Práctica probatoria en audiencia

*Octavio Augusto Tejeiro Duque**

* Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil. Se ha desempeñado como Juez Municipal, Civil de Circuito, Magistrado de las Salas Civiles de los Tribunales Superiores de Medellín y Villavicencio. Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente es Magistrado del Tribunal Superior de Villavicencio y miembro de la Comisión Nacional Judicial para la Implementación de la Oralidad en los Procesos Civil y de Familia. Es Profesor de la Especialización en derecho procesal civil y la maestría en derecho procesal de la Universidad Externado de Colombia. Es Formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y autor de los textos *Elementos de Práctica Procesal* y *Juez Director del Proceso Civil,* así como de varios artículos en revistas de la judicatura y de la academia.

Se pretende con el presente texto hacer una aproximación, lo más práctica y sencilla posible, al modo en que han de cumplirse los actos de prueba en escenarios de oralidad, una vez que, en pocos meses, comience a entrar en vigencia el Código General del Proceso (en adelante CGP), de la manera gradual como él mismo prevé. No debe pasarse por alto que la cultura jurídica procesal hasta ahora existente en procedimiento civil ha impuesto las formas propias de la escritura, razón por la cual las competencias necesarias para adelantar juicios orales y de ellos hacer verter los resultados generosos que allí pudieran anidar, no han sido adquiridas, por lo menos de manera generalizada, de suerte que parece oportuno realizar sobre el tema algunas iniciales elucidaciones.

Es indispensable, antes que todo lo demás, rememorar cómo las audiencias gobernadas por los artículos 372 y 373 del CGP, establecen un determinado orden para el adelantamiento de sus etapas, pues esa disposición permite, si se cumple cabalmente, extraer el mejor resultado en términos no solo de eficiencia, que es basilar, sino de justeza, valor inapreciable y finalidad esencial de toda actividad procesal. Por ello exige ese ordenamiento, primeramente, la práctica probatoria destinada a resolver las excepciones previas pendientes, si es que las hay, así como en segundo lugar ha de llevarse a efecto el intento de conciliación procesal, tras el cual, en el evento de frustrase esa oportunidad, deberá producirse el interrogatorio oficioso, obligatorio y exhaustivo a las partes, seguido por la fijación del objeto de litigio, el control de legalidad, el decreto de las pruebas que sean menester, su práctica, las alegaciones finales y, últimamente, la sentencia, oral e inmediata.

Si bien se observa, la disposición de los variados estadios muestra cómo algunos sirven de necesarios precedentes a los otros, al paso que van, lentamente, definiendo la fisonomía eventual del fallo, en tanto con su realización cada uno hace un aporte al resultado y acerca al juez, a las partes y a los terceros a la sentencia, en una especie de anticipación natural de la decisión. Así, por ejemplo, si del interrogatorio al demandante emerge clara la inexistencia de alguno de los daños cuya indemnización pretende, el sentido de la definición en ese aspecto va quedando perfilado, al punto que pudiera suceder que no se decreten pruebas para acreditar lo que, por ese efecto, ya es palmariamente claro. En suma, la manera en que están

dispuestos los estancos de la audiencia obedece a un conjunto de razones que impiden modificarlos en la *praxis* cotidiana.

Previamente a destacar los puntos nucleares de la actividad probatoria, es menester, porque viene indisolublemente unido al propósito, recordar que la audiencia debe ser citada mediante un auto –escrito e irrecurrible– que señala su fecha y hora, previene acerca de las consecuencias de la inasistencia de las partes y las convoca para que concurran personalmente a los interrogatorios, la conciliación y a *"…los demás asuntos relacionados con la audiencia…"*.

1. Excepciones previas pendientes

Instalada la audiencia se han de decidir las excepciones previas pendientes, que no son otras que la falta de competencia por la persona natural o por el lugar de ocurrencia de los hechos y la falta de integración del litisconsorcio necesario, practicando previamente, en la misma, los dos testimonios que como máximo admite la ley para acreditar cada una (artículo 101, inciso 2). De esta suerte, si se hubieran formulado las tres posibles excepciones previas y se requiriera para su demostración prueba diferente a la documental, sería únicamente la testimonial con la limitación de 2 testigos para cada una de las propuestas, es decir, en total, seis testimonios podrían ser recibidos, si es que fueran estrictamente necesarios, como indica el numeral 5° del artículo 372. Huelga resaltar, son practicables hasta dos testimonios frente a cada una de las manifestadas, siempre que resulten estrictamente necesarios.

No dicen las normas (inciso 2 del numeral 2 del artículo 101 y numeral 5 del artículo 372) nada en torno del auto que decreta las indicadas pruebas y, por ello, pudiera pensarse que no existe; mas, es claro que cualquier actividad probatoria debe estar precedida de la respectiva orden judicial, de donde emana que el juzgador ha de disponer su realización y, como emerge lógico, no lo decidirá en la audiencia, en la medida en que los testigos deben ser citados con anticipación; luego, el proveído que señala la fecha de la celebración debe también disponer las pruebas, únicamente testimoniales o de interrogatorio de parte oficioso, que en ella se van a recoger para definir las excepciones previas pendientes.

