

REFORMAS AL REGIMEN PROBATORIO SEGUN EL DECRETO 2282 DE 1989

Daniel Suárez Hernández

En desarrollo de la Ley 30 de 1987, el Legislador Extraordinario expidió el Decreto No. 2282 de 1989, con el cual se introducen algunas reformas al régimen probatorio, previsto en el Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1970, que tienden a hacer algunas precisiones y ajustes, pues, en verdad no se trata de modificaciones trascendentales.

Trataremos, entonces, de poner de presente esos cambios, centrando la atención, en primer lugar, en lo que atañe con la parte general, para luego analizar cada medio de prueba en particular y, finalmente, referirnos a las "pruebas anticipadas".

A.— PARTE GENERAL

Rechazo de medios probatorios inconducentes, impertinentes y superfluos.— La reforma comienza por fortalecer la regla establecida en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto exige que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso. Esta orientación sentada en el Código del 70 (Decreto 1400 de 1970), ahora se ve reforzada con normas que tienen que ver con los requisitos que debe cumplir la petición de pruebas, pues, el decreto de pruebas inconducentes, superfluas o impertinentes, atenta, no hay duda, contra la celeridad procesal e impide la pronta administración de justicia.

En punto tocante con la pertinencia, bueno es recordar que los medios probatorios propuestos deben apuntar a establecer solamente los hechos controvertidos, es decir, que la vinculación o relación entre el hecho por probar y el instrumento probatorio sugerido debe saltar a primera vista. Además, para lograr la celeridad anhelada en todo proceso, se establece que el auto que decreta las pruebas no tendrá recurso alguno y el que las niegue solo el de reposición. Creemos que hubiese sido más conveniente haber dejado la posibilidad de la reposición para ambos eventos, pues, puede ocurrir que se decrete un determinado medio de prueba inconducente o impertinente y, entonces, tal como está redactada la norma resultaría inimpugnable. Igual observación es válida para la providencia que ordene la práctica de un instrumento demostrativo superfluo.

Pruebas en trámite de excepciones previas.— Mención especial merece la primera parte del nuevo inciso segundo del artículo 98 ibídem, en cuanto dispone que: "El Juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase (distintas de la documental y anticipadas que obren en su poder) salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrió el hecho, o por la cuantía cuando no se tratare de dinero, o la falta de integración del litisconsorcio necesaria-

rio y ésta no apareciere en documento", eventos en los cuales también "Podrá solicitarse hasta dos testigos o el dictamen de un perito, el cual no es susceptible de objeción".

Las únicas probanzas que realmente se pueden acompañar con el escrito de excepciones previas o al de réplica a éstas, son las que tenga en su poder la parte, pues, las que no estén consigo tan solo podrá insinuar que el Juez las busque, o que las pida. Adicionalmente se indica en el mismo artículo 98 que con el escrito de excepción previa (y, obviamente, debemos entender con su contestación o réplica), se le puede pedir al Juez que ordene copias de otros documentos que se encuentren en lugares distintos, y, aún, en poder de la parte contraria. Con la exclusividad pretendida por la prueba documental se vuelve a la idea de la tarifa legal, pues, limita los casos en que podrá solicitarse "hasta dos testimonios o el dictamen de un perito, el cual no es susceptible de objeción". Pareciera arrepentirse el Decreto 2282/89 de lo prescrito por los Decretos 1.400 y 2019 de 1970, al consagrar la libertad absoluta de medios probatorios; ahora no, el documento será la prueba por excelencia, y excepcionalísimamente, para probar los hechos, referidos por el inciso 2 del artículo 98, solamente autoriza hasta dos testimonios y un dictamen pericial, cuya contradicción es restringida, puesto que no es susceptible de objeción. Resulta loable la celeridad que se quiso imprimir a la práctica de pruebas durante el trámite de las excepciones previas, pero parece peligroso el que tan solo con un testimonio, máximo con dos, se puedan establecer los hechos constitutivos de la excepción pertinente, cuando lo lógico es permitir, por ejemplo, que se llame a la parte contraria a interrogatorio, dado que la mejor fuente de información en los procesos la tienen precisamente las partes. Igual crítica merece lo relativo a la contradicción del dictamen pericial, en cuanto se privó de la posibilidad de objetarlo, por error grave, olvidando que los peritos con mucha frecuencia, en sus dictámenes cometen yerros mayúsculos.

Otra observación que bien puede hacerse al numeral 3o. del artículo 99, es en cuanto a su redacción. En efecto, allí se lee que: el demandante, dentro del término del traslado de las excepciones, puede pedir pruebas que versen sobre los hechos que configuren las excepciones propuestas, cuando lo cierto es que si se proponen excepciones previas lo que debe tratar el demandante es de aportar pruebas que desvirtúen, o, que "no configuren" la supuesta excepción previa, o sea, que lo que debe demostrar es la no existencia de motivos que tipifiquen la citada excepción.

De otro lado, el mismo artículo 99 dice que el Juez resolverá, inmediatamente se hubiere surtido el traslado, deberá entenderse sobre excepciones previas que no requieran práctica de pruebas, puesto que en cuanto a las que requieren de dicha práctica, señalará 10 días para tal efecto.

