código General del Proceso, en su Artículo 190, autoriza a las partes para que de común acuerdo, siempre que no estén representadas por curador *ad litem*, practiquen pruebas o deleguen su práctica en un tercero, las que deberán ser aportadas antes de dictarse sentencia. Esta posibilidad surge desde el Decreto 2651 de 1991, pero es poco aplicada.

Dentro de las pruebas extraprocesales se encuentran las pruebas anticipadas, trasladadas, las preconstituidas y causales.

Pruebas anticipadas

Son las que se practican antes del proceso y sirven como fundamento o medio probatorio en otro que se promoverá. Su práctica anticipada garantiza la obtención de la prueba para acreditar hechos en el futuro proceso.

Se producen en una fase o etapa anterior a aquella que ha previsto ordinariamente el procedimiento de que trata y pueden ser practicadas ante un juez, ante notario o ante alcalde.

Para el efecto, las pruebas anticipadas deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que la prueba que se pretenda asegurar sea posible, conducente, pertinente y útil para el proceso.
2. Que haya razones y motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de tal prueba.
3. Que con el fin de asegurar la prueba que se propone, se realice en un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las partes implicadas o a terceros.
4. La solicitud debe cumplir con los requisitos que exige la ley, entre ellos, dirigido a la autoridad que se requiera para la práctica. En esa solicitud se deben describir los hechos y la prueba que se pretende anticipar. Igualmente, se debe acreditar la dirección para las respectivas notificaciones, la cual debe hacerse personalmente.

Se pueden anticipar las siguientes pruebas:

Interrogatorio de parte

Quien pretenda demandar o tema que se le demande, puede pedir por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre los hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud indicará lo que pretende probar y podrá anexar el cuestionario, sin perjuicio de que lo sustituya total o parcialmente en la audiencia.

Declaración sobre documento

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, cualquier interesado podrá pedir que se cite al autor de un documento privado; al mandatario, con facultades para obligar al mandante o al representante de la persona jurídica a quien se atribuye, para que rinda declaración sobre la autoría, alcance y contenido del documento.

Exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles

Quien proponga demanda o tema que lo demanden, podrá pedir de su presunta contraparte o de terceros la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles. La oposición a la exhibición se resolverá mediante incidente.

Testimonios para fines judiciales

Quien pretenda llevar a un proceso el testimonio de una persona, puede pedir que se le reciba la declaración anticipada con o sin citación de la contraparte, la citación al testigo se hará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente. Cuando el testigo no pueda concurrir al despacho, se le prevendrá para que permanezca en el lugar donde se encuentra y allí se le recibirá la declaración.

Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas partes y se entenderá rendido bajo la gravedad de juramento. Se dejará constancia de lo que contenga la declaración. Estos testimonios pueden practicarse ante notario o alcalde. Los rendidos sin citación de la contraparte deberán ser ratificados y si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, no tendrá validez.

Inspecciones judiciales y peritaciones

Se podrá pedir extraprocerales sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia en un proceso con o sin intervención de perito. Estas pruebas también se pueden practicar con o sin citación de la futura contraparte, salvo cuando versen sobre libros y papeles de comercio, caso en el cual deberá ser previamente notificada la futura contraparte.

Pruebas practicadas de común acuerdo

Las partes podrán de mutuo acuerdo practicar pruebas o delegar su práctica en un tercero, las que deberán ser aportadas antes de dictarse sentencia excepto cuando alguna de las partes esté representada por curador *ad litem*.

Prueba trasladada

Es aquella prueba practicada o admitida en otro proceso o en una actuación judicial. Es la que se lleva a un proceso tomándola de otro simultáneo o anterior.

Son las pruebas practicadas válidamente en un proceso; se pueden trasladar a otro y se aprecian sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra la que se aduce o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas.

La valoración de las pruebas trasladadas corresponde al juez ante quien se aduzcan.

Características

1. Haber sido practicada válidamente.
2. No ser ilícita ni ilegal.
3. Que la prueba haya cumplido con los requisitos que exige la ley.
4. Que no haya sido desconocida ni nula en el proceso primario.
5. Si no se ha ejercido derecho de contradicción, hay que hacerlo.

Requisitos

1. Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente.
2. Que el traslado al segundo proceso sea pedido o pedido dentro de la oportunidad.
3. Que sea expedida en copia.
4. Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de las partes contra las que se aduce o con audiencia de ellas.
5. Si las pruebas se produjeron en otro idioma, se debe hacer la traducción avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores

Procesos en los que se pueden trasladar las pruebas

1. En procesos anulados, siempre que la nulidad no provenga de las pruebas.
2. En proceso penal, civil, laboral y administrativo.
3. En proceso caducado.
4. En proceso extranjero.
5. Pruebas practicadas extraprocesalmente.
6. En procesos en los que estén las mismas partes, parcial o totalmente distintas.

7. En procesos terminados por desistimiento, transacción o arbitramento.

Ratificación de testimonios

1. Procede solo en la prueba testimonial.
2. La finalidad de la ratificación es que se ejerza el derecho de contradicción a quienes no lo han hecho.
3. Consiste en llamar nuevamente al testigo para que bajo la gravedad del juramento repita su declaración y se someta a nuevas preguntas.
4. El testigo no podrá ver su declaración anterior.
5. La ratificación debe cumplir con los requisitos procesales de recepción de testimonios.

Cuando la prueba testimonial trasladada es practicada en procesos entre las mismas partes y como las partes ya han ejercido, en su momento, el derecho de contradicción, la parte contra la que ahora en el nuevo proceso se opone la prueba, no requiere volver a controvertirla. En el nuevo proceso se requiere allegar la constancia de que se realizaron las formalidades exigidas por la ley para la práctica de la prueba y también se deben indicar las partes involucradas en la práctica de la prueba. En este caso el testimonio no requiere ratificación.

Cuando las partes son parcial o totalmente distintas, es importante determinar si la parte contra la que se aduce la prueba en el proceso actual, fungió como parte en el proceso donde fue practicado o admitido el medio probatorio. Es decir, que la prueba se practicó contando o no con la parte contra la que se opone en el proceso actual. Si la parte contra quien se opone la prueba trasladada no intervino en el anterior proceso, deberá surtir el derecho de contradicción en el proceso al que se aporta. En este sentido si intervino en el anterior proceso, no requiere ratificación, pues la parte contra quien se aduce la prueba ya conoció de ella y ejerció el derecho de controvertirla.

Validez de las pruebas en los procesos caducados, terminados por desistimiento, transacción o arbitramento y anulados

Validez de las pruebas trasladadas en procesos caducados

La caducidad es una forma de ponerle fin a un proceso en razón al abandono de la parte obligada a impulsarlo. Sus efectos varían según se trate de la primera o segunda vez que se presente en un proceso entre unas mismas partes y por un mismo objeto y una misma causa. La prueba practicada en un proceso al que se le haya declarado caducidad resulta válida, siempre y cuando haya cumplido los requisitos legales para su validez.

Validez de las pruebas en los procesos terminados por desistimiento, transacción o arbitramento

El desistimiento, la transacción o el arbitramento son formas anormales de terminar los procesos y si las pruebas practicadas dentro de ellos cumplieron con todos los requisitos de ley, conservarán su valor y se podrán trasladar, previo lleno de los requisitos del traslado. Si el proceso ha sido suspendido y ya se han practicado pruebas, estas tienen plena validez.

Pruebas practicadas en proceso extranjero

Estas conservan su eficacia inicial, si el proceso se tramitó con todos los requisitos que la ley exige, según el Artículo 182 del C. G. del P.

Pruebas preconstituidas

Son aquellas que se practicaron antes del proceso, con la finalidad de demostrar un acto o negocio jurídico, pero no se hicieron con la intención de iniciar una futura demanda ni porque alguien temiera que iba a ser demandado.

Prueba causal

En sentido general es la relación entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel (el resultado) ha sido producido por esta (la acción).

9

Clasificación de los medios de prueba

Definición de medios de prueba

Son los instrumentos que suministran al juez ese conocimiento de los hechos que se debaten en el proceso, entre ellos, testimonios, documentos, peritos, etc.

La confesión

La confesión es una declaración de parte, en su sentido procesal.

Como concepto general, es una especie de declaración dada por una de las partes en la que se aceptan hechos que perjudican o benefician a la contraparte.

La confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce y que a ella le son perjudiciales o por lo menos resulten favorables a la contraparte.

Clases de confesión

- Confesión judicial y extrajudicial.
- Confesión espontánea y provocada.
- Confesión oral y escrita.

- Confesión simple y compuesta.
- Confesión expresa y presunta.

- **Confesión judicial**

Es la que se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones.

- **Confesión extrajudicial**

Es la que se hace ante una persona diferente a un juez, un notario, un policía, un sacerdote, un alcalde, etc.

- **Confesión espontánea**

Es la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso, sin previo interrogatorio.

- **Confesión provocada**

Es la declaración que hace una parte en virtud de interrogatorio de la otra parte o del juez, con las formalidades legales.

- **Confesión oral**

La que se hace en audiencia.

- **Confesión escrita**

La que se hace en la demanda, en la contestación o cualquier otro memorial.

- **Confesión simple**

Cuando la parte en su declaración hace un reconocimiento llano de los hechos, cuyos efectos lo perjudican o favorecen a la contraparte.

- **Confesión compuesta**

Esta puede ser concurrente cuando existen varios medios de prueba que sirven para convencer al juez (refuerzan la confesión) y las contrapuestas cuando varios medios de prueba se contradicen, pues unos llevan al juez a concluir algo y otros a otra conclusión.

- **Confesión expresa**

Es aquella que se hace por medio de una manifestación.

- **Confesión presunta**

La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuncia a responder las preguntas asertivas y las respuestas evasivas harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión.