Igual que sucede con respecto al auto de pruebas en el trámite de excepciones previas, los preceptos pertinentes nada indican con relación a la eventualidad de utilizar el interrogatorio de las partes como medio demostrativo útil en esa precisa circunstancia, al paso que de la limitación advertida en el artículo 101, según la cual no es posible decretar *"…pruebas de otra clase…"*, pues tan sólo son permitidos *"…hasta dos testimonios…"*, pareciera emerger la imposibilidad de tales probanzas, a pesar de que en esos casos

(falta de competencia por el domicilio de la persona natural, por el lugar donde ocurrieron los hechos o falta de integración del litisconsorcio necesario), el conocimiento personal de las partes puede ser determinante. Sin embargo, conocido el contenido de los artículos 169 y 170, según los cuales el juez puede disponer la práctica de pruebas oficiosas cuando "*…sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia…*", parece claro que nada le impide, cuando lo considere menester, ordenar la recepción de esas declaraciones, como también lo dejan ver el artículo 4° y el numeral 4° del artículo 42, tuitivos de la igualdad, a la que se puede arribar mediante la herramienta de dirección judicial material que representa el poder probatorio oficioso.

2. Intento de conciliación

Fenecido el estanco anterior, si como su producto no se ha terminado el proceso, se avanza al intento de conciliación, sobre el que no se detiene este trabajo porque no tiene relación directa con la práctica probatoria que es el centro gravitacional sobre el que gira.

3. Interrogatorios de parte

Pasada la etapa conciliatoria sin que ella hubiese puesto fin a la *litis*, el juez debe emprender la fase de interrogatorio a las partes.

El CGP establece dos distintas oportunidades para la realización de este medio de convicción, según el propósito que se persiga. De un lado se halla el denominado extraprocesal, regulado, entre otros, por los artículos 183, 184, 199, 200 y 201, cuya finalidad es obtener la prueba de algún hecho por la vía de la confesión a que se intenta llevar al interrogado, y cuya ocasión, como su nombre indica, se produce por fuera del proceso judicial, normalmente antes, pues allí se pretende que la parte conteste "*…sobre hechos que han de ser materia del proceso*" (art. 184), lo cual supone que la persona deba ser citada anticipadamente, esto es, como la norma enseña, "*…con no menos de cinco (5) días de antelación a la fecha de la respectiva diligencia*", (art. 183), mediante auto "*…que se notificará a esta personalmente…*" (art. 200), disposición apenas razonable, en la medida en que como la futura parte no se halla aún vinculada a un proceso y de la actividad se intenta derivar consecuencias adversas a sus intereses, por confesión real o por medio de la presunta, es menester su efectiva convocación personal, para salvaguardar sus derechos y garantías fundamentales.

Desde luego, si el por interrogar tiene su residencia en lugar distinto a la sede del juzgado, el juez ha de disponer mediante auto irrecurrible, el valor

que el interesado en la prueba debe consignar dentro del término de ejecutoria, para efectos de sufragar los gastos de transporte y permanencia, según hace imperar el artículo 201.

De acuerdo con el artículo 372, el juez, en la audiencia inicial, una vez surtida la etapa de conciliación, debe interrogar oficiosa, obligatoria y exhaustivamente a demandantes y demandados.

Este es un deber ineludible del funcionario, que se entronca directamente con el contenido del numeral 4 del artículo 42 –pues el juez está obligado a emplear sus poderes oficiosos para verificar los hechos alegados–, y que representa una aplicación particular de la fuerte dirección judicial procesal propia de la oralidad, comoquiera que el objetivo de la audiencia resulta más cercano cuanto más interés ponga el fallador en la investigación de los fundamentos factuales aducidos. Se busca con él que el juzgador inquiera por su propia iniciativa, sin que sea menester la solicitud ni la sugerencia de ninguno de los sujetos procesales, directa y personalmente a cada uno. Es, como la norma indica, una actividad oficiosa y obligatoria para el director de la audiencia, cuya inobservancia le puede acarrear gravosas consecuencias, además de la pérdida de la enorme oportunidad de reducción de trámites y tiempo que implica obtener claridad y acreditación de los hechos nucleares del conflicto.

Puesto que bajo la concepción del CGP el interrogatorio no cumple exclusivamente la función de extraer la confesión, sino también la de obtener de cada parte la versión de los hechos que interesan al asunto –pues son ellas quienes mejor los conocen–, con la idea de valorarla y tenerla en cuenta según dicten las reglas de apreciación racional de la prueba (último inciso del artículo 191), el juzgador ha de poner especial cuidado en preguntar a cada una sobre todo el conjunto fáctico de que pueda ser conocedora y en obtener respuestas completas, concretas y claras hasta precisarlo, en la medida de lo posible. Huelga decir, ha de ser exhaustivo.

El momento procesal destinado para llevar a efecto esta etapa de la audiencia está ubicado, precisamente, después de realizada la conciliación, pero antes de que se produzca la fijación del litigio y el subsecuente decreto de las restantes pruebas, dado que el producto de ella se ha de convertir en elemento determinante del contenido de esas otras fases, pues de lo referido por las partes en sus respectivos interrogatorios fluye el haz de hechos en que se encuentran concordes, así como aquellos en que aparecen discrepantes y los que resultan, por efecto de confesión o de mutua correspondencia, ya demostrados.

La práctica de esa prueba comienza con las interrogaciones del juez, exhaustivas, según ya se dejó dicho, una vez que se ha recibido al declarante el

juramento de no faltar a la verdad. Continúa con las que ha de realizar la parte contraria, bajo las formalidades establecidas en los artículos 202 y 203, según los cuales no serán más de 20, pese a que el juez sí puede adicionar las que estime convenientes y a que lo puede hacer en el orden que le parezca mejor, interrumpiendo, si es del caso, al que inquiere, así como al inquirido, siempre con la mira puesta en la verificación de los hechos materia del proceso y en la más justa resolución del conflicto.