Las pruebas y la audiencia inicial o de conciliación.— A este respecto vale la pena resaltar lo que regula el Parágrafo 6o. del artículo 101, en el sentido de que antes de concluir la audiencia inicial del artículo 101, las partes habrán de concretar los hechos materia de controversia, las pretensiones y las excepciones de mérito, vale decir, que todos los problemas formales deberán de quedar saneados, para que el proceso, después de

esa audiencia, se ocupe exclusivamente de las pretensiones y excepciones de mérito, y defensas en general. El precepto en comento establece que, a continuación, el Juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen expresamente los hechos en que estén de acuerdo; es decir, los invita para que acepten o confiesen hechos propuestos inicialmente y respecto de los cuales haya común acuerdo, siempre que fueren susceptibles de la prueba de confesión. Tales hechos los declarará probados el Juez mediante auto, en el que además señalará las pruebas que se desechan o rechazan por versar sobre los mismos hechos, así como las pretensiones y excepciones que queda excluidas de la litis como resultado de la conciliación parcial. El Juez no solamente debe conformarse con declarar probados esos hechos, sino además deberá rechazar las pruebas pedidas a ese respecto por resultar, entonces, irrelevantes, superfluas o intrascendentes, pues, al estar admitidos por confesión sobra cualquier otra actividad probatoria.

Inmediación en la práctica de pruebas.- El artículo 181 del C.P.C., insiste en que debe cumplirse el principio de la inmediación, el cual encuentra su aplicación, especialmente, cuando el Juez practica personalmente todas las pruebas; pero, si no lo pudiera hacer así, por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique. Se prohíbe al Juez comisionar para la práctica de pruebas que hubieren de producirse en el lugar de su sede, así como para la realización de inspecciones judiciales dentro de su jurisdicción territorial. Y, viene un inciso final que permite a la Sala de Casación Civil de la Corte, comisionar para la práctica de inspección judicial a otras autoridades jurisdiccionales, cualquiera que fuere el lugar en que deba llevarse a cabo.

Oportunidades y términos probatorios.- En punto tocante a las oportunidades para la práctica de pruebas consagradas en el artículo 183 del C.P.C. se mantuvo el texto original, en tanto que el siguiente artículo (184) se refiere a "oportunidad adicional" y "preclusión", cuando se han dejado de practicar pruebas sin culpa de la parte que las pidió, a efecto de que el término señalado se amplíe a petición de aquella, hasta por otro igual, que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Por su parte, el inciso segundo establece que vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas, y, el Juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria, disponer sin tardanza el trámite posterior que corresponda. El artículo 184 lo que quiso fue acabar con esos plazos ilimitados e indeterminados que en la práctica se vienen presentando. En efecto, existen providencias que dicen "ábrase a prueba" por 40 días, o por 30, o por 20, o por el término que sea, pero en la práctica señalan audiencias que rebasan esos plazos de ley, a más de que, en ocasiones, el Juez señala nuevas fechas con miras a cumplir con los deberes - poderes de las pruebas de oficio, por dos, tres, o, cuatro veces para que se surtan las mismas pruebas que ni siquiera ha intentado practicar. Por ello estimamos que el artículo 184 es bueno, en el sentido de insistir sobre la concentración de la práctica de las pruebas, dentro de los términos probatorios, a la vez que tampoco desconoce que existen ocasiones en donde es imposible practicar todas las pruebas dentro de ese perentorio término, y, por lo mismo, se concede

uno adicional hasta por otro tanto del inicial, pero por una sola vez, para respetar así el principio de la preclusión.

Prescindencia del término probatorio.- En cuanto respecta a la prescindencia, total o parcial, del término probatorio, el artículo 186 del C. de P. C., fue adicionado en el sentido de permitir esa posibilidad también en los incidentes y en los demás trámites dentro de los cuales exista práctica de pruebas, con lo cual se hace claridad sobre una práctica judicial reiterada que hasta ahora no había generado polémicas.

Prueba de la ley extranjera.- El artículo 188 fue aclarado para permitir que la ley extranjera cuya copia expida el Cónsul del respectivo país en Colombia, baste con la autenticación de su firma ante nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores. También mantiene la alternativa de que dicha ley sea expedida en copia por la autoridad competente del país extranjero, autenticada en la forma señalada en el artículo 259 del C.P.C.

Finalmente, en lo que atañe con la parte general, el artículo 193, sobre la práctica de pruebas en el extranjero, faculta al Juez para comisionar, por medio de exhorto, directamente al Cónsul o Agente Diplomático de Colombia en el país respectivo, a fin de que practiquen en su sede las diligencias, de conformidad con las leyes nacionales y se las devuelva sin el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores. Igualmente se faculta a dichas autoridades colombianas a fin de practicar todas las diligencias judiciales en materia civil, para las cuales fueren comisionadas. Se conserva la posibilidad de suplicar de autoridades judiciales extranjeras la colaboración para la práctica de pruebas; mediante cartas rogatorias que se tramitarán por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, con observancia de lo que dispongan los tratados públicos y los principios de derecho internacional.

B.- MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

Procederemos enseguida a comentar las reformas que fueron introducidas, a cada uno de los medios probatorios, vale decir, la confesión, el juramento, el testimonio, los indicios, peritazgo, la inspección judicial, los informes y los documentos.

a) LA CONFESION

El artículo 199 sobre la prohibición de utilizar la prueba de confesión proveniente de los representantes de entidades de derecho público, se trató de redactar de una forma distinta, a como se hizo en 1970, pero en verdad fue muy poco lo que se cambió; en últimas, lo que se dice es que los apoderados judiciales de la Nación y de las demás entidades de derecho público allí mencionadas, no podrán confesar, al decir que su confesión no vale, pero luego en el inciso segundo establece que a los representantes administrativos de esas mismas entidades, no se les podrá provocar confesión, aunque en su defecto se les solicitará que rindan informes motivados bajo juramento, a voces del inciso 3. Se precisa que de dichos informes se dará traslado a las partes y se dispone que el incumplimiento

a este deber acarrea multa, como todas las del Decreto 2282, basadas en salarios mínimos mensuales (entre cinco a diez).

