

Las pruebas practicadas de común acuerdo por las partes. un camino en construcción¹

The tests carried out by common agreement by the parties. a road under construction

Horacio Cruz Tejada²

Resumen

Pese a que el modelo procesal actual invita a que las distintas actuaciones procesales se realicen en audiencia de manera oral, con privilegio de la inmediación, la concentración y la publicidad³, ello no implica que todas las pruebas sobre las que se funda la decisión de fondo deban practicarse de manera intraprocesal y bajo la dirección de la autoridad judicial que resolverá el asunto.

Claramente el mismo legislador ha dispuesto varias excepciones a la regla de la inmediación, las cuales tienen como soporte el derecho al debido proceso⁴. Sostener que la inmediación constituye un principio de carácter absoluto implicaría cercenar la posibilidad de practicar pruebas por fuera del proceso (pruebas extraprocesales), allegar pruebas practicadas en otros procesos (prueba trasladada), o de comisionar para la práctica de pruebas⁵, lo que se traduciría en la

¹ Este artículo corresponde, en esencia, a la ponencia escrita presentada para el XL Congreso colombiano de derecho procesal, celebrado en el año 2019 en la ciudad de Medellín, evento organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Dicha ponencia, titulada “*Las pruebas extraprocesales en el Código General del Proceso y su obtención de forma directa por las partes*”, se encuentra publicada en las memorias del congreso.

² Abogado y especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal y del Comité Colombiano de Arbitraje; actualmente es profesor de planta de la Universidad del Norte, institución en la que regenta las cátedras de Arbitraje y oralidad jurídica; ha sido profesor de pregrado en la Universidad de los Andes y de posgrado en programas de especialización y maestría en derecho procesal en diferentes universidades del país, como Externado de Colombia, Icesi, Nariño, entre otras; miembro de la lista de secretarios de Tribunales arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; miembro de las listas de árbitros de los Centros de Arbitrajes de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Barranquilla. Correo: horaciocruztejada@yahoo.com.mx

³ Así lo sugieren los artículos 3°, 5° y 6° del Código General del Proceso.

⁴ Una de las garantías que compone el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, corresponde a “*presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...*”.

⁵ Estas son algunas de las excepciones a la inmediación que se encuentran autorizadas por el legislador. No obstante, debe reconocerse que existen otros eventos en los que se deja de lado dicha regla.

vulneración del derecho a la prueba, garantía esencial que hace parte del derecho al debido proceso.

Dicho lo anterior cabe preguntarse si resulta legítimo que las partes puedan realizar un ejercicio de recaudo y práctica de pruebas sin la presencia del juez que eventualmente conocerá el asunto al cual está soportado en tales pruebas. En las siguientes líneas expondré las razones por las que considero que sí resulta legítima la práctica probatoria en cabeza de las partes, desde luego, en un escenario extraprocesal y sin intervención de autoridad judicial.

Si bien la autoridad judicial tiene la responsabilidad de emitir decisiones de fondo que le pongan fin a la *litis* en un plazo razonable (CGP, art. 121), las partes también tienen el deber de colaborar con la actividad judicial suministrando información de calidad al juez, esto es, las pruebas que quieran hacer valer, debidamente controvertidas, a fin de que la actividad probatoria intraprocesal sea mínima y sólo se centre en aquellas situaciones que definitivamente no pudieron ser evacuados por las partes por fuera del escenario judicial. Sólo así podremos garantizar el cumplimiento del término razonable de duración del proceso y de paso, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras claves

Pruebas extraprocesales, pruebas de común acuerdo, debido proceso de duración razonable.

Abstract

Despite the fact that the current procedural model invites the different procedural actions to be carried out orally in hearing, with the privilege of immediacy, concentration and publicity, this does not imply that all the evidence on which the substantive decision is based must be carried out intra-procedurally and under the direction of the judicial authority that will resolve the matter.

Clearly, the same legislator has provided several exceptions to the immediacy rule, which are supported by the right to due process. To maintain that immediacy constitutes a principle of an absolute nature would imply curtailing the possibility of taking evidence outside of the process (extra-procedural evidence), bringing evidence from other processes (transferred evidence), or commissioning evidence to be taken, which would translate in the violation of the right to evidence, an essential guarantee that is part of the right to due process.

Having said the foregoing, it is worth asking whether it is legitimate for the parties to carry out an exercise of collection and practice of evidence without the presence of the judge who will eventually hear the matter to which such evidence is supported. In the following lines I will explain the reasons why I consider that the practice of evidence at the parties' head is legitimate, of course, in an extra-procedural scenario and without the intervention of a judicial authority.

Although the judicial authority has the responsibility of issuing substantive decisions that put an end to the litigation within a reasonable period of time (CGP, art. 121), the parties also have the duty to collaborate with the judicial activity by providing quality information to the judge. , that is, the evidence that they want to assert, duly controversial, so that the intra-procedural evidentiary activity is minimal and only focuses on those situations that definitely could not be evacuated by the parties outside the judicial scenario. Only in this way can we guarantee compliance with the reasonable term of duration of the process and, in passing, of the right to effective judicial protection.

Keywords

Extra-procedural evidence, evidence by mutual agreement, due process of reasonable duration.

Introducción

En el marco de la actual coyuntura procesal, caracterizada por la creciente tendencia hacia la oralidad y la concentración en los procedimientos judiciales, surge una cuestión de vital importancia que reclama atención y análisis profundo: El rol y la importancia de las pruebas extraprocerales en el modelo establecido por el Código General del Proceso. Si bien este código aboga por un proceso conducido en audiencias orales y bajo la guía inmediata del juez, se destaca un espacio crucial para la obtención y presentación de pruebas en una fase preprocesal, cuya significativa utilidad se extiende más allá de la sala judicial.

La coexistencia de la oralidad y la escritura en el proceso se erige como uno de los pilares fundamentales del sistema, desafiando la noción tradicional de que todas las actuaciones deben llevarse a cabo en audiencias. Es innegable que el proceso encuentra en las audiencias un terreno fértil para la agilidad y la confrontación directa, pero ello no excluye la posibilidad de que las partes adelanten acciones extraprocerales para asegurar su posición y acelerar el trámite. Un aspecto crucial radica en la noción de que el juez, aunque central en el proceso, no es la única

fuente de pruebas admisibles; las partes están habilitadas y, en ciertos casos, incentivadas a aportar pruebas antes de que el escenario judicial tome lugar.

En este contexto, se dibuja una paradoja esclarecedora: mientras que la inmediación procesal rige la actividad probatoria en el interior del proceso, permitiendo al juez tomar contacto directo con las pruebas presentadas, su alcance no puede ser interpretado como absoluto. La necesidad de equilibrar la eficacia y celeridad procesal con la garantía del debido proceso conduce a la expansión de un espacio extraprocesal para la obtención de pruebas. En esta vía, se vislumbra una nueva perspectiva que destaca el papel esencial de las pruebas extrajudiciales en la construcción de un sólido sustento fáctico de las teorías de las partes.

En un proceso atravesado por la complejidad de las relaciones jurídicas y la multiplicidad de perspectivas, la importancia de las pruebas extraprocesales adquiere una dimensión particularmente significativa. Estas pruebas no solo anticipan la confrontación judicial, sino que también coadyuvan a la preconstitución de la evidencia, aseguran la integridad de las pruebas, fomentan el entendimiento entre las partes y, en última instancia, contribuyen a la articulación eficaz de sus argumentos. La obtención directa de pruebas por parte de los sujetos procesales no sólo es legítima, sino que revela un nivel de responsabilidad y compromiso en la construcción de sus respectivas teorías del caso.