Algunas de las preguntas que realicen las partes deben ser eliminadas, bien porque el juez advierta, *motu proprio*, la respectiva causal de exclusión, ora porque el interesado la alegue. El régimen de objeciones responde a un *númerus clausus*, esto es a un grupo limitado de causales que impiden hacer la respectiva interrogación y que están expresamente consagradas en la norma, puesto que si así no fuera, se pondría en riesgo el ejercicio del derecho de defensa y el de contradicción. En otros términos, no es permisible que las partes aduzcan, en la diligencia, causales distintas de las legalmente consagradas.

Las preguntas *"...que no se relacionen con la materia del litigio..."* (art. 202, inc. 3), han de ser descartadas, como quiera que no entrañan sino dilación innecesaria en la audiencia e imponen distracción y desorden, así como deben ser excluidas, por similares motivos, las inconducentes, esto es, las que no pueden llevar a la demostración de los hechos cuya acreditación se intenta; las manifiestamente superfluas, vale reseñar, aquellas que de manera evidente y palmaria resultan inútiles para los fines del interrogatorio, luego debe tenerse en este caso especial cuidado porque puede suceder que una pregunta aparentemente innecesaria resulte verdaderamente importante; las ya contestadas, en la misma diligencia o en actos anteriores; y, por último, las que no aparezcan claras y precisas, pues dificultan la respuesta e impiden verificar su conducencia, pertinencia y utilidad.

Quien objeta una pregunta no está obligado a manifestar, ni se le deben admitir, los argumentos que le sirven de sustento, así como no debe explicar sus razonamientos, puesto que ello únicamente serviría para dilatar de manera innecesaria la audiencia. Cuando se advierta la posible presencia de un motivo de exclusión, el interesado *"...se limitará a indicar la causal..."*, dice textualmente la norma (art. 202, inc. 4), con lo cual queda claro que, como atrás se dijo, no se admite ninguna expresión diferente al señalamiento concreto, preciso y claro de la causal, sin argumentación, ni ilustración alguna.

El juez, mediante auto no susceptible de ningún recurso, de plano, sin cumplir el postulado de bilateralidad de audiencia, esto es, sin correr traslado a la parte contraria, por razones que son obvias pues no debe demorarse

de manera redundante el debate, decide acerca de la admisibilidad de la cuestión, en ejercicio claro de la dirección judicial formal y en cumplimiento del deber consagrado en el numeral 1° del artículo 42, consistente en velar por la rápida solución del conflicto, impedir la dilación y procurar la mayor economía procesal.

Las preguntas pueden ser asertivas o no serlo. Dicho en otras palabras, pueden hacerse para que se respondan afirmativa o negativamente –si o no–, con respecto al concreto hecho por el que se indaga, a pesar de que luego de respondidas se admita o, incluso, se exija por el juez una explicación o complementación. También se hacen con el propósito de obtener un relato o una ilustración, caso en el cual, por no tener la condición de asertivas, deben ser contestadas conforme al pedido, pero *"…concretamente y sin evasivas…"*, puesto que, vale la pena insistir, cualquier innecesaria narración, descripción, calificación o abundamiento perjudican la economía procesal y la debida celeridad, en tanto retardan el trámite e imponen indeseable desorden, al tiempo que pueden inducir al juez a seguir caminos diversos de los que lo han de llevar a una afortunada sentencia.

Tratándose de cualquier tipo de cuestiones, sean asertivas o no, el juzgador, en ejercicio de las facultades de director procesal, puede y si el caso lo merece, debe pedir *"…explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas…"* (art. 203, inc. 5), dado que, como acertadamente se ha afirmado, en un escenario de oralidad el fallador va construyendo, lentamente, durante el trascurrir de la audiencia el sentido de su decisión final, razón por la cual está investido de las facultades que el cumplimiento de tal deber requiere.

La negativa a responder, así como las respuestas evasivas, son sancionadas por la ley con la presunción de certeza sobre los hechos susceptibles de confesión o con el valor de indicio grave en contra del interrogado, según el caso, de conformidad con las reglas incluidas en el artículo 205.

Así, cuando se trata de preguntas afirmativas, contenidas en el interrogatorio escrito que presente la parte solicitante de la prueba, se han de presumir ciertos los hechos sobre los que ellas versen, esto es, se deben tener como demostrados cabalmente los preguntados de ese modo. Si, no habiendo interrogatorio escrito se pregunta asertivamente de manera oral y el absolvente no responde acerca de los *"…hechos que deba conocer…"* como parte o como representante de una de ellas, la presunción se deduce frente a los datos factuales contenidos en la demanda –cuando el absolvente es el demandado–, en las excepciones de mérito –si se trata del demandante– o en las contestaciones, pues, como se advierte, comporta rebeldía no ofrecer respuesta sobre aspectos de los que se tiene noticia o se debe tener. Es esa actitud, la de contumacia, la que legitima semejante sanción.

Ahora, si no responde los interrogantes no asertivos, sin importar si se hallan por escrito o si se hacen oralmente, siempre que los hechos a que ellos aluden deban ser conocidos por él, la consecuencia es la de apreciar ese comportamiento como indicio grave en su contra; pero, como fluye de lo dicho, si el declarante no contesta las preguntas acerca de hechos que no está obligado a saber o definitivamente no conoce, sea que se le indague asertivamente o no, ninguna desaprobación está llamada a prosperar, como que no existe en el fondo de la conducta un motivo desleal o reprochable.

Si el hecho no admite prueba de confesión, la negativa a responder o la respuesta evasiva que, en últimas, es una forma de negarse, se sancionan con el indicio grave en contra de la parte respectiva.