Requisitos de la confesión

Para que se tenga como confesión, debe llenar los siguientes requisitos:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. En este caso la confesión de curador *ad litem* no produce efectos jurídicos en contra de su representado ya que el confesante carece de capacidad jurídica para confesar en nombre de este y por tanto no tiene poder dispositivo sobre el derecho del pupilo que resulte de lo confesado. La Corte ha dicho que el curador *ad litem* no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce funciones de curador. En este caso la confesión no es sobre un hecho propio o personal de quien hace la confesión.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre declaración que hacen las partes en una escritura pública: eso equivale a una confesión.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. La simple declaración de parte será valorada por el juez de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de las pruebas.

• Confesión de litisconsorte

La confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonios de terceros. El mismo valor tendrá la que haga un litisconsorte facultativo, respecto de los demás.

Solo pueden producir sus efectos propios si emanan de todos los que integran el consorcio.

• Confesión por apoderado judicial

Esta confesión tendrá valor cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entenderá otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

No tiene valor la confesión de un apoderado en el alegato de conclusión, a no ser que esté expresamente facultado para ello.

- **Confesión por representante**

El representante legal, el gerente, administrador o cualquier otro mandatario de una persona podrá confesar mientras esté en ejercicio de sus funciones. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

Declaraciones de los representantes de personas jurídicas de derecho público

No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que están sometidas. Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo la gravedad de juramento, sobre los hechos debatidos a que ella conciernen, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro de los términos que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).

Indivisibilidad de la confesión

La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

Infirmitad de la confesión

Toda confesión admite prueba en contrario, es decir, por buena que sea, las partes pueden controvertirla.

Declaración de parte

Es la narración oral sobre los hechos que se debaten en un proceso.

Es la respuesta respecto de las preguntas de la contraparte o el juez cuando este lo considere necesario.

Es un medio de prueba de carácter civil, administrativo, laboral. En derecho penal recibe el nombre de aceptación de cargos.

La declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que lo perjudican o simplemente favorecen al contrario.

El sujeto de la declaración de parte es la parte y los datos que pueda aportar, contribuyen a la formación de convicción del juez.

Es una versión oral en audiencia que las partes hacen, ya que de manera preferencial conocen los hechos o el tema por probar. Por tanto, resulta valioso para el desarrollo del proceso y el convencimiento del juez.

El objeto de la declaración de parte es que se convierta en confesión.

La declaración de parte es una prueba provocada, no espontánea.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte o de oficio, ordenar la citación de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.

Las personas naturales capaces deberán absolver personalmente el interrogatorio.

Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales, cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no está facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.

Cuando se trate de incidente y de diligencias de entrega o secuestro de bienes podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia. Aun cuando hayan absuelto a otro en el proceso en que se promueve el incidente o la diligencia de entrega.

Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decreta quedará notificado en estrados, no admitirá recurso y en él se ordenará que las personas que deban absolverlo comparezcan al juzgado en el día y hora señalados; la diligencia solo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueren procedentes.

Practicado o frustrado el interrogatorio, por la no comparecencia del citado, se reanuda la diligencia.

El juez de oficio podrá decretar careos entre las partes.

Decreto del interrogatorio

En el auto en el que el juez decreta el interrogatorio, se fijarán fecha y hora para la audiencia y se ordenará la citación del absolvente.

Cuando se trate de una persona que no puede comparecer al despacho judicial por enfermedad, se le prevendrá para que permanezca en su habitación el día y hora señalados. De ser el caso, el juez podrá autorizar la utilización de medios técnicos.

Cuando en un proceso sea parte quien ostente la condición de presidente de la República o de vicepresidente, la prueba se practicará en su despacho.

Citación de las partes

El auto que decreta el interrogatorio de parte extraprocesal se le notificará personalmente; el del interrogatorio en el curso del proceso se notificará por estado y en audiencia se notificará en estrados.

Traslado de la parte a la sede del juzgado

Cuando la parte citada resida en un lugar distinto a la sede del juzgado, el juez dispondrá que quien haya solicitado la prueba consigne, dentro de la ejecutoria del auto, el valor que él señale para gastos de transporte y permanencia, salvo que la audiencia pueda realizarse por videoconferencia, teleconferencia o por comisionado. Contra tal decisión no procede recurso.

Requisitos del interrogatorio de parte

1. El interrogatorio será oral.
2. El peticionario podrá formular las preguntas por escrito en pliego abierto o cerrado que podrá acompañar al memorial en el que pide la prueba, presentarlo o sustituirlo antes del día señalado para la audiencia. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la audiencia.
3. Si el absolvente concurre a la audiencia, durante el interrogatorio, la parte que solicita la prueba podrá sustituir o completar el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente.
4. El interrogatorio no podrá exceder las 20 preguntas, pero el juez podrá adicionar las que estime convenientes.

5. Las partes podrán objetar preguntas por las mismas causas anteriores; el objetante debe indicar la causal y el juez resolverá de plano mediante decisión no susceptible de recurso.
6. Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal, las formulará el juez sin juramento. El interrogado será advertido de que no está obligado a responderlas.
7. Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez las dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada hecho. La división se tendrá en cuenta para la limitación del número de preguntas.

Las preguntas pueden ser asertivas o no.

Divisibilidad de la declaración de parte

Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, se apreciarán separadamente.

Práctica del interrogatorio

Antes de iniciarse se le recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.

En la audiencia también podrán interrogar los litisconsortes facultativos del interrogado. El interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado de los hechos materia del proceso.

Si el interrogado manifiesta que no entiende la pregunta, el juez se la explicará.

Cuando la pregunta sea asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con explicaciones que considere necesarias.

La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

Si el interrogado se niega a contestar o da respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente y le prevendrá sobre los efectos de su renuencia.

El juez, de oficio o a petición de parte, podrá interrogar a las demás personas que se encuentren presentes si lo considera conveniente.

La parte al rendir su declaración podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su declaración. Estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos.

Durante la declaración el interrogado podrá reconocer documentos que obren en el expediente.

Inasistencia del citado a la audiencia

La inasistencia del citado al interrogatorio solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria, con justa causa que el juez podrá verificar por el medio más expedito, si lo considera necesario.

Si el citado se excusa con anterioridad a la audiencia el juez resolverá mediante auto contra el cual no procede recurso alguno.

Las justificaciones presentadas con posterioridad a la comparecencia solo serán afectadas si se aportan en los tres días siguientes a la audiencia.

Juramento

Antecedentes

En su *Manual de derecho probatorio* el maestro Jairo Parra Quijano afirma:

En Colombia, como medio de prueba existen dos clases de juramento: el deferido por la ley, que sirve para suplir una prueba que por renuencia de una de las partes no pudo ser practicada y el estimatorio, cuando a una parte se le permite que estime en una suma de dinero la prestación, o en general, los perjuicios a que tiene derecho.⁸

En el anterior Estatuto Procedimental Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970), el juramento estimatorio se encontraba regulado por el Artículo 211, con aplicación en el proceso ejecutivo por obligación de hacer, en los términos del Artículo 493, parte final del inciso primero; ejecución por obligación de no hacer (Art. 494); ejecución por perjuicios y por obligaciones alternativas (Artículos 495 y 496). Igualmente, en las ejecuciones por obligaciones de dar, de hacer y de suscribir documentos, reguladas por los Artículos 499, 500 y 501, respectivamente.

⁸ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 14ª. Ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 715.

La Ley 1395 del 2010, en su Artículo 10, modificó el Artículo 211 del anterior Código de Procedimiento Civil, discriminó la modalidad de prestaciones que pueden ser estimadas razonadamente bajo la gravedad del juramento, las precisó a indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras y determinó las sanciones correspondientes cuando la estimación supere o exceda el 30 % de las cantidades que resulten probadas en el proceso.

La norma vigente del Código General del Proceso, Artículo 206, amplió la disposición anterior, considerando que el juramento estimatorio hará prueba de las cuantías determinadas, mientras no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado correspondiente (traslado de la demanda, de las excepciones de mérito o del incidente, según el caso) y que solamente será atendida la objeción que razonadamente especifique la inexactitud que se le atribuya a la estimación efectuada por la otra parte. Luego no se trata de una objeción infundada.

Respecto al juramento deferido, el Artículo 207 del Código General del Proceso, establece que “tendrá el valor que la ley le asigne”.

Definición de juramento estimatorio

Es considerado como medio probatorio consagrado en el sistema jurídico procesal desde la vigencia del Código Judicial (Artículo 625), mediante el cual se cuantifican en forma razonada y bajo juramento indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras, cuyo reconocimiento pretendan quienes intervienen como parte o terceros en una relación jurídica procesal.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1395 del 2010 y del Código General del Proceso, se determinan taxativamente los casos en los que procede su aplicación, dimensionando su cobertura a reclamaciones por juramento, de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras.

Estimación razonada

La institución exige transparencia, lealtad y justicia para la parte que realice la estimación razonada, pone a prueba su responsabilidad como parte en la relación jurídica procesal.

El juramento estimatorio del concepto hace prueba si la contraparte no lo objetó dentro de la oportunidad procesal respectiva, cual es el traslado que se corre con tal propósito. No obstante, aun cuando no sea objetada la estimación, si el juez advierte que es notoriamente injusta, ilegal o percibe colusión, fraude o cualquiera

otra situación similar, oficiosamente decreta pruebas para justipreciar el valor pretendido por la parte.

En caso de objeción formulada por la parte contraria, se surte el siguiente trámite: dentro de la oportunidad procesal, esto es, dentro del traslado del escrito de objeción por el término de cinco (5) días, la parte que efectuó la estimación solicitará y aportará las pruebas que sustenten su determinación.

La norma procesal no establece un trámite especial por el cual se surta la objeción, asumimos que es equivalente a un incidente, pues deben solicitarse, decretarse y practicarse, si fueren necesarias las pruebas de las partes y decidirse.