Entramos, ahora, propiamente a los cambios o modificaciones más importantes en materia de la prueba de confesión, y, en primer momento, tenemos el artículo 203, el cual fue mejorado en grado mayúsculo. Antes que todo acabó con aquella duda existente de si en los incidentes o durante el trámite incidental, podía llamarse a las partes de este a interrogatorios de parte, pues, opiniones muy autorizadas sostenían que no, porque el artículo 203 se refería al proceso y por una sola vez. De consiguiente, se estaba excluyendo la posibilidad del interrogatorio en los incidentes. Este artículo 203 nuevo dice que cuando se trate de incidentes o de diligencia de entrega o de 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, aún cuando hayan absuelto otro en el proceso. Como puede verse la claridad del nuevo artículo 203 es absoluta.

Queda, pues, claro que las partes que estén presentes durante audiencias o diligencias, pueden ser sometidas a interrogatorio; aún en las diligencias de entrega y de oposiciones de que tratan los artículos 337 y 338. Se contempla que de presentarse oposición sin la presencia de la parte, pero sí de su apoderado, el Juez podrá decretar el interrogatorio de aquella y se entenderá notificada en esa misma diligencia, vale decir en estrados, y con la carga de comparecer al Despacho, en la fecha que se señale a absolver el interrogatorio. Ya precisaremos, más adelante, cómo el artículo emplea una expresión equivocada; pero la idea es que a ese opositor le sobrevendrá una consecuencia desfavorable si no comparece, a pesar de no haber sido notificado personalmente, por la circunstancia de que su apoderado al hacer actos de oposición por él, se entiende que la notificación en dicha diligencia o audiencia lo obliga, o, lo que es igual, le es oponible.

Ahora bien, si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que decreta el interrogatorio quedará notificado en estrados y no tendrá recurso alguno, en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al Juzgado en el día y la hora que se señale, pero la diligencia solo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueren procedentes. Esta es, pues, una regla de conducta para el Juez, que no puede, so pretexto de imposibilitarse el interrogatorio del opositor, suspender la diligencia, dado que debe proseguir y practicar todas las demás pruebas; y solo cuando reste por recaudar el interrogatorio a dicho opositor ausente, se suspenderá la diligencia para que se lleve a cabo en la fecha que se señale al efecto. Practicado el interrogatorio, o frustrado éste, por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso, o sea cuando se frustre porque el absolvente no compareció, "se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor". Esta expresión, en nuestro sentir está mal redactada, porque no siempre las oposiciones se hacen con base en la posesión, desde luego que hay oposiciones con fundamento en la tenencia, o por otras razones distintas, v.gr. por la falta de identidad de los bienes. De manera que cuando la norma señala que el

opositor "no es poseedor", deberá entenderse más bien que el efecto de la no comparecencia de tal opositor es la de tener por no ciertos los hechos en que fundó su oposición, con lo cual queda más genérico y más técnico el artículo en comento.

Por último el artículo 203 establece que al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214. Aquí hay una cita equivocada en cuanto a los artículos últimamente referidos porque no debió mencionarse hasta el artículo 214, sino tan solo hasta el artículo 210, pues, los artículos 211 y 212 versan sobre el juramento, y, los artículos 213 y 214 son los dos primeros de la prueba testimonial. De manera que debe entenderse que la referencia está hecha a los artículos 207 a 210 y no al 214 como aparece en el texto.

Merece resaltar los cambios introducidos al artículo 205, dado que su engorroso y tergiversado texto cambió por completo, para hacerlo más entendible y práctico, al establecer que el auto que decreta el interrogatorio anticipado de parte se notificará a ésta personalmente; mientras que el ordenador del interrogatorio en el curso del proceso, se notificará por estado. La reforma acoge lo que se venía insistiendo sobre el particular por muchos doctrinantes, pero que los Juzgados, en su mayoría, desafortunadamente, no cumplían. Fueron muchos los casos de interrogatorios anticipados en los cuales se surtió la notificación por aviso, obviamente sin que se tuviera la seguridad y la certeza de que dicha notificación cumpliera con su finalidad de informar o noticiar la orden judicial sobre el interrogatorio decretado.

El anterior mecanismo también se establece para el reconocimiento de documentos, previsto en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, cuando sea dentro del proceso, porque en caso de reconocimiento extraprocesal la citación, de todas maneras, debe hacerse en forma personal.

En cuanto a la forma del interrogatorio, el artículo 207 permite que puede ser oral o escrito; será oral si la parte que lo solicita concurre a la audiencia, pues, en caso contrario deberá formularse por escrito, en pliego abierto o cerrado, que se deberá acompañar con la solicitud, o, por lo menos, presentarlo antes de la fecha señalada para el interrogatorio. Esta última exigencia tiene la finalidad de evitar que la parte solicitante del interrogatorio al comparecer a la audiencia, y a sabiendas de que el citado no se presenta, elabore y allegue cuestionario escrito, acomodado a sus intereses, con el propósito de obtener la declaración de confeso sobre tales hechos así preguntados.