La inasistencia injustificada del citado a la audiencia genera las mismas consecuencias que se producen ante la negativa a responder, acabadas de examinar. Sin embargo, resulta fundada en dos eventos, el primero de los cuales acontece cuando antes de la audiencia se presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa que haya impedido la presencia, la cual califica el juzgador mediante auto no susceptible de ningún recurso, luego de verificarla por el medio más expedito, si lo considera necesario; de suerte que al juzgador se le hace entrega de una particular confianza al permitírsele determinar la justeza de la causa invocada y acreditada por el interesado, pero se le ofrece, para el mejor cumplimiento de su cometido, la herramienta de verificación de tal razón, en la forma que resulte más fácil y eficaz.

El segundo sucede cuando dentro de los tres días siguientes a la audiencia el citado demuestre, con prueba siquiera sumaria, un motivo consistente en fuerza mayor o caso fortuito, el cual, como en la hipótesis anterior, puede ser verificado expedita y judicialmente, así como debe ser resuelto por medio de auto también irrecurrible. Nótese que en esta eventualidad la justificación emerge más exigente, pues ya no se puede alegar cualquier causa justa, sino que es menester aducir y acreditar caso fortuito o fuerza mayor.

El número de preguntas que puede la parte formular es de hasta veinte, aunque para el juzgador no hay límite. Cada una debe referirse solo a un hecho y si contiene varios ha de dividirla el juez para que se respondan por separado, así como debe tener en cuenta esa división para determinar el número de preguntas permisibles. Cuando el absolvente no entienda la pregunta, el funcionario, en su calidad de director de la audiencia, es el llamado a ofrecer las explicaciones a que haya lugar. Los litisconsortes facultativos pueden interrogar también, caso en el cual, aunque la norma no lo diga expresamente, la declaración adquiere todos los visos de la testimonial, por cuanto bajo esa figura el absolvente no es más, frente a la relación trabada entre el interrogador y su contraparte, que un tercero y, por tanto, su exposición no puede ser

diferente a la que cualquier sujeto en su posición rendiría. Si, cual ocurre, ello es así, no caben las sanciones procesales ante la negativa a responder.

4. Fijación del litigio

Surtida la fase de declaraciones de las partes en la audiencia inicial, se ponen tres opciones al frente del juzgador –en virtud del principio de flexibilidad que irradia todo el procedimiento y que camina junto al de eficiencia– la primera de las cuales es emitir sentencia oral inmediata, la segunda, decretar pruebas para proferir ese fallo en la misma sesión después de practicadas y, la tercera, continuar con la secuencia ordinaria haciendo la fijación del litigio, el control de legalidad y el decreto de las pruebas que, en audiencia posterior, de instrucción y juzgamiento, se han de llevar a efecto.

En el primer caso, de conformidad con el numeral 2 del artículo 278 y el numeral 9 del 372, si no se requieren más medios de prueba, el juez debe correr traslado allí mismo, hasta por veinte minutos a cada una, sin suspensión ni aplazamiento, a fin de que las partes formulen sus alegatos de conclusión, cumplido lo cual ha de emitir la sentencia oral inmediata. Desde luego, la valoración en torno a la necesidad de otras probanzas es asunto que corresponde exclusivamente al fallador, lo cual no impide que discuta el punto con las partes; mas, la providencia con que asume la definición emerge apelable en la mayoría de los casos, cuando encarna una negativa del decreto y práctica probatoria solicitadas.

En el segundo caso, gobernado por el inciso 3 del numeral 7 del artículo 372, una vez recogidos los interrogatorios de las partes y fijado el objeto de litigio –o antes de este si fuere conveniente en el caso particular–, el juez puede, si le es posible, decretar y practicar en esa audiencia, sin esperar la de instrucción y juzgamiento, otras pruebas, diferentes a las ya existentes –documentales, obrantes en el proceso, y declaraciones de demandantes y demandados que acaban de ser tomadas–, cuando en la audiencia, como debe esperarse, estén presentes estos; ello precisa evaluar la mencionada posibilidad, pues no en todos los casos es fácil continuar con la audiencia recibiendo testigos operitos que no habían sido citados con anticipación, al paso que es imperioso verificar la presencia de las partes, cual se ha advertido, como quiera que, de realizarse probanzas en ausencia de alguna, podría vulnerarse el derecho de contradicción y el de defensa. Esta especial opción permite al juzgador poner fin de manera justa pero rápida a los asuntos en que la simplicidad del debate probatorio lo sugiere, de modo que si, *verbi gratia*, después de adelantado el trámite hasta ese punto, se encuentra posible recibir un testigo o un perito, y con ello se completa la prueba necesaria para emitir

el fallo judicial, es deber del funcionario disponer su recepción inmediata –si las partes están presentes–, oír los alegatos de conclusión y dictar la decisión final oralmente.

La tercera opción consiste en proseguir la audiencia, sin acudir a la figura de la anticipación de la sentencia, cuyas dos versiones han sido expuestas, caso en el cual se procede a la fijación del litigio. Esta etapa es de señalada importancia para la eficiencia procesal, como quiera que de ella depende en gran medida el éxito de las fases que la suceden, porque si se adelanta satisfactoriamente puede abreviar significativamente la práctica probatoria subsiguiente y el contenido de la sentencia; más si lo contrario ocurre, esto es, si su realización no se adecua a las finalidades de la norma, el proceso se puede prolongar innecesaria e inútilmente y generar desgaste entre todos los sujetos procesales también sin necesidad real.

Ella supone la determinación de los hechos que en ese momento se encuentran acreditados, siendo relevantes, y de los que también en ese instante están carentes de demostración y son pertinentes; todo, con el designio de no decretar y practicar pruebas frente a enunciados fácticos irrelevantes o debidamente probados, sino, exclusivamente en torno de aquellos que aparecen necesarios para decidir y no establecidos aún; elucidación que corresponde a las partes, en tanto son ellas las que han de decir cuáles son los hechos con que cada una está de acuerdo, siempre que sean susceptibles de prueba de confesión.