Sanciones

Con sustento en el acervo probatorio, si la cantidad estimada bajo juramento excede en el 50 % de la que resultó probada, se condena a quien aplicó el juramento estimatorio a pagar a la otra parte el equivalente al diez por ciento (10 %) de la diferencia. El inciso 4° del Artículo 206 antes referido, fue modificado por la Ley 1743 del 26 diciembre del 2014, ley de fuentes de financiamiento de la Rama Judicial, en el sentido de determinar como una de las fuentes de financiamiento la condena del juramento estimatorio por excesiva estimación, en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, el Artículo 206 determina que el juez no puede reconocer sumas superiores a las estimadas, a menos de que se trate de los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda o que sea resultante del trámite de objeción de la contraparte.

El párrafo de la norma en cita establece que igualmente habrá lugar a la condena referida en la disposición, cuando sean negadas las pretensiones por no haberse demostrado los perjuicios, caso en el cual la sanción es del cinco por ciento (5 %) del valor pretendido en la demanda que contiene las pretensiones desestimadas.

Sobre este último aspecto debe atenderse la Sentencia C-157 del 2013.⁹

Modelo de estimación jurada de indemnización de perjuicios

El juramento estimatorio es uno de los requisitos formales de la demanda.¹⁰

⁹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013*, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 82, num. 7.

Juramento estimatorio de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama

Con sustento en las disposiciones legales de naturaleza sustantiva (Artículos 1613 y ss. C.C, y demás normas concordantes) y el Artículo 206 del Código General del Proceso, la demandante estima la indemnización de los daños y perjuicios en suma igual o superior a (\$) _____, representados de la siguiente manera:

A) Por concepto de daño emergente la suma de (\$) _____ valor equivalente al perjuicio o pérdida derivado del incumplimiento de la obligación por parte de la demandada, generando el detrimento patrimonial de la demandante, quien debió desembolsar los dineros indispensables para el desarrollo de las actividades sociales de la firma.

B) La suma de (\$) _____ por concepto de lucro cesante, representado en los rendimientos o ganancias arrojados por la cifra indicada como daño emergente, a partir de la fecha en que la demandante debió desembolsarla para la adquisición y sustitución de los bienes _____ y lo dejado de percibir por la actora, en razón del incumplimiento del contrato por la parte demandada.

Prueba testimonial: la declaración de terceros

A través de la prueba testimonial una persona física, aun cuando no goce de capacidad para obrar, da razón de su percepción sensorial respecto de hechos concretos con relevancia dentro de una relación jurídico-procesal. El testigo hace una declaración del conocimiento que tiene sobre hechos o circunstancias fácticas concretas. Es ideal que el declarante tenga noticia de los hechos y circunstancias fácticas presentadas con anterioridad a su relato en forma directa, esto es, mediante percepciones propias y no por comunicación de terceros o de oídas.

Como la narración del testigo recae sobre situaciones anteriores, se trata de un medio procesal histórico.

El testigo no es parte ni representante de ninguna de las partes entre quienes se desarrolla el proceso.

Definiciones

El tratadista Jairo Parra Quijano define la declaración de terceros en los siguientes términos: “el testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general”.¹¹

El maestro Hernando Devis Echandía lo define conforme al siguiente tenor literal: “el testimonio es un medio de prueba que consiste en una declaración de ciencia y representativa que un tercero hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza”.¹²

Podría continuar incorporando diversas definiciones, tantas cuantos estudiosos se han ocupado del tema. De ellas se puede colegir que se trata de un medio probatorio personal, procedente de una persona natural, humana o física, pues las personas jurídicas no se encuentran capacitadas para percibir por medio de los sentidos circunstancias o hechos acaecidos o que pueden ocasionalmente persistir al momento de la declaración. Así mismo, esa persona debe ostentar la calidad de tercero, no de parte, y sus datos aportados recaerán sobre hechos o circunstancias fácticas que para el momento de su percepción no eran procesales. Ellos son de su conocimiento o ciencia y no de su voluntad.

El declarante ha de ser una persona imparcial, objetiva, circunstancial, que ha presenciado el hecho por mera casualidad e indicará la razón o ciencia de su dicho, para que el medio probatorio surta los efectos que conforme a los principios de la sana crítica y las reglas del sano entendimiento en la valoración de las pruebas, produzca los efectos esperados en el proceso.

Deber de testimoniar

El Artículo 208 del Código General del Proceso establece que “toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley”.

Si una sociedad pretende una debida administración de justicia es compromiso moral y jurídico de todos sus miembros colaborar en tal propósito, haciéndose partícipe en la función de administrar pronta y debida justicia. El Estado tiene derecho a exigir que quienes se encuentren dentro del territorio, rindan testimonio en los casos en que sea pertinente este medio probatorio y con las formalidades exigidas por la norma procesal.

¹¹ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 14ª. ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 277.

¹² Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed. (Bogotá: Temis), 251.

Citado legalmente por petición de parte o de manera oficiosa, el testigo debe comparecer al estrado judicial y prestar el juramento de rigor como requisito para revestir de veracidad la declaración. No obstante, para impedir la vulneración de libertad de conciencia, principio constitucional consagrado en el Artículo 18, el juez puede abstenerse de exigir el juramento al testigo, quien por sus principios religiosos manifieste estar impedido para prestarlo. El Estado respeta este derecho fundamental.

En todo caso, el testigo tiene la obligación de narrar toda la verdad al juez, de describir los objetos, personas, lugares, supuestos fácticos que originan el medio probatorio en el proceso, para lo cual resulta pertinente la aportación de los documentos que posea, relacionados con su versión y de ser necesario atender las disposiciones del juez para trasladarse al lugar donde ocurrieron los hechos.

Excepciones al deber de declarar

La regla del deber de testimoniar tiene sus excepciones. El Artículo 209 del Estatuto Procesal General dispone que a quienes se les ha confiado un asunto o les ha llegado a su conocimiento por razones de su ministerio, oficio o profesión, no están obligados a declarar.

Por consiguiente, los ministros de cualquier culto admitido en Colombia, los profesionales del derecho, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores y cualquiera otra persona que por mandato legal pueda o deba guardar secreto, en relación con los hechos legalmente amparados por el secreto profesional, no están obligados a comunicarlos por vía de declaración.

La excepción al deber de testimoniar tiende a asegurar y proteger la información obtenida mediante una relación de confianza o de intimidad. Es decir, moral y éticamente, no está obligado a revelar tal información. Es el llamado sigilo o secreto profesional.

En el ámbito penal, se presenta el derecho a guardar silencio, en aplicación del principio de la no autoincriminación. El secreto profesional es absolutamente inviolable, sin excepción alguna.

Capacidad para testimoniar

Como se ha argumentado, existen limitaciones al deber o derecho que tiene toda persona para testimoniar. En razón a la soberanía judicial para la apreciación de las pruebas, en el sistema jurídico colombiano se presentan circunstancias que

pueden inhabilitar o incapacitar al testigo o restarle credibilidad a su versión, en tanto que otros sistemas propugnan porque se eliminen los motivos de incapacidad, pues el órgano jurisdiccional en cada caso concreto, dentro de la oportunidad procesal, valora las declaraciones recibidas.

Quienes no se encuentran incurso en las excepciones al deber de testimoniar, ni bajo las circunstancias reguladas por el Artículo 210 del Código General del Proceso, que inhabilitan al deponente, gozan de capacidad para rendir declaración.

Inhabilidades para testimoniar

Son inhábiles para rendir testimonio los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, los que han sido declarados judicialmente con discapacidad mental absoluta o relativa.

Quienes al momento de rendir su versión presenten alteraciones mentales o perturbaciones psicológicas graves o se hallen en estado de embriaguez, sujeción hipnótica o bajo efectos de alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas son inhábiles para rendir declaración en un proceso determinado. En tal caso, el testigo es relativamente inhábil.

Asimismo, aplicando las reglas de la sana crítica el juez puede, en determinado caso, considerar que una persona es inhábil para declarar.

La inhabilidad del testigo debe formularse por escrito antes de la fecha de audiencia programada en la cual se recibirá el testimonio o dentro de la audiencia en forma oral, invocando y probando la causal en la que se sustenta. El juez debe resolver en la misma audiencia. Si encuentra probada la causal se abstiene de recibir la declaración del tercero.

Imparcialidad del testigo (testigo sospechoso). Tacha

La imparcialidad y objetividad del declarante son requisitos esenciales para la eficacia del medio probatorio. Ante circunstancias de parentesco, dependencia, sentimientos o interés del testigo en relación con la parte o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, se afecta su credibilidad e imparcialidad. Por ello es procedente la tacha.

La tacha derivada de las circunstancias expuestas, debe formularse indicando las causales en las que se funda y, al momento de la valoración de la prueba para tomar la decisión correspondiente, el juez resolverá la tacha propuesta. Es decir, la tacha no impide la recepción de la declaración, como sí ocurre en el caso

de la inhabilidad del testigo e implica que el juez aprecie con mayor rigurosidad la declaración al valorarla, para su credibilidad.

En asuntos relacionados con temas familiares, como el divorcio, la cesación de efectos civiles, la separación de cuerpos y afines, los testigos suelen ser los parientes más cercanos, por ser quienes conocen la intimidad en las relaciones de la pareja. No por ello se le debe restar credibilidad al testimonio.

Años atrás la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

No puede considerarse a priori que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados por otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil.¹³

En materia penal no procede la tacha del testigo; el juez tiene la potestad para decidir si recibe o no la declaración cuando el deponente se ve afectado por cualquiera de las causales.

Como lo consagra el Artículo 211 del Código General del Proceso:

Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La formulación de la tacha debe ser sustentada, precisando y acreditando las causales o razones que se invocan. Se reitera: al momento de fallar, el juez decidirá sobre la viabilidad o no de la tacha promovida.