Lo que resulta más importante y útil, de la reforma introducida al artículo 207, es la posibilidad de sustituir el cuestionario escrito por uno oral, o, viceversa. Así las cosas, si se ofrece hacer el interrogatorio oral y sobreviene cualquier obstáculo para asistir a la audiencia, bien puede presentarse cuestionario escrito. En varias oportunidades hemos propuesto la forma mixta del interrogatorio, pues, entendemos que en nada altera el derecho e igualdad de las partes el que se formule interrogatorio oral y luego se sustituya o adicione por la forma escrita. Por fortuna este sistema fue previsto en el nuevo artículo 207, con lo cual se pone fin a la negativa que sobre el punto presentaban algunos jueces, pues, la parte

que solicita la prueba, también, podrá, antes de iniciar el interrogatorio sustituir el pliego que haya presentado, por preguntas verbales, total o parcialmente.

Por su parte, al artículo 208, que regula la forma como debe llevarse a cabo el interrogatorio, se le da nueva redacción, manteniéndose la posibilidad de que el Juez, de oficio o a petición del interesado, interroge a las demás partes que estén presentes en la diligencia, y se adiciona, en el sentido de que si alguno de los intervinientes en ésta se negare a firmar, de ello se dejará la constancia respectiva.

Los restantes artículos sobre la prueba de confesión, que regulan lo atinente a la posposición de la audiencia, y la declaratoria de confesión ficta o presunta, esto es, los artículos 209 y 210, quedaron prácticamente iguales. Esta última preceptiva se adiciona solo en cuanto eleva a la categoría de indicio grave, en contra de la parte citada, su no comparecencia, sus respuestas evasivas o su negativa a responder, siempre y cuando que las preguntas no fueren acertivas, dado que si lo fueren de esta naturaleza lo que procede es la declaratoria de confeso.

b) EL JURAMENTO

Los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Civil, que regulan el juramento como medio de prueba, no sufrieron modificación en la redacción y contenido de sus textos, pero en el nuevo artículo 418 del C. de P. C. que regula la rendición provocada de cuentas se consagra el juramento estimatorio, pues, el destinatario o acreedor de cuentas deberá indicar en la demanda, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de aquella, lo que se le adeude o considere deber y si dicha estimación no es objetada, ni el demandado se opone ni propone excepciones previas, se dictará auto de acuerdo con aquella, el cual prescribirá mérito ejecutivo.

c) EL TESTIMONIO

El Código de Procedimiento Civil ahora utiliza mecanismo nuevo para convocar a terceros, a las partes y a colaboradores de la justicia, que es el telegrama. Debemos resaltar el contenido del artículo 224, cuando establece que a los testigos se les citará mediante telegrama, aunque también mantiene el caduco sistema de las boletas, que en verdad no sirve para nada.

También el artículo 225 precisa que la desobediencia del testigo a comparecer al Juzgado para rendir la declaración, será sancionada con una multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando, de todas formas, con la obligación de comparecer y de prestar ese servicio cívico, como deber de todo ciudadano para con la administración de justicia.

El artículo 226 recalca casi lo mismo que tenemos hoy en día sobre requisitos del interrogatorio pero hace algunas precisiones en el sentido de que se puedan entregar cuadros de preguntas también para los testigos antes de la fecha señalada para el interrogatorio y que estos pliegos pueden ser sustituidos por preguntas orales, como se dijo para la prueba

de confesión en el caso del artículo 207.

Mención especial merece el artículo 228, por cuanto éste sí sufrió algunas modificaciones importantes, con miras a que los jueces cumplan con el deber de interrogar personal, directamente y en primer lugar a los testigos. En efecto, el numeral 2 del artículo 228 resalta que el Juez informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de la declaración; hoy ocurre que el artículo 228 no lo establece textualmente, y por ello los jueces llegan, identifican al testigo, le hacen las preguntas iniciales, esto es, las llamadas preguntas generales y luego les dice que informen lo que sepan en relación con el proceso que se debate, y, como podrá deducirse, el testigo no sabe cuál es el proceso ni mucho menos, lo que se debate. Entonces, como no sabe nada, le dan la palabra al señor apoderado que solicitó la prueba para que formule sus preguntas.

Con muy buen sentido práctico el artículo 228 vuelve a insistir en que el Juez debe preguntar, antes que las partes, pero con el deber de informar sucintamente sobre los hechos objeto de la declaración, como, por ejemplo, se le indicará que se está en presencia de un proceso de lanzamiento o de divorcio, entre quienes o cuáles son las partes, es decir, hay que inducir un poco al estado general del proceso, y luego si el juez deberá preguntar de mayor a menor; formulará preguntas generales sobre los hechos que se debaten, e irá descendiendo de tal manera que le pueda extraer al testigo una serie de información útil para las resultas finales del proceso. Obviamente, que después de que haga ese relato el testigo, si el Juez considera que ya está informado se le concederá el uso de la palabra al apoderado peticionante de la prueba, y agotado este interrogatorio al otro u otros apoderados para que formulen sus preguntas. Pero, en todo caso, el Juez puede preguntar en cualquier momento de la diligencia, interrumpir al apoderado que solicitó la práctica de la prueba, o cuando se agote el cuestionario puede retomar el uso de la palabra, tantas veces como lo considere necesario, para que se haga clara la situación que allí se está debatiendo.