En el presente artículo de investigación, se profundizará en la trascendencia de las pruebas extraprocesales en el esquema normativo del Código General del Proceso. A través de un análisis detallado, se explorarán los beneficios de esta modalidad probatoria, desde la preconstitución hasta la generación de oportunidades de acercamiento entre las partes, con un enfoque en cómo estas pruebas enriquecen la teoría del caso. Asimismo, se abordará la cuestión de si es necesaria la participación o anuencia de la autoridad judicial para legitimar la obtención de pruebas de forma directa por parte de las partes. En última instancia, se busca arrojar luz sobre la crucial interacción entre el sistema procesal y las pruebas extraprocesales, en aras de una justicia más eficiente y equitativa, sin menoscabo del debido proceso.

1. El modelo procesal adoptado por el código general del proceso

Si bien existe una tendencia a que las distintas actuaciones procesales se surtan en audiencia, de forma oral y concentrada y bajo la dirección del juez, no son pocos los actos procesales que se pueden realizar con apoyo en la escritura⁶. Así, por

⁶ Al respecto, Tejeiro Duque señala: *“Sin embargo, es menester aclarar que el mencionado principio [oralidad] no implica necesariamente el cumplimiento de todas las etapas procesales de manera oral, pues la escritura no constituye un método vetado o extinto, en cuanto puede, en ciertos casos, ofrecer mejor solución a los*

ejemplo, todas las actuaciones propias de la fase de postulación, llámese presentación de la demanda⁷, calificación de esta por parte del juez, notificación del auto admisorio y traslado de la demanda, traslado de las excepciones de mérito al demandante y de la eventual objeción al juramento estimatorio, si fuere el caso, son actuaciones procesales que se surten de forma escrita y, por ende, por fuera de audiencia.

De hecho, una vez agotada dicha fase, en la cual las partes conocen la postura inicial de su adversario y las pruebas que pretenden hacer valer para acreditar los supuestos fácticos que fundamentan la teoría del caso de cada uno, en el evento en que el juez advierta suficiencia probatoria, debe dictar sentencia anticipada (CGP, art. 278), para lo cual no será necesario convocar a audiencia, pues este escenario solo se justifica en la medida en que se requiera de la práctica de pruebas⁸. Ocurre lo mismo en aquellos eventos señalados en la ley en los que, ante la falta de oposición del demandado, le corresponde al juez dictar sentencia⁹.

Así las cosas, pese a que el artículo 3º del estatuto procesal prevé que “*todas las actuaciones se cumplirán de forma oral (...)*”, ese mismo precepto habilita el desarrollo de actuaciones procesales de forma escrita. De igual manera, que el estatuto procesal prevea que el debate procesal deba surtirse en audiencias, no significa que estas se lleven a cabo necesariamente en el marco del proceso judicial. De ahí que las partes puedan practicar pruebas de forma extraprocesal y allegarse al proceso en las oportunidades probatorias señaladas en la ley.

Cabe también destacar que el principio de inmediación que gobierna la actividad probatoria (CGP, art. 6º) no obliga a que todas las pruebas de las que se sirve el

trámites, razón por la que un adecuado modelo debe incluir los dos esquemas con la finalidad de que combinadamente viertan los mejores beneficios, pues como lo expresó Adolf Wach, en sus Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, el “[...]mejor procedimiento, en cuanto a la forma, será aquel que, libre de un doctrinarismo unilateral, una las ventajas de la oralidad con las de la escritura [...]””. TEJEIRO DUQUE, OCTAVIO AUGUSTO. “Principios generales del nuevo Código General del Proceso”. En: *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. CRUZ TEJADA, HORACIO (coord.). Bogotá, Ediciones Uniandes, 2ª edición, 2017, p. 15.

⁷ Queda a salvo la posibilidad prevista en el artículo 391 del Código General del Proceso para los asuntos que se tramitan por la cuerda del proceso verbal sumario de presentar, tanto la demanda como su contestación, de manera verbal.

⁸ A propósito de la posibilidad de dictar sentencia anticipada cuando no hubiere pruebas por practicar, en sentencia de tutela de 27 de abril de 2020, la sala civil de Corte Suprema de Justicia, sostuvo: “*la permisión de sentencia anticipada por la causal segunda presupone: 1. Que las partes no hayan ofrecido oportunamente algún medio de prueba distinto al documental; 2. Que habiéndose ofertado éstas fueron evacuadas en su totalidad; 3. Que las pruebas que falten por recaudar fueron explícitamente negadas o desistidas; o 4. Que las probanzas faltantes sean innecesarias, ilícitas, inútiles, impertinentes o inconducentes*”. M.P. Octavio Tejeiro Duque.

⁹ En relación con la sentencia anticipada, recomiendo la lectura de mi ponencia presentada en el marco del XXXVIII congreso colombiano de derecho procesal, titulada “Una mirada reflexiva a la sentencia anticipada en el Código General del Proceso”. CRUZ TEJADA, HORACIO. En: *XXXVIII congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017, pp. 721-750.

juez para resolver un asunto de fondo deban ser practicadas por dicha autoridad judicial. De ser así, se estaría desconociendo de tajo la posibilidad de practicar pruebas extraprocerales, trasladar pruebas o comisionar su práctica. La intermediación constituye una herramienta fundamental para la actividad probatoria que se adelanta en el marco del proceso en el que se van a hacer valer, pero no es absoluta, pues existen situaciones, como las descritas, en las que aquella [la intermediación] cede ante el derecho a la prueba (CP, art. 29).

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si en realidad el estatuto procesal reguló un modelo de proceso fundamentalmente oral y con privilegio de la intermediación y concentración¹⁰, y si las pruebas que las partes pretenden hacer valer deben practicarse de forma intraproceraal y ante la autoridad judicial encargada de resolver el asunto.

De entrada, debo reiterar que, si bien una de las apuestas del CGP fue la de implementar un proceso por audiencias, ello tiene cabida siempre que se advierta la necesidad de practicar pruebas dentro del proceso, caso en el cual, indefectiblemente el juez tendrá que convocar a audiencia a fin de adelantar el correspondiente debate probatorio, escuchar las alegaciones finales de las partes y proferir sentencia en dicho escenario (CGP. art. 373), dando así cumplimiento a las reglas de la oralidad, la intermediación y la concentración. No obstante, la finalidad del proceso no se detiene en el cumplimiento de tales postulados, pues más allá se encuentran la celeridad y la eficacia procesal, así como la tutela judicial y la efectividad del derecho sustancial (CGP, arts. 2º y 11) como faro que orienta al juez en la actividad procesal, respetando, desde luego, el derecho al debido proceso.

E ahí que deba destacarse la importancia que presentan las pruebas extraprocerales para la acreditación de los supuestos fácticos que soportan la teoría del caso de cada una de las partes, con lo cual se evita un desgaste probatorio innecesario en el marco del proceso judicial y se posibilita la resolución pronta del litigio, sin que con ello se desnaturalice el modelo de proceso concebido por el estatuto procesal¹¹.