Momento en el que se adquiere la calidad de testigo

No se adquiere la calidad de testigo por el hecho de la postulación del tercero dentro de las oportunidades procesales respectivas, pues el juez puede o no acceder al medio probatorio. Por consiguiente, esta solo se adquiere cuando el juez decreta

¹³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia del 1º de febrero de 1979*, proceso ordinario de Margarita Vélez Castañeda contra Bertha Judith Lasso Prado, M. P. Dr. Héctor Gómez Uribe, No publicada.

la prueba, bien a petición de una parte u oficiosamente. Decretado el testimonio se impone a la persona el deber de declarar, salvo las excepciones ya referidas.

La calidad de testigo puede perderse, bien porque la parte interesada desiste de la prueba antes de su práctica, bien porque el superior jerárquico revocó la providencia que decretó el medio probatorio o porque se decreta la nulidad de la actuación, sin perjuicio de lo establecido por el Artículo 138 del C. G. del P., respecto a los efectos de la nulidad.

Objeto del medio probatorio

Revisando el contenido de las disposiciones que regulan el medio probatorio, en especial las que establecen la importancia de lograr que el testigo exponga la razón de la ciencia de su dicho, inclusive permitiendo que en algunos casos pueda emitir apreciaciones cuando sean necesarias, dada su especialidad y todas las pertinentes para aclarar sus percepciones, el objeto del medio probatorio es la reconstrucción psíquica de hechos o acontecimientos que son el sustento de las pretensiones invocadas por la parte y origen de la controversia.

Testimonio de altos dignatarios y agentes diplomáticos

Al tenor del Artículo 215 del Estatuto General del Proceso, al presidente de la República y al vicepresidente, se les recibirá testimonio en su despacho. Antes se indicó que el caso de los altos dignatarios era una excepción al deber de comparecer al estrado judicial, pero no al deber de testimoniar.

Cuando se pretenda el testimonio de un agente diplomático de nación extranjera o de una persona de su comitiva o familia o de un dependiente, el Código General del Proceso en su Artículo 216 establece: “se enviará carta rogatoria a aquel por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores con copia de lo conducente, para que si lo tiene a bien declare o permita declarar al testigo”.

Esta es otra excepción al deber de comparecer al despacho judicial.

La prueba igualmente puede proceder de oficio por el juez, cuando de las diferentes actuaciones procesales o de otro medio probatorio aparecen mencionados los terceros que en criterio del juez deben ser oídos para obtener el esclarecimiento de hechos relevantes en la relación jurídico-procesal y pertinentes para obtener la verdad real. La decisión oficiosa no admite recurso, pero permite el derecho de

contradicción por las partes como se puede observar en los artículos 169 y 170, Inc. 2° C.G. del P.

“El juez puede limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso”.¹⁴

Conforme al anterior texto, la limitación solo procede una vez decretados y practicados algunos de los testimonios, no al momento del decreto del medio probatorio, como erradamente lo interpretan algunos funcionarios judiciales. Solamente después de recibidas algunas de las declaraciones se puede colegir que el hecho por demostrar por este medio, se haya probado, no en forma a priori.

Requisitos de la solicitud

El Artículo 212 del C. G. del P. determina los requisitos que debe reunir la solicitud, como indicar nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

Manifiesto es, que si la petición de la prueba no cumple las exigencias de la norma, el juez se abstendrá de decretarla. Ello se deduce de la disposición referida.

Ya se dijo que el decreto oficioso del testimonio exige que el nombre de la persona a citar sea mencionado en cualquiera de las actuaciones realizadas en el proceso.

Se reitera: el juez tiene la facultad de limitar los testimonios cuando los hechos a probar por este medio se encuentren suficientemente esclarecidos, mediante providencia no susceptible de recurso.¹⁵

Formalidades previas al interrogatorio

En estricta aplicación de los principios de la inmediación y concentración del proceso, el juez debe practicar personalmente todos los medios probatorios, sin que el presente sea excepción. Si por circunstancias territoriales o de cualquiera otra índole no pudiera practicar directamente la prueba, acudirá a videoconferencia, teleconferencia o cualquiera otro medio de comunicación que garantice los citados principios y el derecho de contradicción. En casos excepcionales puede delegar la práctica del medio probatorio, cuando no sea posible acudir a las herramientas tecnológicas, siempre que la prueba deba practicarse fuera de la sede del despacho judicial. Así lo determina el Artículo 171 del C. G. del P.

¹⁴ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 212.

¹⁵ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 212.

El juez identifica al testigo, lo juramenta e indaga sobre sus generales de ley (nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios) y todas las circunstancias que permitan establecer la personalidad del declarante y los motivos de sospecha que puedan presentarse.

Además, debe empeñarse en que el testimonio sea exacto, responsivo y completo y explicar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los que obtuvo el conocimiento de los hechos o acontecimientos para obtener la razón de la ciencia de su dicho. Por ello, cuando el testigo es de oídas, el juez deberá exigir que explique las circunstancias que le permitan apreciar el real sentido y alcance de la prueba.

Prohibiciones y juramento

Se prohíbe que los testigos escuchen las declaraciones de los anteriores deponentes, para evitar las influencias entre sí. Permitir lo contrario le resta toda espontaneidad a la declaración.

Al testigo se le identifica con el documento idóneo y el juez procede a juramentarlo como exigencia para que narre lo que le consta o conoce sobre los hechos en torno a los cuales versa el interrogatorio. Le previene sobre la responsabilidad penal por falso testimonio.

Con el juramento el testigo promete decir la verdad en la versión que rendirá, sin ocultarla o deformarla, lo cual conllevaría al incumplimiento del compromiso.

A los menores de edad se les exime de juramento, pero se les exhorta a decir la verdad.

Requisitos del interrogatorio

La práctica del medio probatorio se sujeta a las reglas determinadas por el Artículo 221 del C. G. del P., que en lo pertinente se traducen en: el testigo es interrogado por el juez acerca de su nombre completo, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios, relación o vínculos que pueda tener con las partes, para determinar su idoneidad.

A continuación el funcionario informa sucintamente sobre los hechos objeto de la declaración y le pide que haga un relato de todo cuanto le conste o conozca de ellos. Interrogará para precisar el conocimiento que el declarante tenga de los hechos, la razón de la ciencia de lo dicho, con explicación de las circunstancias de

modo, tiempo y lugar en que se presentaron las situaciones fácticas o acontecimientos expuestos y la forma como llegaron a su conocimiento.

Como se expuso antes, con el testigo de oídas el juez tendrá especial cuidado para establecer las circunstancias que le permitan valorar el sentido y alcance de la declaración.

Cuando el juez culmina el interrogatorio permite a las partes formular las preguntas pertinentes y conducentes. El proceso inicia con quien solicitó la prueba y culmina con el conainterrogatorio de la contraria. Lo novedoso es que las partes después de haber indagado, hacen uso por una sola vez del derecho a formular nuevas preguntas al testigo con fines de aclaración o refutación.

Cada pregunta debe referirse a un hecho que pretenda acreditarse. Es decir, los interrogantes deben ser claros, precisos y concisos, sin que insinúen la respuesta, para evitar que el juez las rechace o que la contraparte las objete.

Si el testigo se rehúsa a declarar sin causa justificable, se le impondrá multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes o arresto inmutable de uno a diez días. Ante respuestas evasivas, se aplica la sanción pecuniaria.

Pertinencia y utilidad de las preguntas

Así como se exige la pertinencia y conducencia del medio probatorio, igualmente las preguntas deben presentar tales requisitos so pena de ser rechazadas por el juez u objetadas por las partes. Tampoco son admisibles las preguntas superfluas, salvo que pretendan precisar la razón del conocimiento del testigo.

El juez desestimaré las preguntas que busquen conceptos del declarante, excepto cuando se trate de experto calificado por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.

No se admiten las preguntas asertivas, por ser insinuantes de la respuesta; las preguntas sugestivas serán excluidas.

Objeciones a las preguntas

Las preguntas que no reúnan las exigencias legales serán objetadas por las partes que deberán indicar la causal. El juez resolverá de plano, sin motivación de la decisión, que no admite ningún recurso.¹⁶ De ninguna manera se consiente una

¹⁶ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 220.

pregunta sugestiva, por insinuar la respuesta (verbigracia: ¿sabe usted y le consta que era Mario quien pagaba periódicamente el valor de las cuotas establecidas en el contrato de mutuo?).

La objeción no requiere formalidad especial, la contraparte intervendrá y la formulará, invocando la razón. El juez decidirá, sin que sea necesario correr traslado de la objeción.

Citación a los testigos

Corresponde a la parte interesada en el medio probatorio procurar la comparecencia del tercero. Podrá requerir de la citación por cualquier medio expedito e idóneo, a lo cual procederá el secretario, dejando constancia en el expediente.

Si el testigo es dependiente de otra persona, el citatorio se dirigirá al empleador y al declarante a quienes se les advertirá sobre las consecuencias del desacato.

El requerimiento para la citación se elevará con la solicitud del decreto del medio probatorio.

Inasistencia, justificación, suspensión de la audiencia, conducción del testigo

Sanción por inasistencia

Ante la inasistencia del testigo, el juez prescindirá de la declaración del tercero, pero la parte interesada podrá insistir y solicitar la colaboración de Policía en la conducción del testigo, para que comparezca en la fecha de la audiencia. Cuando la declaración sea fundamental, el juez ordenará la citación y conducción, podrá suspender la audiencia y señalar nueva fecha para la recepción de la declaración. Si el citado no comparece ni justifica inasistencia dentro de los tres días siguientes se le impone una multa de dos (2) a cinco (5) SMLMV. Serán reconocidos los gastos de traslado, alojamiento y alimentación del testigo. Los rubros que indique el juez por tales conceptos serán reconocidos con posterioridad a la recepción de su declaración, en el caso en que el testigo resida en el lugar de la sede del despacho judicial. Así lo determina el Artículo 214 del Código General del Proceso.