Vemos con alguna preocupación la parte final del inciso 7o. del artículo 228 que se viene comentando, según la cual cuando se suspende la diligencia de testimonio, y las preguntas pendientes de respuesta hubieren sido formuladas por el Juez o por la parte contraria a la que solicitó la prueba, v.gr. para que el declarante haga averiguaciones, o por cualquiera otra circunstancia, se le señalará fecha y hora para la continuación de la misma, y si no comparece, su testimonio "carecerá de mérito probatorio", si el Juez "considera que las respuestas pendientes son indispensables". Es decir, todo parece indicar que se quiere restarle toda eficacia probatoria a la porción del testimonio que se ha surtido hasta entonces. Sin embargo, cuando el testigo o el apoderado que pidió la prueba justificare, dentro de los tres días siguientes, la no comparecencia, se señalará nueva fecha para la continuación de la audiencia, sin que pueda aplazarse otra vez.

Vemos muy confusa la redacción del referido numeral 7o. del artículo 228 del C.P.C., por lo siguiente: a) Por cuanto hace distinción entre el peticionante de la prueba, de un lado y el Juez y la contraparte, de otro lado. En efecto, lo relacionado con la ineficacia probatoria de lo parcialmente

declarado, se predica solo en cuanto las preguntas pendientes de respuesta provinieren del Juez o de la parte que no solicitó el testimonio. b) Porque si bien es cierto que la referida ineficacia la condiciona a la circunstancia de que el Juez considere que las respuestas pendientes sean indispensables, no precisó para qué propósito.

Cabe afirmar que la diferenciación planteada bajo el ordinal a) del párrafo inmediatamente anterior, no tiene razón de ser y más bien con ello se infringe el principio de igualdad de las partes en el proceso. Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, vale decir, el planteado bajo el ordinal b), creemos que el recto entendimiento de la norma impone afirmar que la ineficacia de la declaración parcial, tan solo es predicable cuando su complemento no logrado, fuere estrictamente indispensable para la estructuración del hecho o hechos por probar, porque si lo parcialmente declarado resultare suficiente para reflejar los hechos controvertidos, por sí solo o mediante la apreciación en conjunto con otra u otras probanzas, no existe razón alguna para desestimar la declaración fraccionada, claro está, siempre y cuando hubiere habido publicidad y contradicción de la misma.

En punto tocante a la ratificación de testimonios, o sea, lo previsto en el artículo 229, vale la pena destacar que aquella procede cuando se han rendido en otro proceso, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzca, o, cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299 del C.P.C. Hay un inciso del mencionado artículo 229, que va a resultar inocuo, pues, prevé que se podrá prescindir de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en la audiencia, y el Juez no lo considere necesario. Esto es caso similar a lo previsto por el artículo 361, para pedir pruebas en segunda instancia, cuando las partes de común acuerdo lo hagan, evento que en la práctica no ha tenido ocurrencia.

d) EL PERITAZGO

Este medio de prueba será útil y eficaz al proceso, en la medida en que quien ostenta la facultad y privilegio de escoger a los auxiliares de la justicia lo haga designando personas idóneas, pues, todo parece indicar que, con la nueva redacción del numeral 3o. del artículo 236 del C.P.C., los peritos no están obligados a manifestar "Bajo juramento" que prometerán desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo y mucho menos que cuentan con los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, todo lo cual le quita el peso de eventuales sanciones imponibles a quienes juran en falso. En efecto, tal como quedó redactado el numeral aludido, la única manifestación que va precedida del juramento, en el momento de la posesión, es la relativa a que no se encuentran impedidos, dado que el siguiente giro verbal (prometerán) está separado por el signo ortográfico punto y coma, lo que nos lleva a sostener el anterior punto de vista.

Aspecto importante, reviste la diligencia de posesión de los peritos al permitir a las partes, fundamentalmente a quien no solicitó la prueba, presentar cuestionarios relacionados con los puntos materia de la solici-

tud de la prueba pericial, es decir, que no pueden ser materia completamente ajenas o extrañas a las planteadas inicialmente, porque sería una nueva peritación y, por lo mismo, en ciertos casos se requeriría de nuevos especialistas.

Este numeral 3o. del artículo 236 del C.P.C. tiene estrecha relación con lo prescrito por el numeral 2o. del artículo 246, al permitir que durante la práctica de la inspección judicial, el Juez después de examinar y verificar los objetos o personas materia de la diligencia "oír a los peritos sobre las cuestiones materia del dictamen, las que podrá ampliar de oficio o a petición de parte, si fuere necesario.

Luego, vienen unas reglas relacionadas con provisión para que los peritos puedan realizar su prueba, que no merecen mayor importancia.

El punto relacionado con la contradicción del dictamen, previsto en el artículo 238, mantiene las mismas tres formas tradicionales de contradicción, esto es, la complementación, la aclaración y la objeción por error grave, solo que en el numeral 2o. del mencionado artículo volvió a incurrirse en el mismo error del año 70 cuando se dice que el Juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, pues, no puede ser adición porque hay una gran diferencia entre este concepto y el de complementación. En efecto, complementar es hacer completo, hacer íntegro, hacer total, o llegar a la unidad, que es a lo cual se refiere la forma de contradicción prevista en el numeral anterior; en tanto que adicionar es, agregar algo nuevo, añadir algo distinto, y, entonces, si se permitieran esas adiciones lo mejor sería no hacer uso de la oportunidad brindada en la norma atrás comentada, y, más bien, cuando corran el traslado del dictamen proponer puntos nuevos, bajo el pretexto de una adición. Con ello se quiebra los principios de contradicción y de igualdad de oportunidades, a su vez que el de lealtad de las partes.