¹⁰ Al respecto, Nisimblat sostiene: “(...) *el proceso civil, tal como viene concebido en el Código General del Proceso no se regenta por los principios de oralidad, intermediación o concentración, más sí de publicidad, contradicción y celeridad, y aunque los primeros son preponderantes para la realización de las audiencias, no se incorporó un modelo íntegramente oral*”. NISIMBLAT MURILLO, NATAN. “Un proceso por audiencias o un proceso con audiencias. Desmitificando algunos principios en el Código General del Proceso en Colombia”. En: *XXXIX Congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018, p. 414.

¹¹ A propósito del fortalecimiento de la práctica de pruebas de forma extraproceraal que trae el CGP, Giacomette Ferrer sostiene lo siguiente: “(...) *partiendo de que el Código General del Proceso impulsa la oralidad, no se explica cómo se da cabida a las pruebas anticipadas o extraprocerales sin limitación alguna. En efecto, como se explicó, la intermediación, que es un principio característico de la oralidad, se ve afectada por la posibilidad de que practiquen pruebas ante un juez diferente del que va a resolver la controversia. En ese sentido, habría*

2. Las pruebas extraprocerales en el modelo procesal del código general del proceso

Existe una concepción, a mi modo de ver equivocada, según la cual las únicas pruebas útiles para el proceso y sobre las cuales puede pronunciarse el juez, son aquellas que se obtienen con la intervención de la autoridad judicial. Quizás ello obedezca a la cultura litigiosa que se encuentra impregnada en nuestra sociedad, a la desconfianza que existe entre los abogados, aspecto que dificulta lograr un consenso acerca del material probatorio que se introducirá al proceso e incluso, al desconocimiento de la materia por parte de muchos profesionales del derecho.

Cabe destacar que si bien la ley se encarga de regular la adopción de ciertas pruebas extraprocerales con la intervención del juez, como lo son la declaración de parte y la confesión a través del interrogatorio de parte (CGP, art. 184), el testimonio (arts. 187 y 188), la inspección judicial (art. 189), la exhibición y reconocimiento de documentos (arts. 185 y 186), así como la peritación (art. 189), lo cierto es que buena parte del acervo probatorio del que se sirve la autoridad judicial para resolver un asunto, no solamente puede, sino que debe ser obtenido de forma directa por las partes, quienes deben suministrarlo al juez en las oportunidades definidas por la ley para dicho propósito (CGP, art. 173).

Es así como, pese a que exista la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas (CGP, arts. 82.6 y 96.4), las partes deben procurar su obtención de forma directa¹², tal como ocurre con los dictámenes periciales, los cuales deben ser aportados por los sujetos procesales interesados en hacerlos valer, pues su decreto y práctica intraprocesal luce excepcional¹³. Situación similar ocurre con los documentos,

sido más conveniente que se previera una etapa preliminar o diligencia preparatoria para practicar las pruebas que se requieran anticipar, dentro del mismo proceso y ante el mismo juez. (...). Desafortunadamente el Código General del Proceso les dio una importancia inusitada a las pruebas extraprocerales". GIACOMETTE FERRER, ANA. "Pruebas preconstituidas, anticipadas o extraprocerales". En: *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Cruz Tejada, Horacio (coord.). Bogotá, ediciones Uniandes, 2ª edición, 2017, p. 225. No puedo compartir dicha postura, pues, como ya se anotó, la intermediación, como elemento característico del proceso oral, cobra importancia en la medida en que se justifique el debate probatorio al interior del proceso; asimismo, provocar una etapa preliminar ante el juez que conoce del asunto, no contribuye a uno de los propósitos centrales de la actividad probatoria extraprocesal, cual es la de la celeridad y eficacia procesal.

¹² Salvo la inspección judicial, la cual, desde luego, requiere de la intervención judicial. Situación similar ocurre con la diligencia de exhibición de documentos y otras cosas muebles, la cual se adelantará con apoyo de la autoridad judicial.

¹³ Tal es el caso de los procesos de interdicción por discapacidad mental absoluta (CGP, art. 586), inhabilidad por discapacidad mental relativa (CGP, art. 396), investigación o impugnación de paternidad o maternidad (CGP, art. 386); asimismo, en el decreto oficioso de la prueba pericial o en aquellos eventos en los que una de las partes se encuentra bajo el amparo de pobreza (CGP, art. 229).

prueba que deberá ser recaudada y aportada por las partes, salvo que se acredite que no fue posible su obtención, ni siquiera por vía de derecho de petición (CGP, art. 173), caso en el cual se requerirá de la intervención judicial.

Lo anterior nos debe llevar a cuestionar aquella afirmación según la cual “*nadie puede constituir prueba a su favor*”. Desde luego que es perfectamente posible. Es más, constituye un deber de las partes recaudar todas las pruebas con las que pretende soportar y acreditar los fundamentos fácticos que componen su teoría del caso previo a acudir a las instancias judiciales. Luce irresponsable, arriesgado y poco sensato para su teoría del caso dejar toda la actividad probatoria en cabeza de los jueces.

Las preguntas que surgen, entonces, son: **(i)**. ¿Qué beneficios obtienen las partes con la obtención de pruebas de forma directa y de común acuerdo? **(ii)**. ¿Es necesaria la participación o anuencia de la autoridad judicial para legitimar la obtención de pruebas de forma directa por las partes? A continuación, me ocuparé de responder estos interrogantes.

3. La importancia de las pruebas extraprocerales

Son muchas las bondades que trae consigo la práctica de pruebas de forma extraprocerales; destaco las que lucen más relevantes: **a)**. Preconstituir la prueba; **b)**. asegurar la prueba; **c)**. generar oportunidades de acercamiento entre las partes¹⁴, desestimulando la litigiosidad y; **d)**. ayudar a diseñar y fortalecer la teoría del caso de la parte.

a. Preconstitución de la prueba

En muchas ocasiones, sin darse cuenta, las partes crean las pruebas que posteriormente les van a ser útiles en un proceso judicial. Tal es el caso de los documentos que suscriben, los contratos que celebren, los correos electrónicos que se cruzan y en los que consten las características de un determinado negocio jurídico y las obligaciones a cargo de cada una de las partes, los mensajes de texto que por vía de WhatsApp se intercambian, las video grabaciones en donde consta la ocurrencia de un determinado hecho, etc. Dichos documentos son elaborados muchas veces de manera

¹⁴ ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo 3. Pruebas Civiles*. Bogotá, editorial Esajú, 2ª edición, 2018, p. 608.

desprevenida, otras, con el ánimo de dejar plasmada la voluntad de quien los elabora o suscribe.

Sin embargo, es bueno precisar que la preconstitución de prueba no solo se da en relación con los documentos, pues ésta también tiene cabida cuando se quiere, por ejemplo, contar con la versión de un sujeto que presencié o advirtió la ocurrencia de un hecho que puede ser materia de prueba, para lo cual se puede obtener su declaración previo a un eventual proceso judicial, a fin de definir si su dicho puede ser útil para acreditar el hecho.

b. Asegurar la prueba

Los hechos siempre dejan rastros, huellas, vestigios. Sin embargo, el peor enemigo de la prueba es el paso del tiempo. Con el transcurrir de los días, esas huellas, rastros o vestigios que pudieron quedar frente a la ocurrencia de un hecho, se van desvaneciendo, de manera que su reconstrucción a través de los diversos medios de prueba se torna más difícil a medida que pasa el tiempo¹⁵. De ahí que esperar a que se llegue el momento de la práctica probatoria al interior del proceso judicial para recaudar el material probatorio de cara a la acreditación de un hecho pasado, no resulte ser la mejor estrategia. Para citar un ejemplo, dada la fragilidad de la memoria del ser humano, con el paso del tiempo se dejan de recordar ciertos detalles que rodearon la ocurrencia de un hecho y que pueden resultar muy útiles en un determinado litigio, por lo que resulta aconsejable asegurar la versión del testigo.

c. Generar oportunidades de acercamiento entre las partes, desestimulando la litigiosidad.