Si el testigo se encuentra en lugar diferente al de la sede judicial, tales gastos serán consignados por las partes dentro del término de ejecutoria de la

providencia que los fije. No obstante, el citado podrá asumir dichos gastos, que serán reembolsables.¹⁷

La obligación para el reconocimiento de los gastos al testigo corresponde a la parte que solicitó el medio probatorio. Si la prueba fue decretada de oficio, siguiendo los principios de equidad, igualdad procesal y de legalidad conforme lo dispone el Artículo 169 *ibídem*, será asumida por las dos partes, por igual, sin que afecte las decisiones sobre las costas procesales.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez para disponer que los testigos residentes fuera de la sede del juzgado declaren a través de los medios técnicos, sin que se haga necesario su traslado.

Careos

No es usual en el ámbito de aplicación de los asuntos civiles, familia, agrarios y comerciales, la práctica del careo entre las partes, los testigos con estas o entre los declarantes entre sí, con respecto a las contradicciones que se adviertan. Esta práctica pone cara a cara a dos o más personas, para esclarecer una situación. El Artículo 223 del Estatuto General del Proceso consagra tal posibilidad, cuyo decreto depende del juez, cuando lo considere conveniente.

Testigo de oídas

No es testigo presencial de los hechos o acontecimientos que pretenden probarse por medio de la declaración. El declarante de oídas, se enteró por otras personas y, por consiguiente, la descripción de las circunstancias que expone, puede distorsionarse. La versión de oídas no es fuente original; de ahí que el juez puede restarle fuerza y eficacia. No significa que debe desestimar la prueba, sino que debe poner especial empeño en su apreciación y valoración en conjunto con los restantes medios probatorios para determinar su grado de credibilidad.

Requisitos de la eficacia de la prueba testimonial

Los requisitos de eficacia de la prueba testimonial difieren de las exigencias para la eficacia y se traducen en el decreto del medio probatorio cuando la solicitud reúne los presupuestos determinados por la ley procesal, la legitimación para pedir la prueba recae en quien ostenta la calidad de parte, su recepción en audiencia, el juramento previo y el cumplimiento de las formalidades de modo, tiempo y lugar.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 224.

Respecto de su eficacia, como han sostenido diferentes doctrinantes, entre ellos el maestro Devis Echandía, para que este medio tenga eficacia probatoria, se requiere:

1. **Conducencia del medio probatorio.** Esto significa que ante la inconducencia el juez le restará todo mérito probatorio. Por ejemplo, pretender demostrar por vía testimonial una garantía real hipotecada sobre un bien raíz.
2. **Capacidad mental.** Es evidente que si al momento de la percepción de los hechos o acontecimientos o al recibir la declaración, el testigo se encuentra en circunstancias que afecten su voluntad, como deficiencias mentales, embriaguez o cualquier alucinógeno, el juez le restará valor probatorio a la declaración.
3. **Que exista la llamada “razón del dicho”.** Esto es, que el testigo deberá exponer las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que ocurrieron los hechos sobre los cuales versa su declaración y la forma como llegaron a su conocimiento.
4. **Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio.** Debe entenderse que el interés del testigo no es solamente respecto del litigio, sino con las partes. De ahí la figura de la tacha antes tratada, con las excepciones allí indicadas.
5. **Ausencia de contradicciones graves en la versión o versiones que rinda el testigo y las de este con los demás testimonios recibidos.** El juez debe analizar las pruebas en conjunto; si observa discrepancias en las declaraciones recibidas, debe restarles eficacia, pues no ofrecen certeza alguna.
6. **Ausencia de mentira en la versión sobre los hechos fundamentales.** El juez debe gozar de la suficiente capacidad para extraer de la versión en conjunto las verdades y las mentiras, a efectos de restarle o no eficacia a la prueba.

Lo importante es que al momento de la valoración de la prueba, aplicando las reglas de la sana crítica y del sano entendimiento, el funcionario judicial pueda colegir la pertinencia, conducencia y eficacia del medio probatorio.

Señor

Juez _____ Civil del Circuito de ---

E. S. D.

Ref. Proceso No. declarativo verbal de contra _____

En mi condición de apoderado del demandante en el caso mencionado en la referencia, encontrándome dentro de la oportunidad procesal regulada por el Artículo 370 del Código General del Proceso, en concordancia con el Artículo 110, Inciso Segundo, ibídem, de manera respetuosa solicito del señor juez se sirva decretar, practicar y tener como medio probatorio la declaración de las siguientes personas, todas mayores de edad, domiciliadas en la ciudad de _____ y residentes en las direcciones que frente a sus nombres se indica, lugar donde pueden ser citados, quienes depondrán sobre los hechos fundamento de las pretensiones del libelo demandatorio, concretamente con los hechos tercero, cuarto y las circunstancias fácticas que desvirtuarán los sustentos de los medios exceptivos que como de mérito formuló el demandado.

Son ellos:

NN, residente en la _____ de la ciudad de Bogotá

Sírvase señor Juez decretar el medio probatorio disponiendo la citación de los testigos en los términos del Artículo 217 del Código General del Proceso.

Muy atentamente,

N.N. _____

T.P. _____

C.C. _____

Dictamen pericial

Concepto y procedencia

“El dictamen pericial es un medio probatorio al que se acude cuando en el proceso es necesario establecer hechos que requieren conocimientos técnicos, científicos

y artísticos, sobre los cuales solo pueden pronunciarse expertos en la respectiva materia.”¹⁸

“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.”¹⁹

Características

Esta prueba es:

1. Personal. El conocimiento le llega al juez mediante una persona que puede ser natural o jurídica.
2. Histórica. Recae sobre hechos pasados, presentes e incluso futuros.
3. Indirecta. Los conocimientos le llegan al juez por conducto de otra persona.
4. Procesal. Se surte como una actuación que se lleva a cabo en el proceso.
5. Calificada. Por las características y los conocimientos especiales que debe tener el dictamen, que deberá ser emitido por institución o profesional especializado.²⁰
6. Independiente. Porque corresponde a la real convicción profesional del perito.
7. Jurado. Se entiende que lo es con la sola firma del perito.
8. Imparcial.²¹ El perito debe realizar su labor con objetividad e imparcialidad y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

De manera general, el dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado.

Naturaleza

Se debe distinguir entre el dictamen *propriamente dicho*, como un medio probatorio por cuanto sirve para llevarle al juez la información de hechos que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos y artísticos; y *el perito*, que para unos es considerado como un testigo técnico y para otros, como un auxiliar de la justicia.

¹⁸ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal, Pruebas Judiciales*. Tomo VI (Bogotá: Temis).

¹⁹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012), art. 226.

²⁰ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 227.

²¹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 235.

Objeto

Las materias susceptibles de dictamen (técnicas, artísticas, científicas) son amplias; el caso es que se trata de llevarle al juez un conocimiento especializado que no posee, pero que requiere para la toma de sus decisiones en el proceso.

Improcedencia

De acuerdo con Azula Camacho es improcedente para determinar una cantidad de dinero y el valor de los muebles cotizados en bolsa.

Igualmente, de conformidad con el Artículo 226 del C. G. del P. no serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 177 y 179, para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera.

Restricciones

Pese a que se afirma que respecto de unos mismos hechos, solo puede decretarse un dictamen pericial, su restricción es relativa ya que si se objeta por error grave, puede decretarse un nuevo dictamen. Igualmente, si no le ofrece motivos de credibilidad al juez, este puede, incluso de oficio, decretar uno nuevo. En la reglamentación del Nuevo Código General del Proceso es absolutamente factible que cada parte en el proceso allegue su propio dictamen, para ser controvertido en audiencia.

Formalidades

El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Conforme al Artículo 266 del C. G. del P., debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participe en su elaboración.
2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.

3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participe en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística
4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.
5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.
6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.
7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el Artículo 50, en lo pertinente.
8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá justificar la variación.
10. Relacionar y adjuntar los documentos y la información utilizados para la elaboración del dictamen.

Disposiciones del juez respecto de la prueba

El juez, incluso de oficio, puede decretarla y adoptar medidas para facilitar la actividad del perito cuando este ha sido designado y solicitar la colaboración de las partes previéndolas sobre las consecuencias de su renuencia, como lo precisa el Artículo 233 del C. G. del P.: a) indicio en su contra; b) presunción de ser ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar; c) multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

Se entiende que esta colaboración consiste en suministrar información, acceder a las cosas y a los sitios a los que haya lugar.

Preferiblemente debe acudir a instituciones especializadas públicas o privadas. Cuando se trate de peritaciones de entidades y dependencias oficiales,²² se entiende que será sobre las materias propias de su actividad y por ello al decretarlas ordenará librar el oficio respectivo para que el director designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen. En este caso la ley dispuso que el dinero para transporte, viáticos u otros gastos necesarios para la práctica de la prueba deberá ser suministrado a la entidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en la que el respectivo director o el juez haya señalado el monto. La norma señala que en caso de no ser aportada la suma establecida, se prescindirá de la prueba.

Nombramiento de los peritos

Actualmente los peritos continúan formando parte de la lista de auxiliares de la justicia, se agrupan por especialidad y se les designa de manera rotativa.

Dictamen aportado por una de las partes

Dentro de los grandes cambios introducidos en el C. G. del P., se encuentran las disposiciones relativas a la práctica de este medio de prueba, por cuanto en la forma como estaba reglamentada se determinó que este era uno de los motivos que causaba mayor dilación en los procesos.

Ahora y desde el primero de enero del 2014, de conformidad con el Artículo 227 del C. G. del P. las partes están en absoluta libertad de acudir a su cargo a otros expertos quienes deberán no solo presentar, sino sustentar y acreditar debidamente su trabajo en la audiencia respectiva, pues la parte que pretenda valerse de un dictamen deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas.²³

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.

Contradicción del dictamen

En la actualidad y conforme lo establece en el Artículo 228 de la Ley 1564 del 2012, la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial puede solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, puede aportar otro o realizar ambas actuaciones.

Estas solicitudes se deberán realizar dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a

²² Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 234.

²³ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 227.

la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento y entonces el juez, si lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la que el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio.

Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. Si se excusa antes de su intervención en la audiencia, lo cual solo podrá hacer por una sola vez, *por fuerza mayor* o caso *fortuito*, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas pendientes del proceso.