Eso no es lo que quiere o puede querer en ningún momento el Código, pues, lo que busca es que haya lealtad y que las oportunidades para someter cuestionarios a los peritos sean equilibradas hasta un determinado momento y que los peritos respondan por su informe o dictamen, pero no vayan a responder sobre hechos respecto de los cuales no se les había preguntado o ellos no tuvieron porqué indagar, ni prepararse, ni ensayar, ni hacer experimentos, etc. Entonces, esta palabra de adición que trae el numeral 2o. sugerimos sea entendida como complementación.

De otro lado, el numeral 4o. del artículo 238, que regula el procedimiento para la contradicción de la pericia, trae una novedad importante, consistente en que el dictamen puede ser objetado por error grave, siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas, con lo cual se está canalizando un poco más lo ya establecido sobre el particular por el Código del 70, pues, en éste simplemente se dijo "objeción por error grave" y nada más. Doctrinariamente se ha dicho que el error puede estar en un momento dado en el objeto analizado, en los estudios, ensayos o experimentaciones que hagan los peritos, pero que también, puede recaer sobre las conclusiones. Util resultará la novedad de este precepto, dado que si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en éstas, el Juez al valorarlo detectará la equivocación.

ción, hará caso omiso de dicho aparte y podrá acoger las conclusiones que no se encuentran afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente añan al Juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrá de ser tenidas en consideración.

De manera que los demás errores, así hayan sido garrafales o protuberantes, si no incidieron o no se originaron en las conclusiones no ameritan ser materia de objeción por error grave, por lo que el Juez deberá analizar el dictamen y el escrito de objeciones para ordenar o rechazar de plano el trámite de las mismas.

Acorde con la reforma al numeral 4o., está la introducida al numeral 5o. del mismo artículo 238, al imponer que el escrito de objeciones debe precisar el error y contendrá la aportación y petición de pruebas para demostrarlo.

Dicho escrito deberá evidenciar la incidencia del error enrostrado al dictamen en las conclusiones del mismo, o reflejar que aquel se originó en éstas. En lo demás se mantiene el texto original del artículo 238.

En cuanto a honorarios de peritos también hubo novedad. Se dice por el artículo 239 del C.P.C., que en el mismo auto que corre traslado del dictamen el Juez señalará el monto de los honorarios, con base en las tarifas que se elaboren para el efecto, e indicará o precisará cómo se deben pagar por las partes; si solamente una de éstas, o, ambas, y en este caso en qué proporción. Luego agrega que en el caso de que se requieran expertos de conocimientos muy especializados podrá el Juez señalarle "honorarios sin limitación alguna", lo cual puede prestarse a abusos, por lo que hubiera sido mejor decir que sin sujeción a la tarifa oficial, dado que el término "sin limitación alguna" literalmente está autorizando al Juez para que los fije sin cortapiza de ninguna especie. Se agrega, además, que, antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al Juzgado los títulos de depósito judicial o los recibos de los honorarios a su cargo, expedidos por los peritos, con lo cual se pone punto final a la polémica que se formó alrededor del texto original del artículo 239 del C.P.C., según el cual debe allegarse el título de depósito, y que de acuerdo a la doctrina de la Corte si se allegaban recibos expedidos por los peritos, no se tenían por idóneos para acreditar el pago de los honorarios y, por ende, no se le daba trámite a las objeciones. Ahora por fortuna, y para corregir esa jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, se estableció que se alleguen los recibos de consignación o los recibos expedidos directamente por los peritos.

Más novedad presenta el contexto del inciso 2 del artículo 239 que se comenta, en cuanto no adscribe sanción o efecto desfavorable a quien objeto el dictamen sin acreditar el pago de los honorarios de los peritos, como se venía exigiendo para el trámite de dicha objeción; de manera que hoy se puede objetar sin mayor restricción. No consideramos afortunada la supresión de dicha sanción (no tener por presentado el escrito de objeción), porque seguramente se abusará de las objeciones por error grave. Aparentemente la nueva regulación brinda mayor garantía para las partes, pero a su vez constituye posibilidad de abuso, pues, en el fondo se le permite objetar sin restricción, al menos por este aspecto del no pago de

los honorarios.

Para morigerar la laxitud del inciso 2 del artículo 239, el Juez deberá darle estricto cumplimiento al contenido del último inciso del artículo 388, esto es que no oirá a la parte deudora de tales honorarios, sin necesidad de requerimiento y, en todo caso, no apreciará la prueba.

e) INFORMES

Algunos autores de pruebas han venido sosteniendo que no existe la prueba de informes, como medio autónomo, dado que la asimilan a la pericial por estar dentro del capítulo que regula este medio de prueba. Ahora, con el nuevo texto del artículo 243 del C.P.C. se delimitó en forma precisa el campo de esos dos medios probatorios, con lo cual cobra fuerza nuestra tesis reiterada en el sentido que los informes no pueden confundirse con la prueba pericial, porque no reúnen los requisitos mínimos esenciales de ésta.

En efecto, en el mencionado artículo, hoy se regulan dos medios totalmente distintos, pues, por un lado los Jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, "informes técnicos o científicos, sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tengan el carácter de consultoras del gobierno", lo cual es típica prueba de informes. Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma y se pondrá en conocimiento de las partes por el término de tres (3) días para que pueda pedir que se complementen o aclaren.