Antes de adelantar un proceso judicial cada una de las partes debe ser consciente de las fortalezas y debilidades que su teoría del caso tiene en relación con la de su adversario. Es así que, si los supuestos fácticos que fundamentan su pretensión no están soportados con un acervo probatorio robusto, seguramente la probabilidad de éxito de su teoría del caso será mínima. De ahí que la práctica de pruebas extraprocesales sea una herramienta útil para identificar pruebas que apunten a acreditar el fundamento fáctico de su postura o, por el contrario, lo lleven a concluir que

¹⁵ La actividad probatoria implica una tarea reconstructiva de los hechos que son materia de investigación. Para Dellepiane, esta metodología reconstructiva consiste en la búsqueda, recolección, conservación, descripción, reproducción y consignación de rastros o documentos. DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá, Editorial Temis, 10ª edición, 2009, p. 48.

definitivamente embarcarse en la promoción de un proceso judicial resulta una tarea muy arriesgada, situación que motiva el estudio de salidas negociadas.

d. Ayuda a diseñar y a fortalecer la teoría del caso de la parte.

En ciertas ocasiones, pese a la afectación que puede sentir un sujeto respecto de un derecho del cual es titular, no tiene claridad en la estrategia a seguir de cara a la protección o salvaguarda de su derecho, lo que dificulta la selección de los medios de defensa adecuados. A manera de ejemplo, el propietario de un inmueble que se siente afectado en el ejercicio de los derechos que detenta sobre dicho predio, de no tener claridad acerca de la calidad en que el predio es ocupado por su adversario, puede servirse de la práctica de pruebas extraprocesales a fin de precisar dicha condición y así estructurar la teoría del caso de cara a la protección de su derecho.

4. ¿La legitimidad de la prueba extraprocesal deviene de su obtención con intervención de la autoridad judicial?

Es un error pensar que la legitimidad de una prueba extraprocesal solo se logra si ella es obtenida con intervención de la autoridad judicial. Ello quizás se deba a que el legislador previó que toda audiencia deberá ser presidida por el juez, so pena de nulidad de aquellas actuaciones que se adelanten sin su presencia (CGP, arts. 36 y 107.1). Asimismo, se consagra como un deber del juez presidir las audiencias (CGP, art. 42.1). De ahí que buena parte de la actividad probatoria de la que se sirven las partes, sea obtenida en el marco del proceso judicial o, de hacerse de forma anticipada al proceso, se tiene por costumbre acudir al juez para que sea practicada con su intervención. En este evento, la competencia para la práctica de la prueba extraprocesal estará en cabeza del juez civil municipal o del circuito, de forma preventiva (CGP, arts. 18.7 y 20.10).¹⁶

¹⁶ Debe precisarse que en asuntos de competencia desleal o relativos a violación de derechos de propiedad intelectual, es posible la práctica de medidas cautelares extraprocesales, lo cual se puede dar en el marco de una prueba extraprocesal (CGP, art. 589). Para tal efecto, en atención al fuero de atracción (CGP, art. 23-2), la competencia judicial recaerá de forma privativa en cabeza del juez civil del circuito o la respectiva autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales (CGP, arts. 19.1 y 20-2º y 3º), con lo que se descarta la posibilidad de que el juez civil municipal ante quien eventualmente se haya solicitado la práctica de la prueba extraprocesal, se encuentre habilitado para el decreto de medidas cautelares.

Sin embargo, las partes deben encaminar sus esfuerzos para la obtención de pruebas de forma directa y sin la intervención de autoridad judicial¹⁷, pues la constitución de la prueba no es una actividad que sea por esencia de naturaleza jurisdiccional. Al respecto, cabe hacer referencia a la sentencia C-863 de 2012¹⁸, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los incisos primero y segundo, y la expresión “*Para estos efectos,*” del inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010. Dicha norma facultaba a los notarios para que ante ellos se practicarán pruebas extrajudiciales con fines judiciales, con citación de la contraparte y con sujeción a las reglas sobre práctica y contradicción del estatuto procesal. En sentir de esta alta Corporación, la actividad probatoria descrita en los apartes de la norma declarados inexecutable, denotaba el ejercicio de la función jurisdiccional¹⁹.

No obstante, la Corte dejó a salvo la facultad otorgada a los notarios de recibir declaraciones con destino a procesos judiciales o actuaciones administrativas, sin que exija la citación de la contraparte. Ello en razón a que obedece a la posibilidad de **preconstituir** una prueba sumaria, la cual quedará sujeta a contradicción a través de la solicitud de ratificación²⁰.

Pese a la decisión comentada, debe señalarse que en anteriores sentencias esta Corporación sostuvo que la práctica probatoria no sólo puede adelantarse por fuera del proceso, sino que no implica necesariamente el despliegue de una actividad

¹⁷ De hecho, se trata de una facultad para nada novedosa, pues ya el decreto 2651 de 1991 consagra la posibilidad de practicar pruebas de común acuerdo, aspecto que fue recogido por la ley 446 de 1998.

¹⁸ MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Al respecto, la Corte señaló: “5.3.5. *En conclusión, la potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal), con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino por que en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia”.*

²⁰ Al respecto, señaló la Corte: “5.4.8. *El inciso tercero de la norma acusada, como ya se indicó se limita a reiterar la facultad de los notarios de recibir declaraciones extraproceso con fines judiciales, sin que exija la citación de la contraparte, lo que se enmarca en la potestad de preconstituir prueba sumaria, admitida en determinadas actuaciones judiciales. Esta facultad se inscribe en el ámbito de actuación tradicionalmente reconocido a los notarios en materia de testimonios extraprocesales, fundada en la voluntariedad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, por lo que la Corte no encuentra, en relación esta parte de la norma, razones de inconstitucionalidad”.*

jurisdiccional. En efecto, en sentencia C-396 de 1994²¹, al analizar el artículo 82 del anterior Código de Procedimiento Penal, en relación con la comisión para la práctica de pruebas, sostuvo que “(...) *no representa en ese sentido una delegación de la jurisdicción, que sería completamente inadmisibles a la luz de la Carta, sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia merced a la oportuna ejecución de actos procesales que de otra forma no podrían llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida*”.

Una postura similar adoptó en sentencia C-037 de 1996²², a la hora de estudiar el artículo 125 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en la que sostuvo que los magistrados auxiliares de las altas cortes se encuentran facultados para practicar pruebas que le sean comisionadas por el titular del despacho al que pertenecen. En el mismo sentido, en sentencia C-713 de 2008²³, decisión mediante la cual se realizó el estudio previo de constitucionalidad de la ley 1285 de 2009, por medio de la cual se modifica la ley estatutaria de la administración de justicia, a propósito de la facultad de delegar a los magistrados auxiliares de las altas cortes la práctica de pruebas, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

3.- Los magistrados auxiliares cumplen importantes tareas de colaboración al interior del despacho, en su calidad de empleados de la Rama Judicial, pero como no son autoridades administrativas el Legislador no puede asignarles el ejercicio excepcional de funciones judiciales previstas en el artículo 116 de la Carta Política.