Si por algún motivo las justificaciones por las mismas causas se presentan dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo se autorizará el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave.

En los procesos de filiación, interdicción por discapacidad mental absoluta e inhabilitación por discapacidad mental relativa, el dictamen podrá rendirse por escrito.

En estos casos, se correrá traslado del dictamen por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de uno nuevo a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen.²⁴

Dictamen decretado de oficio

De conformidad con el Artículo 230 del C. G. del P., cuando sea decretado de oficio, el juez determinará el cuestionario que deberá contestar el experto, fijará el término para que se rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres

²⁴ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 228, par.

(3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

En este aspecto surge la duda de quién es el obligado a cancelar los honorarios fijados por el juez, pues sin que la norma lo exprese adicionalmente existe la carga de que si el perito designado no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

El perito deberá acompañar los soportes de los gastos en los que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

Práctica y contradicción del dictamen decretado de oficio

Una vez sea presentado, permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, que solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días, pero en todo caso es obligatorio que el perito asista a la audiencia salvo lo previsto en el parágrafo del Artículo 228.

Apreciación del dictamen

El juez aprecia el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso.²⁵

De todas maneras, sin que se entienda que el perito designado por la parte tenga interés en el proceso, en la audiencia las partes y el juez pueden interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad.²⁶

Inspección judicial

Concepto

La inspección judicial es la percepción misma del hecho a probar por el juez, llamada “inspección”, “acceso”, “reconocimiento” o “comprobación judicial”.²⁷

²⁵ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 232.

²⁶ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 235.

²⁷ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 14ª. Ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 615.

“Actuación procesal que realiza el juez, mediante el examen y observación, por sus propios sentidos, de hechos que interesan al proceso.”²⁸

Procedencia

Esta prueba procede de oficio o a solicitud de parte para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso. También procede para el examen de personas, lugares, cosas o documentos.

Será decretada solo si resulta imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, mediante dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba y entonces el juez podrá justificadamente negar su decreto, sin que proceda recurso contra esta decisión.²⁹

Si en el proceso ya se ha practicado una inspección judicial o como prueba extra-procesal, a menos que el juez la considere necesaria para aclararlos.

Características

1. Es personal, por cuanto el juez obtiene directamente la información de los objetos sobre los cuales recae.
2. Es directa, porque el conocimiento de los hechos llega al funcionario por su propia percepción.
3. Es crítica o lógica, pues carece de función representativa y porque el juez obtiene el conocimiento de la propia cosa examinada.
4. Es simple, por cuanto por sí sola suministra al juez el conocimiento de los hechos.

Según el Dr. Jairo Parra Quijano, dependiendo del objeto inspeccionado puede ser directa cuando se puede inspeccionar directamente el hecho que se pretende probar; o indirecta cuando solo se puede inspeccionar el hecho del cual se va a deducir la existencia de otro.³⁰

Naturaleza de la inspección judicial

Aunque algunos consideran que no es propiamente un medio probatorio, es claro que sí lo es ya que esta implica una labor crítica del funcionario, por virtud de

²⁸ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal, Pruebas Judiciales*. Tomo VI (Bogotá: Temis), 304.

²⁹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 236.

³⁰ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 14ª. Ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 580.

la cual tiene que elaborar un juicio para identificar y calificar el objeto o hecho percibido.

Carnelutti sostiene:

La existencia de cualquier cosa que vemos o tocamos, también debe ser comprobada y el fundamento de la comprobación es la prueba. Una cosa es el hecho como objeto de experiencia y otra cosa como objeto de existencia y precisamente de la experiencia del hecho a través del juicio se deduce y arguye su existencia.³¹

Objeto de la inspección

En materias civil y penal, aunque con otros términos, el objeto de la inspección judicial son “las **personas**, lugares, **cosas o documentos**”. En el ámbito penal se hace referencia a los rastros.

Competencia

Por regla general, esta prueba la debe practicar el funcionario de conocimiento o el que sea competente.

En materias civil, laboral y en lo contencioso administrativo, de conformidad con el principio de la inmediación, la inspección debe practicarla el mismo juez que conoce del proceso, sea en primera o en segunda instancia.

En lo penal, la practica un funcionario diferente, según la etapa en la cual se realice.

Etapas

Son tres: 1) Solicitud; 2) Decreto; 3) Práctica.

Con respecto a las dos primeras: quien pida la inspección debe expresar de manera clara y con precisión los hechos que pretende probar.³²

El auto que decreta la inspección judicial debe contener la indicación de la fecha, hora y lugar para iniciarla y dispondrá cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

En la etapa práctica³³ deben observarse el siguiente orden y las siguientes reglas:

³¹ Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, Apéndice XX (Buenos Aires: Arayú, 1955), 238.

³² Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 237

³³ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 238.

1. Iniciación de la diligencia. En el lugar que se haya indicado, cuando se ordenó y con las personas que concurran a ella. Si quien la pidió no comparece, el juez podrá abstenerse de practicarla.
2. Examen e identificación de las personas, cosas o hechos por el juez. Igualmente el juez expresará lo percibido por él y dejará constancia de ello.
3. Si alguna de las partes obstaculiza o impide su práctica, el juez puede imponer multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y se presumirán ciertos los hechos que la otra parte pretendía demostrar con ella o se apreciará esta conducta como indicio grave en contra, si la prueba hubiere sido decretada de oficio.
4. Labor de fijación o reconstrucción. El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron y tomar cualquier otra medida que se considere útil para el esclarecimiento de los hechos.
5. Inspección de personas. Si se trata de examen sobre personas, el juez podrá ordenar los exámenes necesarios, respetando su dignidad, intimidad e integridad.
6. Extensión de la diligencia a otros. En todo caso, el juez podrá en la misma diligencia ordenar que se incluyan pruebas que tengan que ver con los hechos objeto de la inspección. Cualquier decisión que allí se adopte se notificará en estrados y, por tanto, los recursos que procedan se deben presentar en la misma diligencia.

De esta diligencia se levantará un acta que será suscrita por quienes intervinieron en ella.

Cuando la inspección deba versar sobre cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros se aplicarán también las disposiciones sobre exhibición.³⁴

Inspección judicial practicada fuera del proceso

En el Artículo 300 del C. P. C. se regulaba la inspección judicial como prueba anticipada, pero esta no fue incluida en el C. G. del P. en el que por el contrario el Artículo 236 describe de manera excepcional:

³⁴ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 239.

Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de video-grabación, fotografías u otros documentos o mediante dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba.

Cuando exista en el proceso una inspección judicial practicada dentro de él o como prueba extraprocesal con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere necesaria para aclararlos.

El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso.

Cuando la prueba de inspección judicial fue practicada válidamente en un proceso en el que es parte quien la solicitó o contra quien se hizo valer, puede hacerse valer en otro. De todas maneras, conservará su eficacia. Si ninguna de las partes tiene o tuvo esa calidad en el que se practicó y por ello carece de contradicción, deberá volverse a practicar.

Indicios

¿Qué se entiende por indicio? Ver artículos 240, 241 y 242 del C.G. del P.

El indicio es un hecho que permite inferir la existencia de otro no conocido, jurídicamente relevante dentro del proceso, mediante el método deductivo.

La palabra indicio significa indicar.

Un argumento probatorio que permite inducir de aquel otro hecho desconocido, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio.

El indicio es un hecho que tiene la especial propiedad de mostrar otro desconocido.

La palabra indicio denota el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido.

Importancia

La importancia está en todos los procesos para suplir la falta de prueba, muy frecuente en materia penal.

Requisitos

Para que un indicio pueda considerarse como tal debe estar debidamente probado en el proceso.

Conducta de las partes como indicio

El juez podrá deducir indicios de la conducta de las partes.

El juez tiene en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o argumento de prueba a su favor o en contra, según el caso. La gravedad de estas actuaciones las apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las reglas de la experiencia personal y dentro de los límites de la sana prudencia. Por ejemplo: cuando hay un continuo entorpecimiento del proceso con actuaciones irregulares o temerarias.

Algunas de las conductas más frecuentes de las partes son:

1. LA CONDUCTA OMISIVA. Esta presenta varias modalidades:
 - La negativa genérica. Cuando la parte se limite a negar la pretensión o excepción del contrario y no cumple el deber de exponer las circunstancias que concurran a fundar sus alegaciones.
 - Falta de contestación. Cuando la parte no hace una expresión válida de voluntad, sino que se queda en silencio, lo cual puede ser síntoma de un determinado conocimiento, como si estuviera corroborando los hechos alegados por el demandante.
 - Conducta pasiva. Se entiende como la adopción, como la parte que no tiene la carga de probar ni alegar y puede colaborar para el esclarecimiento de la litis.
 - Ocultación de hechos por el actor. Cuando son importantes y su omisión resulta sospechosa.
2. LA CONDUCTA OCLUSIVA. La obstaculización de la fase probatoria, especialmente para que el contrario no pueda practicar sus pruebas, destrucción de la prueba y una negativa de exhibición.

3. **LA CONDUCTA HESITATIVA.** Consiste en formular alegaciones fácticas que real o virtualmente se contradicen. Esto constituye una conducta que indica incertidumbre y predispone en contra de esa parte.
4. **LA CONDUCTA MENDAZ.** El hecho de la falta de veracidad de unas partes en ciertas afirmaciones, hace que el juez se incline a no considerar veraces otras afirmaciones de esa parte. Es decir, la conducta reiteradamente mentirosa.

Apreciación de los indicios

El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gratuidad, concordancia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Elementos del indicio

1. Un hecho conocido que indica.
2. Un hecho desconocido que se busca.
3. Una inferencia lógica, relación de causalidad entre el conocido y el desconocido.

Clasificación de los indicios

1. **INDICIO NECESARIO.** Es aquel hecho que de manera infalible e inequívoca demuestra la existencia del hecho investigado, es decir, el indicio preciso.
2. **INDICIO CONTINGENTE.** Es aquel hecho que, demostrado, puede tener varias causas; se suele clasificar en grave o leve, según la proximidad de la conexión entre los dos hechos.