Así, cada una indica los aspectos fácticos que admite como acreditados, ya porque de su eventual confesión aflore, ora porque estime que del caudal probatorio fluye esa conclusión; mas, constituye deber judicial generar un comportamiento comprometido con esa causa, evitando cumplir la mera formalidad y buscando que en la medida de lo posible se produzca, con su requerimiento, la admisión de hechos por cada una de las partes y el acuerdo entre ellas frente a algunos, lo que no obsta para que, de no gestarse ese concierto, el juzgador cumpla su función fijando, él mismo, el objeto del litigio que, al decir del precepto, se satisface "*…precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados…*", a fin de que en la posterior labor de decreto probatorio se niegue la práctica de todas aquellas destinadas a acreditar tópicos estimados fuera del objeto.

Puesto que el desempeño de esa tarea de fijación del objeto, cuando no aflora el consenso, implica la expresión de un acto de voluntad del juzgador, es palmario que nace un auto y que, en virtud de las reglas generales, puede ser recurrido por el sendero de la reposición, al paso que le queda vedada la apelación, pues no existe norma especial que lo permita. No obstante, no

quiere el legislador que tal determinación resulte carente de ataque, sino que exista solo una oportunidad y no varias, razón por la cual, como desde antes se sabe, procede la alzada contra el proveído que impide el decreto de algún medio, negativa que, seguramente en multitud de asuntos, puede estar fincada en la mencionada fijación. Así pues, si tal tarea disgusta a las partes es apelable cuando lleva a negar el decreto de alguna prueba.

5. Control de legalidad

En esta fase la finalidad esencial es purificar de vicios, nulidades o irregularidades que pudieran impedir el desarrollo y conclusión válidos del proceso, razón por la cual se espera del juez el comportamiento destinado a realizar el saneamiento que en cada caso corresponda, si es que hay lugar a ello, involucrando, naturalmente, a las partes, a fin de que ellas colaboren en el descubrimiento de las eventuales falencias y en la asunción de las medidas necesarias para contrarrestar sus efectos y seguir adelante el trámite; de esa forma, además, se justifica el postulado según el cual en adelante, *"…salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes…"* nulidades ni vicios.

6. Decreto de pruebas

Se erige esta etapa en una muy importante ocasión para extraer las bondades de la fijación de la *litis* realizando una exigente labor de dirección judicial probatoria, cuya técnica más fructífera en este campo se halla establecida en el artículo 168 del CGP, que dispone cómo el juez debe rechazar, mediante providencia motivada, todas las *"…pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles…"*, regla con que pretende el legislador eludir cualquier desperdicio de actividad y la prolongación estéril de los procesos judiciales, conocedor como es de la estrategia utilizada por algunos litigantes para obstruir el libre tránsito del proceso, consistente en solicitar el decreto y práctica de medios de convicción con los cuales no pretenden, en ocasiones, traer al funcionario la demostración de las afirmaciones o de las negaciones planteadas en las respectivas piezas procesales, sino prolongar de manera indebida la tramitación y hacer difícil su solución. Es por ello que se requiere en esta puntual etapa una actitud marcadamente diligente por parte del director procesal a fin de evitar que los tiempos de la causa resulten diseñados dilatoriamente, mediante esa táctica por alguno o por ambos adversarios.

Si no se hubiere tomado alguna de las opciones de sentencia anticipada a que atrás se aludió y, por ende, se hubiere decidido continuar con los ciclos

ordinarios de la audiencia, ocurre aquí el momento del decreto de las pruebas solicitadas en la demanda y su contestación, así como en la reconvención, si existiera, y en su respectiva respuesta, al igual que las oficiosas consideradas indispensables por el juez.

Se trata de un auto oral, apelable si niega ordenar o practicar algún medio pedido, que se notifica en estrados sin más formalidad que el hecho de su pronunciamiento en alta voz. Mediante él se dispone la realización de las pruebas necesarias para demostrar los elementos fácticos considerados relevantes y no probados en la fijación del litigio; también por él se prescinde de las relacionadas con los que en esa etapa se consideraron debidamente probados, pues, como brota palmario, si alguna de las afirmaciones fue ya demostrada, carece de sentido y fundamento efectuar actividad probatoria para acreditarla cuandoquiera que únicamente se lograría dilatar el proceso.

Nótese cómo esta fase de la audiencia tiene íntima conexión con su antecedente, la de fijación del litigio, lo cual impone realizarla pensando en aquélla a fin de obtener el mejor resultado de ambas, pues bien logradas se puede reducir sustancialmente el tiempo de duración procesal por el camino de disminución de actuaciones superfluas, y ganar en eficiencia y en facilidad de la decisión; no sobra recordar que, normalmente, cuando se permite una recolección probatoria abundante pero innecesaria, la operación mental de las partes a la hora de la conclusión, así como la del juez al proferir su fallo, resulta fatigosa, prolongada y, al final, estéril.

De conformidad con el último inciso del numeral 10 del artículo 372, en "*…los procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, el juez deberá fijar fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento…*", lo cual supone que en el momento del decreto de pruebas en la audiencia inicial se tenga en cuenta que tal diligencia ha de suceder en el ínterin formado entre esa inicial y la de instrucción, creándose así tres instantes distintos en un mismo proceso, lo cual atenta contra la debida concentración consagrada en el artículo 5; luego, surge perfectamente posible ordenarla, mas bien, en el mismo auto en que se cita a la mencionada audiencia inicial a fin de que se surta con la de instrucción, en un solo acto, después de celebrado tal reconocimiento, como también es permitido que, en los procesos de pertenencia y de servidumbre, se adelante en la señalada inspección, en el respectivo inmueble, todo el contenido de las dos audiencias y se emita sentencia, como disponen el inciso 2 del numeral 9 del artículo 375 y el parágrafo del artículo 376, todo ello con asiento en el principio de flexibilidad que inspira el Código y emerge del régimen de oralidad en que se apoya.