De esta manera, la labor que corresponde a los magistrados auxiliares de las altas corporaciones judiciales es entonces de apoyo a la gestión de los magistrados titulares, pero no tienen investidura judicial ni están formalmente habilitados para administrar justicia.

4.- En el marco descrito, la Corte considera que no existe vicio de constitucionalidad con el hecho de que los magistrados auxiliares puedan ser comisionados para practicar pruebas, en la medida en que dicha potestad contribuye a la celeridad y eficacia en la administración de justicia, debe entenderse como excepcional, no implica la toma de decisiones que en sí mismas supongan administrar justicia y con ellas no se inviste a los magistrados auxiliares como funcionarios judiciales. Esta postura armoniza con los lineamientos trazados por la jurisprudencia de esta Corporación.

²¹ MP. José Gregorio Hernández.

²² MP. Vladimiro Naranjo Mesa

²³ MP. Clara Inés Vargas Hernández

Así las cosas, dentro del *iter* probatorio existen algunas etapas que no conllevan necesariamente el despliegue de la función jurisdiccional. La producción de la prueba y su recaudo no requiere necesariamente de la intervención del juez; cosa distinta será su valoración, aspecto que debe ser abordado de forma exclusiva por la autoridad judicial. Desde luego, toda actividad desplegada por las partes en procura de la obtención de pruebas con destino a un proceso judicial debe guardar respeto por los derechos fundamentales (CP. art. 29; CGP, arts. 14, 164 y 168).

5. ¿Qué pruebas se pueden obtener de forma directa por las partes?

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, la práctica probatoria trae consigo el deber de colaboración de las partes con la administración de justicia, con lo que se descarta la intervención obligatoria del juez. La función jurisdiccional se encuentra circunscrita, - eso sí-, a la valoración de la prueba, tarea que le corresponde al juez al momento de dictar sentencia.

La posibilidad de constituir pruebas de forma extraprocesal sin la anuencia de autoridad judicial se predica de casi todos los medios de prueba; no se agota en la prueba documental o pericial. No ocurre lo mismo con la inspección judicial, pues para su práctica se requiere de la intervención del juez, quien es el encargado de realizar el examen de "*personas, lugares, cosas o documentos*" (CGP. art. 236). De hecho, existen algunos casos regulados en la ley en los que se exige la práctica de inspección judicial al interior del proceso.²⁴

a. Obtención de la prueba documental

Ya se ha dicho que buena parte de los documentos de los que se sirven las partes para acreditar un determinado hecho, son previamente elaborados por ellas con el ánimo de dejar evidencia de una determinada situación como, por ejemplo, de la celebración de un determinado negocio jurídico, evento en el que no se ha generado intervención del juez para su pre-constitución.

Ahora bien, para la obtención de los documentos que se quieran hacer valer en un proceso, son las partes quienes tienen la tarea de realizar las gestiones necesarias

²⁴ Como es el caso de la inspección judicial en los procesos de declaración de pertenencia (CGP, art. 375), servidumbres (CGP, art. 376), declaración de bienes vacantes y mostrencos (CGP, art. 383), deslinde y amojonamiento (CGP, art. 403).

para su consecución y aportarlos en las oportunidades probatorias señaladas en la ley. De manera que no es posible solicitar al juez su intervención a fin de lograr su recaudo; para ello se requiere acreditar que se trata de documentos cuya información goza de reserva constitucional o legal²⁵ o no fue posible su obtención ni siquiera por vía de derecho de petición (CGP, art. 173). Con ello se descarta también la posibilidad de solicitar la exhibición de aquellos documentos que la parte hubiese podido conseguir de forma directa o en uso del derecho de petición.

A propósito de la exhibición, debe decirse que ésta se torna necesaria en el evento en que una parte desee valerse de documentos o de información contenida en otras cosas muebles que se encuentran en poder del adversario o de un tercero, para lo cual, de no ser posible acceder a ellos de forma directa o mediante requerimiento judicial a través del auto admisorio de la demanda (CGP, art. 90), se puede solicitar la intervención del juez, a fin de que se adelante una audiencia de exhibición como prueba extraprocesal (CGP, art. 186), o se lleve a cabo al interior del proceso en la oportunidad que el juez señale (CGP, arts. 265 y ss.).

Cabe señalar que, pese a la presunción de autenticidad que recae sobre los documentos que se aportan al proceso (CGP, art. 244), resulta aconsejable evitar cualquier cuestionamiento sobre ellos, bien sea mediante la tacha de falsedad o su desconocimiento (CGP, arts. 269 y 272). Para cumplir con dicho propósito, quien tiene en su poder un documento que desea hacer valer en un proceso judicial o cualquiera otra actuación, podrá provocar la comparecencia del autor a fin de que ante autoridad judicial sea reconocida su autoría (CGP, art. 185-2). Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad con la que cuenta el autor del documento de reconocer su autoría por su propia iniciativa (CGP, art. 185-1). Reconocido el documento, estará ajeno a cualquier reproche por vía de desconocimiento o de tacha de falsedad por quien lo haya reconocido²⁶.

b. El testimonio como prueba extraprocesal

El CGP permite la posibilidad de practicar testimonios como prueba extraprocesal, bien sea con intervención de autoridad judicial o de forma directa por las partes, bajo los siguientes lineamientos:

²⁵ Tal como lo señala Rojas Gómez, en relación con información que goza de reserva, bien sea constitucional o legal, resulta inútil formular petición para habilitar la posibilidad de solicitar al juez su intervención de cara a la consecución de dicha información. Basta con mencionar la norma que consagra dicha reserva. ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo 3. Pruebas Civiles*. Op. Cit., p. 494.

²⁶ Op. C., p. 617.

i. Testimonio sin fines judiciales

Los testimonios que se pretenden hacer valer en cualquier actuación de carácter administrativa podrán practicarse con o sin citación de la parte contra quien se quieren aducir (CGP, art. 188-1). En caso de que se haga con citación de dicha parte, deberá acudir ante el juez competente para ello, bien sea el juez civil municipal o el del circuito (CGP, arts. 18.7 y 20.10). Ello sin perjuicio de la posibilidad de practicar la prueba de forma directa por las partes, como se verá más adelante. De hacerse sin citación de la presunta o futura contraparte, podrá practicarse ante autoridad judicial, notario o ante alcalde, comoquiera que se trata de **preconstituir** una prueba sumaria, la cual quedará sujeta a ratificación en la actuación administrativa, si así fuese pedida, a fin de garantizar la contradicción de la prueba.

ii. Testimonios con fines judiciales

Los testimonios extraprocesales con destino a un proceso judicial podrán adelantarse, bien sea con citación de la presunta o futura contraparte, ora sin ella. En el evento en que se requiera de la participación de la contraparte, a fin de surtir la contradicción de la prueba, podrá practicarse directamente por las partes (de común acuerdo) o acudir ante autoridad judicial, caso en el cual será necesario señalar el propósito de la prueba (CGP, art. 212) y deberá notificarse personalmente, o por aviso si aquella no fue posible, la providencia mediante la cual se admite la solicitud y se señala fecha y hora para su práctica.