De otro lado, "también podrá el Juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales para peritaciones, que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas" ya no para informes sino para otro medio de prueba bien distinto, "con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen". Para tal propósito "dichos funcionarios deberán rendir el dictamen en el término que el Juez les señale, el cual se considerará rendido bajo la gravedad del juramento de que trata el numeral 3o. del artículo 236, por el solo hecho de la firma, y se remitirá al Juez por conducto del mismo director".

También se consagra la posibilidad de que las partes "dentro de la ejecutoria del auto que decreta el dictamen", puedan pedir que éste se extienda a otros puntos relacionados con las cuestiones sobre las cuales se decretó, tal como lo prevé el numeral 4o. del artículo 236 *ibidem*. Prevé la norma que antes de surtirse el dictamen, si el director de la entidad o dependencia oficial considera que se requiere algún dinero para elementos, viáticos o transporte de los funcionarios de dicha dependencia o entidad oficial que va a rendir el dictamen, o que lo necesitan para hacer ensayos o averiguaciones, así lo hará saber al Juez, quien dispondrá que la parte interesada, o, las partes, según el caso, consignen tales dineros dentro de los tres (3) días siguientes, so pena de que se entienda desistida tal prueba pericial.

Finalmente, cabe observar que para la rendición del dictamen se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 237. Una vez devuelto el despacho al Juez, se procederá como lo indica el artículo 238, o sea, que se someterá al conocimiento de las partes para que se surta su contradicción. Ese dictamen así rendido por funcionarios de entidades oficiales será susceptible de objeción por error grave, dado que esta modalidad de controvertirlo no está restringida ni prohibida.

Nada dijo el artículo 243 sobre honorarios de esos peritos oficiales, tal vez en razón a que son funcionarios públicos que están devengando sueldos del ente oficial al cual están inscritos y, por lo mismo, no resultaría lógico que obtengan remuneración adicional por desarrollar una función propia de sus empleos.

Las delimitaciones establecidas en el nuevo artículo 243 del C. de P.C., entre la peritación y la prueba de informes, son, como puede observarse, muy claras y, por ende, ninguno de los comentaristas del Código podrá poner en duda, la existencia y autonomía de este último medio probatorio.

f) INSPECCION JUDICIAL

En cuanto a la inspección judicial, el artículo 246 del C.P.C. fue ajustado en sus varios numerales sin mayores innovaciones. Importa resaltar, fundamentalmente, que el Juez deberá dejar constancia, en el acta, de sus apreciaciones, como que en eso consiste la esencia de dicho medio de prueba; en aquella se consignará lo que el Juez personalmente pudo apreciar, el impacto que los hechos verificados le produjeron y, en fin, toda circunstancia relevante que sirva para una mejor comprensión de los hechos. Es muy importante recalcar tales aspectos, habida cuenta de que normalmente se acostumbra a consignar en el acta solo constancias, alegaciones y debates a instancia de los abogados, dejando de lado lo esencial de la prueba, cual es lo percibido y observado directamente por los órganos de los sentidos del Juez.

No sobra recavar que la importancia de la inspección judicial radica en el reconocimiento directo por parte del Juez, quien sin intermediario deberá estar en contacto con las cosas, objetos y personas materia de su análisis, para reflejar en el acta sus percepciones personales que servirán para futura memoria de lo que fue su impacto psicológico producto de sus vivencias. Lo demás son alegaciones u observaciones que hacen las partes, dirigidas obviamente, en pro de sus posiciones, pero es el Juez quien debe consignar cuál fue su impresión o reflejo sobre los hechos controvertidos.

Por último, el referido artículo 246 del C. de P.C., fue adicionado con el numeral 8o., para permitir que de oficio, o a solicitud del interesado, se interrogue a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta. Queda así, complementado el numeral 3o. del mismo artículo que brinda la posibilidad de recibir documentos y declaraciones de terceros, con lo cual se pone fin a la discusión doctrinaria que sobre el particular existía.

g) LOS INDICIOS.

La prueba de indicios, regulada en los artículos 248 a 250 del Código de Procedimiento Civil, no fue objeto de modificaciones. El Decreto 2282 de 1989, en varios artículos, utilizó la calificación de indicio grave para algunas conductas o comportamientos procesales de las partes, y que en el actual código apenas se les daba la consecuencia de indicio. Así, por ejemplo, la falta de contestación de la demanda, o, del pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda (Art. 95) o la no comparecencia, respuesta evasiva o la negativa a responder el interrogatorio de parte. Conductas que en adelante se apreciarán como "indicio grave" en contra de la parte demandada o citada, según sea el caso.

Se quiso, pues, cuantificar el valor del indicio, lo cual no es más que otro rezago de tarifa legal en materia de pruebas, que si bien es cierto puede servir de prevención para las partes, a fin de que siempre deben obrar con lealtad y claridad, no lo es menos que de alguna manera ata al Juez en su labor de valoración y crítica de las pruebas.

h) DOCUMENTOS.

En materia de documentos, también hubo algunas modificaciones, o, mejor, ajustes importantes. Así tenemos el artículo 251 del C. de P.C., que en aspectos relacionados con la autenticidad del documento privado mantiene la gran distinción entre documento público, que nace auténtico, y documento privado que nace desprovisto de autenticidad, a menos que la ley presuma, excepcionalmente, esa autenticidad. El artículo 252 consigna las formas como los documentos privados adquieren autenticidad.