No debe olvidarse que si, al tenor del inciso 3 del numeral 7 y del parágrafo del artículo 372, es permisible practicar pruebas en la audiencia inicial y allí decidir el fondo del conflicto, con la finalidad como es lógico, de concentrar, aunque la norma no lo exprese es también admitida, con ese propósito, cualquier variación del orden sugerido en la normatividad; así, no sería censurable, a pesar de que la inspección no fuera obligatoria, fijarla junto con las demás pruebas en el auto que señala fecha para la audiencia y llevarlas a cabo en el sitio de ella, para, una vez concluida la instrucción, escuchar alegaciones y proferir sentencia allí mismo, con lo cual se gana en concentración, en inmediación, en economía.

Todo ello con fundamento, además, en las herramientas, deberes y poderes de dirección judicial material y formal que el Código consagra, particularmente en el numeral 1° del artículo 42, que impone al funcionario adecuar el procedimiento, en la medida de lo posible, al caso concreto para obtener mayor eficiencia, sin poner en riesgo, como es natural, la justicia material. En fin, con apoyo en la flexibilidad, en la necesidad de concentración y en los postulados de dirección judicial, es posible alterar el orden dispuesto en las presentes normas, respetando siempre, eso sí, las garantías del debido proceso y buscando los indicados ideales.

Con respecto al dictamen pericial es de recordar que las partes, en términos generales, lo aportan por escrito con la demanda o con su contestación y que, por tanto, lo que el juez hace en el momento procesal de que se viene hablando no es más que ordenar tenerlo en cuenta y disponer la comparecencia del perito a la audiencia si fue solicitada, de conformidad con el artículo 228. Sin embargo, es probable que, a voces de los preceptos 230 y 231, el fallador, de oficio, disponga la realización de una experticia, caso en el cual la audiencia deberá ser citada para una fecha posterior a los diez días de haber sido presentada por escrito, término con que cuentan las partes para adelantar los estudios y análisis pertinentes, así como para preparar sus cuestionamientos, pues la contradicción a que ellas tienen derecho se ha de surtir en tal sesión.

7. Práctica de pruebas

Una vez concluido el decreto de las pruebas se inicia la etapa de su práctica, sea que ocurra en la misma sesión –si se trata de proceso verbal sumario o si se han unido las dos, inicial y de instrucción y juzgamiento, en la diligencia de inspección judicial o por concentración, según se advirtió ya– o en la segunda, después de agotada la primera. En ella se interroga a las partes, si es que no asistieron a la primera y justificaron su ausencia; se produce la contradicción de los dictámenes periciales dispuestos de oficio y de los aportados por ellas

cuando han solicitado preguntar en esta ocasión; se reciben las declaraciones testimoniales de los sujetos presentes y se prescinde de las de quienes no asistieron; se practica la exhibición documental, cuando procede y, en fin, se recolectan todas las que hayan sido ordenadas.

La interrogación del perito en la audiencia se guía esencialmente por el artículo 228, según el cual es preciso tomarle primeramente el juramento y luego preguntar acerca de su idoneidad e imparcialidad, actividad que tiene como propósito acreditarlo o, si fuera del caso, desacreditarlo; después ha de venir lo referente al contenido del dictamen. No es de olvidar que en el escrito de presentación de la pericia ya el experto ha realizado una exposición relativamente detallada sobre su formación académica, su experiencia en el manejo del tema propuesto, sus antecedentes en la calidad en que ahora viene, etc., todo, para que las partes y el mismo juzgador puedan, en el tiempo que discurre desde la presentación del informe hasta la audiencia, adelantar las investigaciones que estimen menester para verificar la información y para descubrir las falencias cognoscitivas del sujeto, si las hubiera, y ponerlas en evidencia en la sesión respectiva. Es por eso que el lapso transcurrido entre la fecha de entrega del dictamen escrito y la de la exposición oral nunca ha de ser inferior a diez días, como lo impone el artículo 231 alusivo al decretado oficiosamente; como el allegado por las partes viene anexo a la demanda o a la contestación, el término en referencia resulta, de suyo, más largo generalmente.

Concluida la fase de interrogación al experto sobre sus conocimientos, su experiencia y su imparcialidad (inciso 4 del artículo 235) en el evento concreto, vienen las inquietudes de las partes y del funcionario en torno del dictamen en sí mismo, en cuanto a sus conclusiones y sus fundamentos, así como frente a los experimentos, exámenes, metodología utilizada, investigaciones, etc., para cuya intervención tuvieron tiempo de preparación las partes y el mismo juzgador, pues, como antes se dejó expuesto, hay suficiente entre la presentación del escrito contentivo del concepto y la fecha de la audiencia, luego, como brota al pronto, se erige en responsabilidad de cada uno la utilización de ese interregno para estudiar el informe, hacer los análisis correspondientes y llegar con ideas claras a la sesión pública, teniendo en cuenta que ni antes ni durante ni después "*…habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave…*".