Prueba documental

Definición de documento

Son tantas las definiciones del documento, cuantos tratadistas se han ocupado de su estudio.

Jorge Cardoso Isaza lo define como:

Cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o

comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano.³⁵

El maestro Hernando Devis Echandía lo define como “toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”.³⁶

Dadas las definiciones que permiten concluir la representación del hecho o manifestación del pensamiento por medio del documento, es un medio de prueba, que según el Doctor Parra Quijano “es un objeto perceptible por cualquiera de los órganos de los sentidos y además sujeto a las leyes de la materia y que ocupa espacio”.³⁷

El mismo tratadista determina las funciones jurídicas del documento, atendiendo su finalidad perseguida, en dos:

1. Una de carácter extraprocesal; de naturaleza sustancial y solemne.
2. Otra de carácter procesal y probatorio. Cuando se incorpora a un proceso para la demostración de un hecho (porque ese medio lo exija) la ley sustancial para la existencia del acto o contrato o simplemente con un criterio *ad probationem*.³⁸

Indivisibilidad y alcance probatorio del documento

El Artículo 250 del Estatuto General del Proceso determina que “la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”.

Documentos en idioma extranjero y otorgados en el exterior

Los documentos extendidos en el exterior, en idioma extranjero requieren su correspondiente traducción por traductor oficial de la lista establecida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que puedan ser tenidos como medio probatorio en una relación procesal. Se entrega en el idioma extranjero, en original y su traducción. El juez que conoce del proceso igualmente puede disponer

³⁵ Jorge Cardoso Isaza. *Pruebas judiciales*, citado por Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*. 14ª. ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 533.

³⁶ Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, citado por Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*. 14ª ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 534.

³⁷ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*. 14ª ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 537.

³⁸ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*. 14ª ed. (Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004), 538.

la traducción del documento mediante traductor designado por él, de la lista de auxiliares de la justicia.

Respecto de los documentos públicos otorgados en país extranjero, por funcionario de dicho país o con su intervención, se aportarán debidamente apostillados, conforme lo determinan los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Si el país del cual proceden los documentos no forma parte del tratado internacional, se allegarán debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en tal país o de nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático debe ser abonada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.³⁹

Documentos rotos o alterados

La norma procesal establece que los documentos parcialmente destruidos, rotos o raspados se apreciarán con las reglas de la sana crítica o del sano entendimiento, desechando las partes enmendadas o interlineadas, a menos que fueren salvadas bajo su firma por quien suscribió o autorizó el documento. Este es el sentido del Artículo 253 del Código General del Proceso.

Fecha cierta del documento

En el documento público es la que aparece en su texto. En documentos privados, se atiende respecto de terceros, desde que haya ocurrido un hecho cierto de su existencia, como la inscripción en un registro público, su aportación al proceso o el fallecimiento de alguno de los que lo ha firmado o autorizado.⁴⁰

Contraescrituras

Son documentos privados cuya finalidad es alterar lo pactado o estipulado por los contratantes en otro documento otorgado por ellos. No produce efectos contra terceros, como lo dispone el Artículo 254 del C. G. del P., y si se trata de contraescrituras públicas, tampoco surtirán efectos si no se hace la anotación marginal de su contenido en la escritura matriz.

Clasificación

Dentro de la amplia referencia que establece el Artículo 243 del C. G. del P. de los documentos, se encuentran los escritos, impresos, planos, dibujos, mensajes de

³⁹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 251.

⁴⁰ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 253.

datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, etc.

Públicos y privados

Los documentos genéricamente se clasifican en públicos y privados. Los primeros son otorgados por funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. También tienen tal alcance los otorgados por un particular que desempeña funciones públicas o con su intervención.

El citado Artículo 243 del C. O. P. indica que si el documento público es autorizado o suscrito por el funcionario, se denomina instrumento público y si este es autorizado por notario o quien haga sus veces, incorporándose en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Los demás son documentos privados.

Respecto a su alcance probatorio, conforme a lo regulado por el Artículo 257 del C. O. P. inciso primero “los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza”. Y en cuanto refiere al documento privado “tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscriben o crean y sus causahabientes como respecto de terceros”, por disposición del Artículo 260.

Gozan de presunción de autenticidad los memoriales que integran un expediente, incorporándose la demanda, su contestación, todos los que impliquen disposición del derecho litigioso y las sustituciones de poder. En razón a dicha presunción no se requiere de la presentación personal de tales piezas procesales.

Los mensajes de datos y todo documento que reúna los requisitos de título ejecutivo también se presumen auténticos.

Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor probatorio que los públicos. Y el Artículo 260 del C. O. P. indica que “los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscriben o crean y sus causahabientes como respecto de tercero”.

Aportación del documento

Procede de la parte interesada su aportación, dentro de las oportunidades probatorias establecidas por la ley.

La norma procesal permite que la aportación del documento a una relación jurídico-procesal se haga en original o en copia.⁴¹ No obstante, determina que cuando se allegue en copia se indicará el lugar donde se encuentre el original, si se tiene conocimiento. Sobre el tema, el Artículo 246 dispone que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”. Igualmente establece la posibilidad de solicitarse por la parte contra quien se aduce una copia del cotejo con el original, lo cual se realizará mediante exhibición en la audiencia que se señale para tales efectos.

Si bien las copias gozan del mismo valor probatorio del original, debe atenderse que en determinados casos se hace necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Tal es el caso de determinados procesos en los que no es viable su trámite con copias documentarias, como sucede en los ejecutivos fundamentados en títulos valores o en hipotecarios con sustento en un ejemplar diferente a la primera copia que presta mérito ejecutivo, con la nota de haberse surtido su inscripción en el registro público o la certificación anexa. El proceso ejecutivo sustentado en títulos valores, exige la presencia del documento original, con firma autógrafa.

Exhibición de documentos

Al tenor de lo dispuesto por el Artículo 265 del C. G. del P., procede la exhibición en dos situaciones: cuando la parte pretenda utilizar documentos que se hallen en poder de otra parte o de un tercero y cuando la parte pretenda utilizar cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero. En la respectiva oportunidad procesal deberá solicitar al juez que ordene su exhibición.

La petición del medio probatorio debe reunir los requisitos del Artículo 266 del estatuto general del proceso, precisando los hechos por demostrar, afirmando que el documento o la cosa se haya en poder de quien está llamado a exhibirlo y la relación que tenga con tales hechos.

Si la exhibición procede de un tercero, se dispondrá su notificación por aviso.

De los documentos exhibidos el juez dispondrá su reproducción si se trata de documento para incorporarlo al expediente o la representación física mediante fotografías, si se trata de otra cosa distinta al documento.

⁴¹ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 245.

La parte a quien se ordenó la exhibición se puede oponer dentro del término de ejecutoria de la providencia que la decreta o dentro de la diligencia en la que se ordenó. El juez apreciará las razones de la oposición y si no la encuentra justificada y se halla acreditado que el documento se encontraba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos a demostrar con la exhibición, exceptuando que los mismos no admitan prueba de confesión, apreciándose la oposición como indicio en contra del opositor. Igual situación procede cuando quien debe exhibir no procede de conformidad con la exhibición, salvo que presente excusa justificada dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia y exhiba el documento en la fecha que nuevamente se señale.

Si la exhibición procede de un tercero, quien se opone o la rehúsa sin justa causa, el juez le impone multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El tercero no está obligado a exhibir documentos de su exclusiva propiedad, cuando gocen de reserva legal o cuando su exhibición les cause perjuicio.⁴²

Igualmente, se presenta limitación respecto a la exhibición de los libros y papeles del comerciante, que puede proceder a solicitud de parte o de oficio, pero en forma parcial, y debe limitarse a los asientos contables y papeles estrictamente relacionados con el objeto del proceso.

Deben atenderse las reglas que consagran las disposiciones mercantiles sobre la materia (ver Mis. 61 y S. s. C. Co.).

Tacha de falsedad

Procede de la parte a quien se le atribuya el documento afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella.

La tacha por falsedad del documento debe formularse dentro de las oportunidades pertinentes. Si el documento se anexó con la demanda, la tacha procede en la contestación del libelo demandatorio; en los demás casos, dentro de la audiencia en la que se ordene tenerlo como medio probatorio. Igualmente la tacha procede en las reproducciones mecánicas de voz o de la imagen de la parte contra quien se aduzcan.⁴³

⁴² Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 267.

⁴³ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 269.

No solo la parte contra la que se aduce el documento puede tacharlo, sino sus herederos, dentro de las mismas oportunidades procesales.

Trámite de la tacha

Dependiendo del momento procesal en el que se formule la tacha, esta se presentará en forma escrita, disponiéndose el cotejo pericial de la firma o manuscrito y se dictaminará sobre las posibles adulteraciones. Estas pruebas se practicarán dentro de las oportunidades señaladas para practicar las del proceso o incidente en el que se promovió la tacha. La decisión de la tacha se dicta conjuntamente con la del proceso o el incidente.

La tacha en las sucesiones se promueve, tramita y resuelve como incidente y en los procesos ejecutivos, como excepción.⁴⁴

Efectos

Al tenor de lo regulado por el Artículo 271 del Código General del proceso, la declaratoria total o parcial de falsedad de un documento, debe ser expresa y según se decida la falsedad o autenticidad, se hará constar al margen o a continuación de este, mediante nota especificada. Si recae sobre el original de documento público, el juez oficiará a la oficina de origen para que tome nota de la circunstancia en el documento. Del mismo modo, remitirá copias al funcionario competente para la investigación penal. El trámite de la investigación penal no suspende el trámite incidental de la tacha; sin embargo, la decisión de la autoridad penal produce efectos en el proceso civil en que se realiza la tacha.

El medio probatorio idóneo para determinar la falsedad o autenticidad de un documento es el dictamen pericial de perito grafólogo.