Vale la pena resaltar que el artículo 183 del estatuto procesal dispone que las pruebas extraprocesales están sujetas a la observancia sobre "*citación y práctica establecidas en este código*". Es así que, en el evento en que se acuda ante autoridad judicial para lograr la práctica del testimonio, el interesado tiene la carga de señalar el propósito de la prueba, que no es nada distinto a fundamentar su pertinencia, tal como lo exige el artículo 212 del código. De no hacerlo, el juez cuenta con la potestad de negar su práctica, tal como se lo indica el artículo 168 del CGP, el cual dispone que la autoridad judicial rechazará la práctica de pruebas que fueren "*notoriamente impertinentes*". No obstante, previo a tomar dicha decisión, es conveniente que el juez realice un requerimiento al interesado en la práctica de la prueba, con el ánimo de explicar su pertinencia, so pena de rechazo.

En caso de que no se requiera de la citación de la parte contra quien se pretende aducir, podrá practicarse, bien sea ante la autoridad judicial respectiva, ante notario,

o ante alcalde y quedará sujeta a su contradicción mediante la ratificación del testimonio, si esta fuese solicitada por el interesado en su contradicción. De no comparecer el testigo a la audiencia a la cual fuere citado, el testimonio no tendrá valor, pues no fue posible controvertir la prueba. Ahora bien, si la parte contra quien se aduce dicho testimonio no solicita su ratificación, el juez debe valorar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, pues el tamiz de la contradicción se encuentra superado (CGP, art. 222); ello sin perjuicio de la facultad oficiosa que tiene el juez de ordenar la citación del testigo a audiencia a fin de interrogarlo.

iii. Testimonio practicado directamente por una o ambas partes (de común acuerdo)

Como un aspecto novedoso del Código General del Proceso se encuentra la posibilidad de practicar testimonios de forma directa por las partes, bien sea por una de ellas o por ambas²⁷. Con esto el legislador quiso relevar al juez del deber de practicar con su intervención todos los testimonios que se pretenden hacer valer en un proceso y así, exhortar a las partes para que, de forma directa, asuman la carga de agotar la práctica de la prueba testimonial y la alleguen al proceso, si fuere el caso, debidamente controvertida.

Debe señalarse que los testimonios extraprocesales recibidos por una o ambas partes pueden estar destinados, bien sea a procesos judiciales o a actuaciones administrativas. Ahora bien, en el evento en que sea recibido sólo por una de ellas, quedará sujeto a su contradicción a través de la solicitud de ratificación (CGP, art. 188-3).

Si bien el artículo 188 del CGP prevé que, para la recepción de testimonios por las partes, deben seguirse las reglas dispuestas en el artículo 221 del estatuto procesal, quedan algunos vacíos o aspectos no regulados integralmente frente a las reglas de juego a seguir, para lo cual es necesario hacer algunas precisiones:

(i). ¿En el evento en que el testimonio sea recibido por ambas partes, se requiere de la citación de una de ellas por parte del otro extremo procesal?

²⁷ Al respecto, Giacomette Ferrer sostiene lo siguiente: “Se considera que es una invitación al abogado del siglo XXI para que, apropiado de su causa, pueda practicar el testimonio que luego introducirá en el proceso respectivo y pretenderá hacer valer”. GIACOMETTE FERRER, ANA. “Pruebas preconstituídas, anticipadas o extraprocesales”. En: *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Op. Cit., p. 223.

El artículo 188 del CGP nada dice al respecto, pues tan solo se refiere a que las partes podrán recibir testimonios y que su práctica se sujetará a lo previsto en el artículo 221 del estatuto procesal, en lo pertinente. No obstante, si ambas partes desean hacerse valer del testimonio de un sujeto, son ellas las que de común acuerdo determinan la fecha, hora y lugar para su práctica. De no ser así, es decir, de no haber acuerdo en estos puntos esenciales, la parte interesada puede optar por las siguientes alternativas: (i) recibir el testimonio de forma directa y sin la participación de su adversario, caso en el cual quedará sujeta a la contradicción en el proceso en el que se presente dicha prueba; (ii). presentar la solicitud de prueba extraprocesal ante el juez competente y solicitar la citación de su adversario o; (iii). presentar la solicitud de prueba extraprocesal, pero sin citación de la contraparte, prueba que deberá someterse a contradicción a través de la ratificación, si ella fuese pedida.

Así las cosas, no encuentro procedente que una de las partes requiera a su adversario para la práctica de la prueba testimonial de forma directa. Para ello, insisto, será necesario que exista consenso entre las partes, caso en el cual podrá introducirse al proceso en cualquier momento antes de proferir la respectiva sentencia (CGP., art. 190).

(ii). ¿En caso de que exista un litisconsorcio, bien sea por activa o por pasiva, deben concurrir a la práctica del testimonio todos los sujetos que conforman dicho extremo procesal para que la prueba tenga legitimidad?

En el evento en que uno de los extremos de la *litis* esté conformado por un litisconsorcio, bien sea necesario, facultativo o cuasi necesario, lo más conveniente es recibir el testimonio en presencia de todos los sujetos que lo conforman. No obstante, de no ser así, ello no significa que la prueba no tenga validez, pues deberá someterse a la contradicción de los sujetos que no participaron en su práctica, a través de la ratificación, si ella fuese pedida. En ese orden de ideas, la legitimidad de la prueba no depende de quienes intervinieron en su práctica sino si ésta fue sometida a la contradicción de todos los sujetos que componen las partes, aspecto que seguramente se dará en el proceso en el que se incorpora la prueba.

(iii). ¿En caso de que el testimonio se desee hacer valer en un proceso en el que es previsible la intervención de otras partes como, por

ejemplo, un llamado en garantía, debe el garante intervenir en la práctica de la prueba para que tenga legitimidad?

Tal como se comentó en el punto anterior, en caso de que exista una pluralidad de sujetos en el debate procesal, lo ideal es que todos participen en la práctica del testimonio; no obstante, si todos ellos no se hicieron partícipes en la recepción de la prueba testimonial, es necesario someterla a su escrutinio a través de su ratificación, si esta fuese solicitada por quienes no participaron en su práctica, so pena de que el testimonio no pueda ser valorado.

(iv). ¿En caso de que el testigo no comparezca a la audiencia a la que fuere citado por las partes para la recepción de su declaración o, de asistir, se rehusare a declarar o diere respuestas evasivas, deben aplicarse las sanciones previstas en la ley?

A diferencia de las cargas procesales, los deberes procesales son de inexorable cumplimiento y su desobediencia genera la imposición de sanciones por parte de la autoridad judicial. Esto se ve reflejado en el artículo 218 del CGP, el cual prevé que en el evento en que el testigo no comparezca a la audiencia a la que fuere citado por el juez, además de exponerse a la imposición de una multa si no justifica su inasistencia, se podrá prescindir de su práctica, suspender la audiencia a fin de recibir su declaración en otra oportunidad u ordenar su comparecencia por intermedio de la fuerza pública. Algo similar ocurre en el evento en que el testigo diere respuestas evasivas, caso en el cual será merecedor de una multa o, incluso, podrá ser arrestado si se rehusara a declarar (CGP, art. 221.8).

No obstante, tales sanciones sólo pueden ser impuestas por la autoridad judicial, en atención a los poderes correccionales con los que cuenta el juez para la dirección del proceso. Dichos poderes no pueden ser extensivos a los particulares, razón por la cual, de no comparecer el testigo a la audiencia a la que fuere citado por las partes de forma directa, ninguna consecuencia procesal o económica se genera. En dado caso, la parte interesada podrá acudir ante la autoridad judicial respectiva a fin de adelantar la prueba extraprocesal con su intervención.