La contradicción de la experticia se limita, entonces, a evidenciar en la audiencia los errores en que se dice que ha incurrido el auxiliar, mediante la formulación de preguntas y la obtención de respuestas aclaratorias o complementarias de la opinión escrita, sin que resulte viable adelantar incidente o tramitación alguna –ni, mucho menos, decreto y práctica de pruebas– ende-

rezada a demostrar el error grave, como quiera que constituye altísimo valor en un escenario de oralidad, según se dejó antes dicho, la concentración procesal que impide suspensiones, aplazamientos o interrupciones, de donde, aunque cabe aducir la presencia del mencionado error en calidad de grave, su prueba está circunscrita a lo que en esa reunión pudiera demostrarse, para cuyo éxito es menester la preparación previa y el adecuado uso de las herramientas de interrogatorio a que se puede acudir.

En este punto vale la pena rememorar cómo la *"…contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes…"*, cuyo fin es permitir que aquél a quien perjudica la exposición, pueda llevar al exponente a concluir en contra o por lo menos de manera diferente a lo que en principio había razonado; así, utilizando una formulación combinada entre asertiva –que admite solo un sí o un no por respuesta, aunque después de ella se acepte alguna explicación-, insinuante –que *"…da a entender algo sin más que indicarlo o apuntarlo ligeramente…"*, según define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española– y abierta –que pide información espontanea y libre–, es posible llevar al declarante a un desenlace eventualmente diferente del que inicialmente ofreció, si es que la mendacidad o la equivocación se hallan en la base de su postura.

Ahora, si se trata de prueba *ex officio*, tiene la facultad cualquiera de las partes de preguntar así, pese a que la norma no lo diga expresamente, pues fluye como técnica lógica dentro del sistema, en tanto todo aquél que pueda ser perjudicado con la información brindada está en posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, que, cual se ha anotado ya, se despliega acudiendo al modo de averiguación indicado.

Dado que en la práctica, de las preguntas iniciales que hace cada parte y el mismo funcionario van fluyendo nuevas inquietudes entre los asistentes, la norma prevé la posibilidad de volver a interrogar, cada una *"…en el orden establecido para el testimonio…"*, esto es, de conformidad con el numeral 4 del artículo 221, primero quien solicitó la prueba y después la otra. Nada dice el texto legal acerca del número de ocasiones en que ese procedimiento puede realizarse, a diferencia de lo que frente al testigo regula al sostener allí que tal derecho es permitido *"…por una sola vez…"*, de donde ha de inferirse que corresponde al juzgador, en virtud de su calidad de director del proceso y de hallarse inmerso en la construcción de la sentencia durante todo el debate, el poder –y el deber– de limitar las intervenciones a lo estrictamente necesario, ampliando su cantidad de acuerdo con el fin buscado.

Naturalmente, por las mismas razones que acaban de exponerse, el funcionario no tiene restricciones a la hora de inquirir y, por ello, puede hacerlo en el momento que estime necesario, sin obediencia a un orden preestablecido,

en la forma que le parezca más eficaz, sin importar si lo hace de modo asertivo, abierto o sugestivo, y en la cantidad de ocasiones que resulte mejor para los fines del proceso, pues, se insiste, su función de búsqueda de la verdad y la imparcialidad que se espera de su comportamiento justifican la inexistencia de aquellas barreras llamadas a regular la conducta de quienes sí acuden en procura de intereses privados.

A continuación, se reciben las declaraciones de los testigos presentes y se prescinde de las demás, cual indica el literal b del numeral 3 del artículo 373, reiterativo del sentido del numeral 1 del artículo 218, aserción que muestra, otra vez, la importancia grande, para el legislador, del postulado de concentración procesal, cuya finalidad está en la eficiencia y en todas las ventajas originadas en la unidad de acto, huelga decir, en el hecho de adelantarse todo el debate probatorio mediante una sola sesión; sin embargo, de conformidad con los numerales 2 y 3 de la citada norma, y en virtud de que el valor justicia debe prevalecer, el Código permite tres hipótesis en que es posible adelantar otros esfuerzos a fin de recibir las declaraciones de personas que interesan a la causa.

De un lado, *"…si el interesado lo solicita y el testigo se encuentra en el municipio…"*, el juez puede ordenar la conducción por la policía a la audiencia, caso en que, como se ve, se impone la satisfacción de tres requisitos concomitantes: que la parte lo pida, que el declarante se halle en el municipio y que el juzgador lo disponga. De otro, si no es posible convocarlo para la misma audiencia, y *"…se considere fundamental su declaración…"*, se puede suspender a fin de lograr su asistencia en oportunidad posterior, mas, como se observa, resulta menester que, en este preciso evento, el juez realice una ponderación entre lo fundamental que se estima la versión del sujeto y el rompimiento de la concentración. Por último, oficiosamente puede el fallador, merced a su calidad de director procesal, como tantas veces se ha insistido, disponer, cuando *"…lo considere conveniente…"*, la mencionada conducción, aún sin pedido de algún interesado, o suspender la sesión y ordenar citarlo para próxima ocasión.

La recepción del testimonio comienza con la toma del juramento, prosigue con la averiguación que hace el juez acerca de su personalidad y de su imparcialidad frente al asunto particular, continúa con la pregunta abierta, también judicial, en torno de los hechos que vino a relatar, y con las necesarias para la precisión fáctica. Viene luego la etapa de interrogaciones de las partes.

Es, de suyo, muy importante la actividad del juez destinada a conocer todos los datos que el testigo mismo pueda ofrecer sobre su vida, su pasado, el lugar de su residencia, su trabajo, sus conocimientos, su edad, su domicilio,

su relación con quienes son partes en el asunto concreto, etc. Todo, con la mira puesta en la necesidad de establecer la credibilidad que se le pueda conceder a su recuento, no sólo con base en sus características personales sino también en las circunstancias que dieron lugar a su conocimiento y en las que pudieran afectar su imparcialidad, razón por la cual emerge necesario ahondar en esta inquisición y saber lo máximo posible alrededor de estos temas, en tanto, como se ha dejado sugerido, buena parte del peso de la prueba se ubica en tales tópicos, que algunos han llamado de acreditación.