Desconocimiento

La parte contra la que se aduce un documento allegado al proceso, no firmado ni manuscrito por ella, podrá desconocerlo siempre y cuando argumente las razones. Tal desconocimiento deberá manifestarse dentro del mismo término u oportunidad procesal para formular la tacha. Se corre traslado a la otra parte del desconocimiento que podrá deprecar el trámite de autenticidad en la forma y términos establecidos para la tacha.

⁴⁴ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 270.

Cuando el documento sea esencial para emitir la decisión en el proceso, podrá oficiosamente ordenarse el trámite de autenticidad y si se desconoce podrá prescindirse de él, por carecer de eficacia probatoria.

El desconocimiento no aplica en reproducciones de voz e imagen contra quien se aduce ni en documentos suscritos por ella. Procede el trámite de la tacha.

Cotejo

En procura de demostrar la falsedad o autenticidad de un documento es pertinente el cotejo de letras o firmas, teniendo en cuenta los documentos que relaciona el Artículo 273 del Estatuto General del Proceso.

Sanciones al impugnante vencido

La sanción regulada por la norma procesal, para quien habiendo propuesto la tacha sin obtener decisión favorable, es del 20 % del monto de las obligaciones contenidas en el documento o de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Documento electrónico

El Artículo 243 del Código General del Proceso determina:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Desde la entrada en vigencia del Estatuto Procedimental Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970), derogado por la Ley 1564 del 2012, el Artículo 251 hablaba de las grabaciones magnetofónicas, como modalidad de documentos. No obstante, no ha sido fácil la aceptación de los contenidos en soporte electrónico, dada la ausencia de materialización.

Los soportes informáticos son una modalidad de documentos electrónicos, producidos directa o indirectamente por el hombre, con capacidad para simbolizar hechos o manifestaciones del pensamiento, aun cuando no tengan representación física como sucede con otras formas documentarias.

La Ley 527 de 1999 regula todo lo relacionado con el comercio electrónico. Por tanto, los mensajes de datos, aceptados como medio probatorio documental, deben seguir los criterios tradicionales de las técnicas electrónicas vigentes en otros países.

La experiencia demuestra que los documentos electrónicos se encuentran en capacidad de demostrar similares niveles de seguridad que el papel y, por supuesto, un mayor grado de rapidez y confiabilidad, de ahí su eficacia y validez como medio probatorio. Con sustento en las reglas de la sana crítica o del sano entendimiento y demás criterios reconocidos legalmente los mensajes de datos serán apreciados y valorados.

Los documentos electrónicos son allegados a una relación jurídica procesal dentro de las respectivas oportunidades probatorias en CD o DVD o en papel impreso. Puede o no encontrarse firmado el documento. Si no se halla firmado digitalmente, exige explicar minuciosamente métodos y signos que ayuden a determinar la autoría.

No existe norma que impida el trámite de autenticidad o tacha de un documento de tal naturaleza.

La Ley 527 regula lo relacionado con la confidencialidad, la integridad y la autenticidad de un documento electrónico, provisto de su firma electrónica. El Artículo 6 de la misma ley establece: “Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta”.

La cita corresponde a la aplicación de una tendencia internacional según la cual, se presume la autenticidad e integridad del documento electrónico cuando se utiliza la firma digital. Y sobre tal firma digital el Artículo 28 de la norma en comento dispone:

Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

No obstante lo regulado por la Ley 527 respecto a la firma digital, el Código General del Proceso en su Artículo 244 inciso sexto dispone que “los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos” y concluye indicando

que el contenido de tal disposición aplica para todos los procesos y para todas las jurisdicciones.

El Decreto 19 del 2012 contiene modificaciones a varias disposiciones de la Ley 527 de 1999.

Modelo de solicitud de exhibición de documentos

Exhibición de documentos

Solicito del señor Juez se sirva decretar exhibición de documentos en los archivos y libro de actas del Edificio _____, que reposan en la Oficina de Administración del Edificio, ubicado en la _____ de la ciudad de _____, para obtener copias debidamente autenticadas de todos los documentos y videos antecedentes y concomitantes de la asamblea general ordinaria del ____ de ____ del 20 ____, origen de la presente acción y verificar los hechos soporte de la demanda, incluida el acta levantada.

En especial se pretende con la práctica del medio probatorio:

1. Acceder a toda la documentación preliminar de la reunión de asamblea general de copropietarios del Edificio _____, desarrollada el día __ de _____ del 20 ____, para obtener con la intervención del señor juez, copia debidamente autenticada de los mismos, con destino al proceso.
2. Obtener con destino al proceso, copia del registro de asistentes a la asamblea y los poderes allegados para ejercer la representación de propietarios.
3. Obtener copia de la grabación audiovisual de la asamblea, con destino al proceso.
4. Obtener copia autenticada del acta levantada, fecha de publicación y establecer diferencias en el ejemplar insertado en el libro de actas y el borrador publicado.

Los demás puntos que surjan dentro de la diligencia, para lo cual se reserva el derecho de ampliar el temario.

Prueba por informe

Concepto y procedencia

De acuerdo con el Código General del Proceso, este será un nuevo medio de prueba, según el cual, el juez, de oficio o a solicitud de parte, puede pedir informes a entidades públicas o privadas o a sus representantes o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal.⁴⁵

Igualmente, las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso o por iniciarse.

Requisitos y formalidades

Cuando se soliciten los informes, se debe indicar en forma precisa su objeto y el plazo para rendirlos con la advertencia relativa a que su demora, renuencia o inexactitud injustificada para rendir el informe será sancionada con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.⁴⁶

Estos informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable de ellos.

Si la persona requerida considera que alguna parte de la información solicitada se encuentra bajo reserva legal, deberá indicarlo expresamente en su informe y justificar tal afirmación.

Si el informe hubiere omitido algún punto o el juez considera que debe ampliarse o que no tiene reserva ordenará rendirlo, complementarlo o aclarar lo correspondiente, en un plazo que no superará la mitad del inicial.

Facultades de las partes

De conformidad con el Artículo 277 del C. G. del P., una vez rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro de los cuales podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados.

⁴⁵ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 275.

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia, *Ley 1564 del 2012*, art. 276.

Bibliografía

- Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal*, Tomo VI de *Pruebas Judiciales*. Bogotá: Temis, 2003.
- Bentham, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. París: E. Dumont, T 1, 1825.
- Betancur Jaramillo, Carlos. *De la prueba judicial*. 2ª ed. Medellín, Colombia: Dike S. A., 1982.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1564 del 2012*, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-157 del 21 de marzo del 2013*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia del 1º de febrero de 1979*, proceso ordinario de Margarita Vélez Castañeda contra Bertha Judith Lasso Prado. M. P. Dr. Héctor Gómez Uribe. No publicada.
- Cuello Iriarte, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas penales*. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2008.
- Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. 11ª ed. Bogotá: Temis, 2011.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2003.
- García Vanegas, David. *Lecciones de derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. Volumen 4. México: Harla. Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, 1997.
- Michelli, Gian Antonio. *La copia de la prueba editorial*. Trad. Santos, S. Bogotá: Temis, 2004.
- Ortega Torres, Jorge. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Temis, 2012.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 14ª ed. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2004.
- Peláez Hernández, Ramón. *Manual para el manejo de la prueba, con énfasis en el proceso civil, penal y disciplinario en el contexto de la oralidad*. 3ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2013.
- Quiceno Álvarez, Fernando. *Valoración judicial de las pruebas*. 2ª ed. Bogotá: Editora Jurídica Bolivariana, 2006.
- Rocha Alvira, Antonio. *De la prueba en derecho*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- Urbano Martínez, José Joaquín. 2011. *La mera estructura probatoria del proceso penal*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Younes Jerez, Simón. *Credibilidad y certeza en la prueba judicial*. Bogotá: Leyer, 2001.

Bibliografía consultada

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Expedientes 05001-3103-014-2001-00177-01 del 2009*. M.P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Expedientes 11001-3103-043-2003-00620-01 del 2009*. M.P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Expedientes 23162-31-03-001-1999-00097-01*. M.P. César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Expedientes 25397-31-84-001-1992-00613-01 de 2007*. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. [Prueba de ADN- Apreciación del dictamen en su integridad. Paternidad extramatrimonial – Apreciación conjunta de la prueba testimonial y de la prueba del ADN].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. *Sentencia del 11 de septiembre de 1995, rad. 7618*. M.P. Dr. José Roberto Herrera Vergara, publicada en revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo. XXIV, número 287.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia 011 del 2008*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [Testigo técnico emite su declaración en términos orientados por los principios y la lógica que rigen la ciencia que practica].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia 016 del 2007*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia 052 del 2005*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *Sentencia 095 del 2008*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 1400 de 1970*, “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil” (Bogotá: *Diario Oficial* 33.150, 21 de septiembre de 1970). Arts. 175, 187 y 241.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia, en junio de 2015.
Se imprimieron 300 ejemplares sobre papel Bond de 70 gramos, en
tipografías Arno pro de 12 puntos y Helvetica Neue en los talleres de
Digiprint editores e.u.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C. Colombia



DERECHO PROBATORIO

Teniendo en cuenta que el derecho probatorio tiene como finalidad la búsqueda de la verdad, esta obra pretende presentar a la comunidad académica, las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad probatoria en el contexto del proceso judicial. Este texto comprende los principios generales de la prueba judicial, las etapas, requisitos extrínsecos e intrínsecos, los sujetos y los diversos medios de prueba de la actividad procesal probatoria, como garantía del debido proceso y los demás derechos que confieren las normas sustanciales y procesales a quienes intervienen en la actividad probatoria.

Este libro se trabajó con fundamento en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 (Código General del Proceso) en relación con las modificaciones que produjo la disposición frente a los medios de prueba tanto procesales como extraprocesales, fijando su contenido y alcance, procurando su actualización con la jurisprudencia pronunciada por los altos tribunales.