(v). ¿En caso de que una de las partes intervinientes en la práctica de la prueba testimonial advierta que una de las preguntas formuladas por su adversario es de aquellas que debe ser rechazada por el juez, cómo se debe proceder?

De acuerdo con lo que dispone el artículo 220 del CGP, al testigo no se le podrán formular preguntas insinuanes ni capciosas; tampoco podrá hacersele preguntas impertinentes, inconducentes o superfluas, así como aquellas que tiendan a generar juicios de valor por parte del declarante, a no ser que se trate de un testigo técnico. Preguntas de esta naturaleza podrán ser objetadas por el adversario y, de seguro, serán rechazadas por el juez.

No obstante, el escenario descrito se encuentra ajustado a la práctica de la prueba con intervención del juez, pero nada se dice sobre cómo proceder cuando el testimonio es recibido de forma directa por las partes, para lo cual debe decirse que si ellas convinieron en recibir el testimonio de un sujeto, deben también convenir la materia sobre la que versará las preguntas, minimizando de esta manera el riesgo de formular preguntas que por su naturaleza, serían excluidas si el testimonio fuese practicado ante autoridad judicial. Lo anterior invita a que los abogados de las partes a cargo de la recepción del testimonio tengan la suficiente altura profesional, respeto con su adversario y compostura durante la diligencia, que lo lleve a reconocer cuándo una pregunta por él formulada debe ser replanteada, por las razones expuestas. De no lograrse un control en relación con el tipo de preguntas formuladas al testigo, la prueba perderá toda eficacia probatoria, lo que obligará al interesado a acudir a la autoridad judicial respectiva para que ante ella se surta la prueba extraprocesal, seguramente con la citación de su adversario.

(vi) ¿puede el juez citar al testigo cuya declaración fue recibida directamente por las partes?

El propósito que persiguen las partes al acordar la práctica de testimonios de forma directa, al igual que ocurre con los demás medios de prueba, consiste en suministrar al juez la mayor cantidad de pruebas posibles debidamente controvertidas, a fin de que no se genere un desgaste innecesario en el desarrollo del proceso. Así las cosas, si en la práctica del testimonio se hicieron partícipes todos los sujetos que integran la relación jurídico procesal, luce innecesaria su comparecencia a audiencia intraprocesal. Al fin y al cabo, son las partes quienes tienen la carga de acreditar los hechos en los que se funda su teoría del caso y para ello se sirven, entre otras pruebas, de dichos testimonios. De no resultar útiles para dicho propósito, las consecuencias se verán reflejadas en el análisis probatorio que le corresponde realizar al juez al momento de dictar sentencia.

No obstante, una vez evaluado el contenido de la declaración rendida por el testigo, el juez puede ordenar su comparecencia a fin de interrogarlo sobre aspectos que, a su juicio, fuesen dudosos o requieran de una mayor explicación por parte del testigo, caso en el cual las partes podrán interrogarlo nuevamente pero sólo sobre aquellos aspectos que fueran materia de interrogatorio por parte de la autoridad judicial, en ejercicio del derecho de contradicción (CGP, art. 170).

c. La práctica y contradicción de la prueba pericial

En el evento en que se desee hacer uso de la prueba pericial, el CGP impone a las partes la carga de aportar, de manera que la posibilidad de decreto al interior del proceso se ve limitada a unas contadas situaciones, tales como: (i). decreto oficioso de la prueba; (ii) decreto intraprocesal debido a que la parte que desea valerse de dicha prueba goza del amparo de pobreza y; (iii) procesos de investigación de paternidad o maternidad.

Así las cosas, son las partes interesadas en dicha prueba, quienes deben acudir a los especialistas a fin de obtener el dictamen pericial que más le favorezca, de cara a acreditar los supuestos fácticos que soportan su teoría del caso (CGP, art. 226). De igual manera, la parte contra quien se aduce una experticia puede controvertir dicha prueba suministrando un dictamen de contradicción, el cual quedará al escrutinio del adversario, ya no para aportar otro dictamen, sino para evaluar la conveniencia de interrogar al perito que estuvo a cargo del contra dictamen (CGP, art. 228).

En ese orden de ideas, la obtención de la prueba pericial exige una actividad exclusiva de la parte interesada en ella; sólo en caso de advertir la conveniencia de interrogar al perito, a fin de indagar acerca de su idoneidad e imparcialidad, así como respecto de la confiabilidad del dictamen, será necesario convocar a audiencia, caso en el cual sí se requerirá de la intervención del juez, comoquiera que es este quien ordena su comparecencia y quien preside el desarrollo de la audiencia. El perito sólo estará relevado de asistir a audiencia, en caso de que no sea citado²⁸, evento en el cual el dictamen deberá, en todo caso, apreciarse por la autoridad judicial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

²⁸ En el evento en que se decrete de oficio un dictamen pericial, el perito tiene el deber de comparecer a audiencia a fin de surtir la contradicción de la prueba (CGP, art. 231).

Dicho lo anterior, surge el siguiente interrogante: ¿Pueden las partes agotar la contradicción de la prueba pericial sin intervención del juez?

Ya se dijo que para controvertir la prueba pericial, bien puede la parte contra quien se aduce dicho dictamen, presentar un dictamen de contradicción, ora solicitar la comparecencia del perito a audiencia a fin de interrogarlo sobre aspectos que pueden comprometer su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del trabajo por él elaborado, o desplegar ambas conductas. No obstante, pese a que sea poco probable, resulta viable que las partes acuerden que de manera directa interrogarán a los peritos, sin intervención judicial. Dicho en otras palabras, salvo requerimiento judicial, si las partes así lo convienen, los peritos no serán citados a la audiencia de instrucción y juzgamiento (CGP, art. 373), pues serán interrogados directamente por las partes en el lugar y en la fecha que convengan.

Está claro que, a diferencia del testimonio, la prueba pericial no se rinde en audiencia, pues el trabajo es elaborado por el perito de forma escrita e incorporado por la parte interesada en las oportunidades probatorias previstas en la ley. La audiencia es el escenario adecuado para interrogar al experto a fin de agotar la contradicción de la prueba pericial, mas no para recibir el testimonio del perito²⁹.

Si bien no hay una norma que regule expresamente la posibilidad de interrogar al perito de forma directa por las partes y sin intervención judicial, el artículo 190 del estatuto procesal permite la práctica de pruebas de común acuerdo, lo que debe extenderse a la contradicción de la prueba de común acuerdo. Asimismo, si para el interrogatorio al perito se sigue la estructura diseñada para la práctica de la prueba testimonial, claro está, con respeto a las reglas especiales previstas para la prueba pericial, por qué no echar mano de las normas que regulan la práctica del testimonio, materia en la cual existe la posibilidad de que las partes acuerden su práctica por fuera del escenario judicial (CGP, art. 188), caso en el cual se someterá, en lo pertinente, a las reglas previstas en el artículo 221 del CGP.