Conocida ampliamente la persona del testigo mediante las averiguaciones anteriores, ha de proceder el juzgador a informarle sobre el cuadro de hechos que se intenta conocer a fin de que realice un relato abierto, espontáneo y libre sobre ellos, al final del cual le ha de preguntar ya sobre los aspectos puntuales que interesen al proceso, así como sobre los referentes a la razón de la ciencia de sus dichos, esto es, aquellos que muestran porqué conoce y hasta dónde lo que es materia de su relato, cuandoquiera que de ello depende en buena medida la convicción que el fallador pueda formarse.

Una vez que el funcionario concluye su investigación, las partes, empezando por quien solicitó la prueba, tienen derecho a contradecirla mediante sus respectivas intervenciones e, incluso, a interrogar nuevamente, por una sola vez, en el mismo orden, pero, dice la norma, únicamente con fines de aclaración y refutación, lo cual, como se observa, elimina la posibilidad de extraer hechos nuevos, pues, esa segunda ronda de intervenciones se justifica cuando de ahondar en lo expuesto antes por el testigo se trata, sea para que aclare sus dichos o para que se le puedan contradecir mediante más averiguación.

Debe el juez tener particular cautela en la dirección de esta parte de la audiencia, como que, de no actuar así, corre el riesgo de perder el orden y de ingresar en aspectos extraños al objeto mismo del debate. Es una fase destinada a excluir las dudas que hubieren quedado sembradas en la anterior y a poner claridad sobre los enunciados fácticos eventualmente oscuros, bien con la idea de controvertirlos para poner en evidencia los contrarios o con la de insistir a fin de dejarlos fijos y rotundos. Al tiempo, deben las partes poner también especial énfasis en esta herramienta, muy saludable si se la usa adecuadamente, pero tristemente desgastante si se la usa, y el juzgador lo permite, para dilatar o para interrogar sobre aspectos innecesarios o suficientemente despejados.

El que se haya arribado a este momento procesal en que las partes tienen el uso de la palabra no impide que el juez vuelva a interrogar, si le parece necesario, pues, de un lado, no hay un orden formalmente establecido que le

cierre esa posibilidad y, de otro, como tantas veces se ha sostenido, su calidad de director de la audiencia –y de hacedor permanente de la sentencia–, le impone esa facultad que al mismo tiempo constituye un deber.

Como es natural, dado que el testigo viene a hacer una narración de lo que percibió, no se le puede admitir respuestas limitativas de su libre expresión, tales como "*…es cierto el contenido de la pregunta…*", pues ello lesiona la originalidad e inhibe la posibilidad de conocimiento de su verdadera apreciación sobre los hechos que se intenta verificar, así como acontece cuando contesta reproduciendo el texto de ella, caso en que también debe ser llamada su atención para lograr que responda con sus propias palabras y exponga el fruto de sus ideas y de su personal convicción sobre tales fundamentos de facto.

De conformidad con el artículo 220, se han de rechazar "*…las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas…*", también "*…las que tiendan a provocar conceptos del declarante, salvo que sean necesarios para aclarar sus percepciones…*" o cuando se trate de personas "*…especialmente calificadas por sus conocimientos…*"; tampoco se han de permitir las sugestivas.

Como surge fácil, la interrogación que no conduce a demostrar lo que con el testimonio se busca, sólo sirve para retardar o para erosionar inútilmente la audiencia, pero ello no puede convertirse en obstáculo para preguntar sobre aspectos esenciales que en principio aparentan no tener conexión con la materia propia de la prueba, como sucedería con las inquietudes acerca de la personalidad del declarante o sobre la razón de la ciencia de su dicho, circunstancias que deben quedar muy claras a fin de valorar adecuadamente el medio de convicción y reconocerle la credibilidad que merece. Similares consideraciones pueden hacerse de la manifiestamente impertinente, esto es, de la inquisición cuyo contenido no viene al caso o, lo que es lo mismo, resulta extraña a la materia debatida, al igual que es posible hacerlas –*mutatis mutandi*– con relación a la superflua por constituir repetición de alguna ya respondida.

También la sugestiva debe ser eliminada, como quiera que imposibilita escuchar la genuina versión del expositor y puede inducir a respuestas distantes del verdadero sentido que anima a quien hace su relato. Empero, puede el fallador quitarle la carga de sugerencia y hacerla después de terminado el interrogatorio, si lo estima necesario.

Quien objeta una pregunta no está obligado a manifestar, ni se le deben admitir, los argumentos que le sirven de sustento, así como no le es dado explicar sus razonamientos, puesto que ello únicamente serviría para demorar de manera innecesaria la audiencia. Cuando se advierta la posible presencia

de un motivo de exclusión, el interesado "*…se limitará a indicar la causal…*", dice textualmente la norma (art. 220, inc. 4), con lo cual queda claro que, como atrás se dijo, no se admite ninguna expresión diferente al señalamiento concreto, preciso y claro de la causal, sin argumentación, ni ilustración alguna.

El juez, mediante auto no susceptible de ningún recurso, de plano, sin "*…necesidad de motivación…*", sin cumplir el postulado de bilateralidad de audiencia, esto es, sin correr traslado a la parte contraria, por razones que son obvias pues no debe demorarse de manera redundante el debate, decide acerca de la admisibilidad de la cuestión, en ejercicio claro de la dirección judicial formal y en cumplimiento del deber consagrado en el numeral 1° del artículo 42, consistente en velar por la rápida solución del conflicto, impedir la dilación y procurar la mayor economía procesal.