



Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá
Sala Tercera de Decisión de Familia
Magistrada Sustanciadora: Nubia Angela Burgos Diaz

Bogotá, dos de febrero de dos mil veinticuatro

Recurso de Apelación – Privación de Patria Potestad de MARLENY DEL SOCORRO HURTADO ALZATE contra JAIRO ALBERTO ABRIL MORA RAD. 11001-31-10-021-2022-00410-01

Se ocupa esta funcionaria de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado en contra del auto expedido el 7 de septiembre de 2023 por la Juez Veintiuno de Familia de Bogotá.

En el auto confutado, la a-quo negó¹ el decreto de la prueba testimonial solicitada por el demandado por considerar que no se anunció el objeto de la prueba en los términos del artículo 212 del CGP

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandado interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, argumentando que, frente a la solicitud testimonial informó domicilio y demás datos para que rindieran declaración sobre los hechos de la demanda, citando para el efecto sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Chocó para indicar que bastaba con anunciar que el objeto de la prueba se funda con los hechos de la demanda. La parte actora, recorrió el traslado y solicitó mantener la decisión confutada.

Al desatar el recurso de reposición, la funcionaria judicial mantuvo su decisión, al indicar que uno de los requisitos para solicitar la prueba testimonial es el de anunciar concretamente los hechos objeto de la prueba, por lo que al no cumplirse con dicha carga deviene procedente negar su decreto, para el efecto citó la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá que especificó los alcances del artículo 212 del Código General del Proceso en ese sentido, en consecuencia, concedió la alzada en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver se centra en determinar si acertó o no la Juez de primera instancia al negar el decreto de la prueba testimonial.

En materia probatoria el artículo 169 del Código General del Proceso indica: “Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. ...”, por tanto, salvo el decreto oficioso regulado en los artículos 169 y 170, las partes deben solicitarlas en la demanda, su contestación o durante el trámite de las excepciones (CGP 82, 96, 101 y 370) que, en todo caso, serán calificadas en virtud de lo previsto en el artículo 168 ibidem “el juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles” por cuanto es el director del proceso y tiene la facultad de decretar las pruebas que

¹ Actuaciones Juzgado, 17ActaAudiencia

considere necesarias para decidir conforme a derecho, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos sustanciales.

Sobre la prueba testimonial en la cual gravita la discusión, señala el artículo 212 del Código General del Proceso: *“Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde puedan ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba. (...)”*, advirtiendo el canon 213 de la misma obra que si la petición reúne los requisitos indicados en el art. 212, el juez ordenará que se practique el testimonio en la audiencia correspondiente.

Obsérvese que, el primer momento procesal para establecer si la petición probatoria cumple los requisitos formales que exige el legislador, es al estudiar la admisión de la demanda, pues, en los términos del artículo 90 del Código General del proceso será declarada inadmisibile, entre otras causas, *“1. Cuando no reúna los requisitos formales.”*, enlistados en el artículo 82 procesal en el cual se indica que la demanda deberá incluir *“6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, (...)”*, actuación que no solo se predica para la demanda, sino también para la contestación de ésta, en aplicación del principio de igualdad de las partes, cuando se prevé una deficiencia, debiendo otorgarse la misma prerrogativa a la parte demandada; la omisión de este deber tiene como consecuencia que se afecte la aducción o el decreto de las pruebas.

De manera que, incumplir la exigencia legal de: *“... enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba”*, impide a la Juez calificar la pertinencia, conducencia e idoneidad de los medios de prueba al momento de decretarlos, conceptos que el doctrinante Jairo Parra Quijano en su obra Manual de Derecho Probatorio desarrolla como *“Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. (...) La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio”*. Y la pertinencia *“demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada”*.

Téngase en cuenta, además, que el propósito de la norma también es que, tanto el Juez, como las partes puedan preparar los cuestionarios para cada testigo que se relacionarán precisamente con los hechos sobre los cuales se ha indicado, tiene conocimiento, en procura de la economía y la eficiencia procesales, pues, como es de esperarse, no todos los testigos tendrán conocimiento de todos los hechos en que se funde la demanda o la contestación, esta exigencia constituye una de las reformas que introdujo el Código General del Proceso, pues el Código de Procedimiento Civil sólo exigía *“enunciarse sucintamente el objeto de la prueba”*.

Revisada la petición probatoria se evidencia que, pese a se presentó en la oportunidad procesal correspondiente, no se cumplió con uno de los requisitos establecidos para su decreto, cual es, enunciar **concretamente** los hechos objeto de la prueba, pues se limitó a enunciar sucintamente: *“para que depongan sobre los hechos de esta demanda.”* frase que, por su ambigüedad, impide a la Juez calificar la pertinencia, conducencia y utilidad, a más que no se trata de una demanda sino de la contestación a esta, por contera, la petición probatoria no cumple la exigencia legal.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que el Juez es el director del proceso, que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y, que las partes tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (CGP 2º). En ese orden de ideas, en ejercicio de una dirección temprana del proceso, al estudiar la demanda y observar que la petición probatoria no cumple los requisitos para su decreto, lo que corresponde es poner de presente tal defecto mediante la inadmisión de la demanda o la contestación para que se enmiende, de esta manera se cumplen los fines de la administración de justicia, que se materializan cuando el juez funda su decisión en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y realiza examen crítico de ellas con el fin de motivar en debida forma la sentencia. Art. 164 y 280 del Código General del Proceso.

Lo que se observa en este caso es que la a quo no desplegó tal actividad procesal cuando revisó la idoneidad de la contestación de la demanda y ello determinó que el proceso avanzara con esa falencia que vino a advertir solo cuando se aprestaba al decreto de pruebas. En tales circunstancias, no resulta ajustado al debido proceso que, por una omisión de la funcionaria judicial, las partes se vean privadas de los medios probatorios con los cuales pretenden demostrar los supuestos de hecho que dan sustento a los derechos sustanciales perseguidos.

Por contera, como la petición de la prueba testimonial no reúne los requisitos legales y este defecto no se advirtió oportunamente por la Juez, el demandado no tuvo la oportunidad de subsanarlo, por tal razón no puede, válidamente negarse el decreto de esta prueba. Para garantizar el debido proceso, debe dársele la oportunidad de corregir el error, otorgándole un término como el previsto para la subsanación de la demanda y así se dispondrá.

La decisión de primera instancia, entonces, habrá de revocarse, para que, en su lugar, se conceda a la parte demandada el término que inicialmente debió concederse (5 días) con el objeto de que subsane la anomalía de la solicitud de prueba testimonial ajustándola a los requisitos exigidos en el artículo 212 del CGP, con el fin de que la Juez de Primera Instancia se pronuncie sobre su conducencia, pertinencia y utilidad. No habrá condena en costas ante la prosperidad del recurso.

Con fundamento en las razones brevemente expuestas, se

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto expedido el 7 de septiembre de 2023 a través del cual se negó el decreto de la prueba testimonial a la parte demandada, para en su lugar, **ORDENAR** a la Juez Veintiuno de Familia de Bogotá conceder a la parte demandada el término de cinco días para que subsane la anomalía en la solicitud de prueba testimonial, ajustándola a los requisitos exigidos en el artículo 212 del CGP, con el fin de que la Juez de Primera Instancia se pronuncie sobre su conducencia, pertinencia y utilidad

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte recurrente.

TERCERO: REMÍTASE oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ
Magistrada