Ello puede contribuir a asegurar la prueba pericial en el proceso, pues no son pocos los eventos en los que, una vez presentado el dictamen pericial, quien lo suscribió se ve en imposibilidad de atender el requerimiento judicial para comparecer a audiencia, bien sea porque ya se desvinculó de la persona jurídica que le encomendó la elaboración del informe pericial, porque su vinculación laboral actual le impide fungir como perito, ora porque ha fallecido. Desde luego que se requerirá

²⁹ Al respecto, Álvarez Gómez sostiene con acierto que “no se trata de recibir un testimonio, porque la prueba ya está rendida y el propósito es hacer contradicción. De allí que no es posible sostener que la peritación en el Código General del Proceso es una modalidad de testimonio, o que el perito es una especie de testigo. Cosa distinta es aprovechar la estructura – basilar, no integral- de un medio de prueba, para controvertir otro de naturaleza diferente.” ÁLVAREZ GÓMEZ, MARCO ANTONIO. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, Medios Probatorios*. Op. Cit., p. 313.

de la anuencia de ambas partes, aspecto que seguramente será el más difícil de superar. En todo caso, el juez cuenta con la potestad de convocar a los peritos a audiencia a fin de interrogarlos.

d. ¿Es posible obtener la declaración de parte de forma directa?

Pese a que las partes gozan de libertad para practicar pruebas de común acuerdo, resulta algo exótico o, a lo sumo, poco probable, pensar en la posibilidad de que ellas reciban sus declaraciones, de forma recíproca a través de un interrogatorio de parte consensuado, con lo que se descarta su práctica. Si se quiere obtener la versión del adversario en relación con un determinado hecho o se busca obtener su confesión previa al proceso, lo más conveniente será provocar, por una sola vez, el interrogatorio como prueba extraprocesal con intervención de la autoridad judicial, para lo cual deberá señalar en la solicitud, los hechos sobre los que versará la declaración (CGP, art. 184).

e. Prueba por informe

El CGP se encargó de regular el informe como medio probatorio autónomo; así se desprende de la lectura de los artículos 165 y 275 a 277. En palabras de Álvarez Gómez, *“el informe es un medio de prueba que materializa en los procesos judiciales el derecho fundamental que tiene toda persona a acceder y recibir información veraz, imparcial y completa sobre hechos, actuaciones, cifras y, en general, cualquier dato que se encuentre en los archivos o registros de la persona requerida para rendirlo”*³⁰.

Así las cosas, cuando se requiera determinada información que repose en los archivos o registros de una entidad pública o privada, o de cualquier persona, la parte interesada podrá exigirla indicando el objeto de su petición, tarea que, en principio, no requiere de la intervención de la autoridad judicial (CGP, art. 275-2). No obstante, en el evento en que dicha información goce de reserva, en atención a una disposición legal o constitucional³¹, o en caso de que el obligado a rendir el

³⁰ ÁLVAREZ GÓMEZ, MARCO ANTONIO. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, Medios Probatorios*. Op. Cit., p. 313

³¹ A propósito de la información que goza de reserva por disposición constitucional o legal, Rojas Gómez señala lo siguiente: “(...) no obstante que en general la información bajo el control y custodia de las entidades y dependencias oficiales es pública, excepcionalmente está sometida a reserva en función de especiales objetivos constitucionales (CP, art. 74). De manera que la autoridad a la que el particular le solicite informes puede abstenerse de suministrarlos con fundamento en la reserva establecida en la Constitución o en la ley. Pero para que la renuencia a entregar la información no sea arbitraria tiene que explicar las razones que sirven de

informe se rehúse a suministrar la información requerida, podrá obtenerse el informe en el marco del proceso³².

Debe advertirse entonces que la prueba por informes es, en esencia, extraprocesal, pues demanda la diligencia de la parte interesada en su recaudo como ejercicio previo a la intervención judicial. De ahí que su decreto intraprocesal se encuentre condicionado a la conducta desplegada por el interesado.

6. Conclusiones

1.- La obtención de pruebas con destino a un proceso judicial no involucra necesariamente el ejercicio de la función jurisdiccional. Bien pueden las partes recaudar de forma directa las pruebas que servirán para soportar sus posturas en el debate procesal.

2.- Como desarrollo del deber de colaboración con la administración de justicia le corresponde a las partes realizar un acucioso ejercicio de recaudo probatorio *ex ante* al proceso.

3.- Si las partes asumen el compromiso de soportar su teoría del caso con información de calidad, esto es, con pruebas suficientes y debidamente controvertidas, el desgaste intraprocesal será mínimo y los ritmos del proceso fluirán sin mayores inconvenientes.

4.- En el evento en que buena parte de la actividad probatoria haya sido agotada de forma directa por las partes, la convocatoria a audiencia al interior del proceso será un escenario excepcional, y sólo se justificará en la medida en que se requiera de la práctica de pruebas que no hubiesen podido obtenerse de forma exógena al proceso o cuya contradicción no se hubiese agotado frente a todos los sujetos intervinientes en el debate procesal. La práctica de pruebas de común acuerdo por las partes torna innecesaria la convocatoria a audiencia intraprocesal.

5.- Si bien la práctica de pruebas extraprocesales implica renunciar a la intermediación en la actividad probatoria, se trata de una renuncia que se justifica en aras de materializar el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica un debido proceso de duración razonable. Que el modelo procesal adoptado por el CGP potencialice la

fundamento a la reserva, y la relación que guardan con objetivos constitucionales”. ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Op. Cit., pp. 495-496.

³² ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. Op. Cit., p. 493

oralidad, la intermediación y la concentración, no significa que deba restarse importancia a la eficiencia del proceso.

6.- La práctica de pruebas extraprocesales y, especialmente aquellas practicadas de común acuerdo por las partes, le imprime mayor compromiso a las partes con la postura que defienden, lo que seguramente se traducirá en un debate argumentativo más robusto al interior del proceso.

7. Bibliografía

ÁLVAREZ GÓMEZ, MARCO ANTONIO. *Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen III, Medios Probatorios*. Bogotá, editorial Temis, 2017. <https://lijursanchez.com/wp-content/uploads/2021/03/Ensayos.pdf>

CRUZ TEJADA, HORACIO. “Una mirada reflexiva a la sentencia anticipada en el Código General del Proceso” En: *XXXVIII congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017. <https://es.scribd.com/document/412384641/Mirada-Sent-Antic-H-Cruz>

DELLEPIANE, ANTONIO. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá, Editorial Temis, 10ª edición, 2009. <https://libreriatemis.com/product/nueva-teoria-de-la-prueba-2/>

GIACOMETTE FERRER, ANA. “Pruebas preconstituidas, anticipadas o extraprocesales”. En: *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. CRUZ TEJADA, HORACIO (coord.). Bogotá, ediciones Uniandes, 2ª edición, 2017. <https://es.scribd.com/document/486035463/Pruebas-preconstituidas-Ana-Giacomette-1-doc>

NISIMBLAT MURILLO, NATAN. “Un proceso por audiencias o un proceso con audiencias. Desmitificando algunos principios en el Código General del Proceso en Colombia”. En: *XXXIX Congreso colombiano de derecho procesal*. Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2018. https://www.academia.edu/37357828/UN_PROCESO_POR_AUDIENCIAS_O_UN_PROCESO_CON_AUDIENCIAS_DESMITIFICANDO_ALGUNOS PRINCIPIOS EN EL C% C3% 93DIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA

ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo 3. Pruebas Civiles*. Bogotá, editorial Esajú, 2ª edición, 2018. <https://libreriatemis.com/product/lecciones-de-derecho-procesal-tomo-iii/>

TEJEIRO DUQUE, OCTAVIO AUGUSTO. "Principios generales del nuevo Código General del Proceso". En: *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. CRUZ TEJADA, HORACIO (coord.). Bogotá, Ediciones Uniandes, 2ª edición, 2017. <https://www.jstor.org/stable/10.7440/j.ctt1zw5tc5>