Mención especial merece el numeral 3 del referido artículo al atribuirle autenticidad al documento privado "habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289", pues, el Decreto 2282 adiciona tal precepto con un inciso para hacer extensiva esa autenticidad "a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen", siempre que se haga la afirmación que corresponde a ella. De manera que si estos documentos no fueron oportunamente tachados como falsos, cobrarán autenticidad. No ocurre lo mismo cuando esos documentos se aducen contra los sucesores del causante a quien se le atribuyen, por cuanto a ellos se les permite asumir una posición distinta, dado que no es necesario que lo tachen de falso, sino que basta con que manifiesten que no les consta que provengan de su causante, para impedir que cobren autenticidad, caso en el cual quien pretenda sacar provecho o ventaja del documento tendrá que adelantar el incidente de autenticidad, para que a través de los diversos medios de prueba, por ejemplo la peritación grafotécnica, la testimonial, los documentos incluyendo los llamados principios de prueba por escrito, etc., el Juez lleve a la conclusión que, aunque el documento no tenía autenticidad, la cobra en virtud de esas evidencias.

Ahora bien, cuando la parte contra quien se atribuye documento privado desprovisto de autenticidad y lo tacha o desconoce, el aportante tendrá la carga de la prueba para demostrar su autenticidad, no como algunos creen que quien lo tacha lleva la carga de probar la falsedad, pues, con el solo desconocimiento basta para dejar la duda sobre su verdadero autor. Por eso, tal vez hubiera sido mejor utilizar en el numeral 3 del artículo 252 del C.P.C. una expresión inequívoca, en el sentido de que una vez tachados aquellos documentos, quien quiera valerse de los mismos correrá con la carga de probar su autenticidad. Resulta inapropiada la expresión "ésta no lo tacho de falso oportunamente" porque da la sensación de indicar que quien formula la tacha tuviere la carga de probar la falsedad. Distinta es la situación en la tacha de documento público o de documento privado auténtico, evento en el cual quien tacha debe probar la falsedad de aquellos. Así pues, cuando el código habló de "tacha" lo hizo de manera errónea, más bien debió utilizar la expresión "desconocimiento" del referido documento, porque cuando esto no sucede opera el reconocimiento implícito del mismo. Así, pues, cuando el Código habló de tacha, lo hizo de manera equivocada; más bien debió decir "desconocimiento de autoría de esos documentos", porque cuando esto no sucede opera el reconocimiento implícito.

Por último, en materia de presunciones de autenticidad este artículo 252 aumentó el listado que traía el Código del 70; por ejemplo, en punto tocante a las pólizas de seguro, el Código del 70 decía que se presumían auténticas las firmas, mientras que ahora se extiende esa presunción a su contenido y a los recibos de pago de primas, pero dejó de lado otros documentos importantes como son los certificados de seguro y los anexos que tanto se utilizan en esta materia. También se incluyen dentro de esta enumeración las cartas de crédito que no aparecían, originalmente, los contratos de prenda con entidades de crédito, los contratos de cuenta corriente bancarios y documentos que se originan en dichas cuentas corrientes como los recibos de consignación, notas débito, notas crédito, créditos, y, en fin, se extiende un poco más la enumeración, para terminar diciendo que la ley podrá otorgar tal presunción de autenticidad a otros documentos privados.

Las demás normas relacionadas con pruebas documentales, que vienen después del artículo 252 no presentan verdaderas reformas, que justifiquen comentarios especiales, más bien constituyen ajustes elementales a los textos originales.

C. PRUEBAS ANTICIPADAS

En materias de pruebas anticipadas se hizo una precisión importante, en el sentido de que se mantiene y permite tal sistema, pero casi con la exigencia indispensable de la citación de la futura contraparte. Excepcionalmente se permite la práctica de pruebas anticipadas sin citación de la futura contraparte, especialmente cuando no se vayan a utilizar para efectos judiciales, como para el cobro de pensiones y demostración de supervivencia, que a pesar de su importancia la jurisdicción no tiene por qué ocuparse de su procesamiento y, por eso, en el caso de los

testimonios, para estos últimos efectos, deberán rendirse ante notarios o alcaldes.

Precisa el inciso primero del artículo 300 del C. de P.C. que podrá pedirse, con citación de la presunta contraparte o sin ella, como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hubieren de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento; y, por su parte, el inciso segundo contempla la posibilidad del dictamen anticipado de peritos, condicionando su decreto a que se cite la persona contra quien se pretende hacer valer, siguiendo en este aspecto a la legislación alemana, donde es presupuesto de las pruebas anticipadas la citación de la futura parte contraria.

Finalmente, vale la pena destacar el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 301, según el cual la citación para interrogatorio de parte y exhibición de documentos o de otro bien mueble, cuando ello ocurra en forma anticipada, deberá hacerse mediante notificación personal, sin que sea admisible el emplazamiento del citado; mientras que cuando se trata de reconocimiento de documentos, presentados como base de recaudo en proceso ejecutivo (Art. 489), se permite el emplazamiento con observancia de los casos requisitos previstos en los artículos 318 y 320. No para que el curador ad-litem, designado reconozca tales documentos, sino para adelantar con él a instancia del actor el trámite de autenticidad del documento.

Esta última posibilidad que brinda el Decreto 2282/89 es realmente útil y viene a llenar un vacío frente al cual la mayoría de Juzgados optaban por negar el emplazamiento, bajo el argumento de que el acto de reconocimiento es personal, y, entonces, el eventual ejecutante tenía que seguir insistiendo en una notificación imposible, bien porque desconocía el paradero del citado o porque éste definitivamente se ocultaba.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Bogotá, febrero/90.