

Magistrado Ponente: Marcos Román Guio Fonseca.
Número de Radicación: 13001-31-03-007-2011-0006-03
Tipo de Decisión: Auto
Fecha de la Decisión: 13 de septiembre de 2018
Clase y/o subclase de proceso: Ordinario

OPORTUNIDADES PROBATORIAS – Las pruebas deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de las oportunidades previstas por el ordenamiento jurídico.

JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO/ Debe velar por que se cumplan todas las garantías procesales

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL – FAMILIA**

**Cartagena de Indias D.T y C., trece (13) de septiembre de
dos mil dieciocho (2018).**

**Rad. Juzgado: 130013103007 2011 00006 03
Tribunal: 2018-355-19**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado Ernesto Barrios quien actúa en su propio nombre y como abogado titulado contra el auto de 23 de octubre de 2014, proferido por la JUEZA SÉPTIMA CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del asunto de la referencia.

EL AUTO RECURRIDO

Mediante proveído de 23 de octubre de 2014, la jueza de instancia abrió el proceso a pruebas, sin embargo no se pronunció respecto a las peticiones por el recurrente, entre ellas los testimonios de Enrique Izquierdo Puello, Manuel de León Puello, Nausicrate Pérez Dautt, y Vicente Casseres, que a su dicho, se referenciaron en el escrito de contestación a la demanda y formulación de excepciones; decisión contra la que interpone el interesado recurso de reposición y en subsidio apelación.

Por auto de 17 de febrero de 2017, la *a quo* no repone el auto, pero decreta oficiosamente la recepción de los testimonios que fueren solicitados por Barrios Pérez, e igualmente se le requiere para que aporte el memorial en comento; posteriormente, se adiciona dicho auto a efectos de **no** conceder el recurso de apelación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme entonces el peticionario por la no concesión del recurso de apelación, interpone reposición y en subsidio queja; recurso este último que fue desatado por este despacho, y que precisamente dio pie a la alzada.

Predica el recurrente, que si bien las pruebas testimoniales por él solicitadas en su escrito de contestación a la demanda y excepciones, fueron decretadas oficiosamente, esas probanzas ahora son del despacho, más no de él, son irrefutables; además se pregunta qué medios utilizará la jueza para valorar sus pruebas?, cómo va a recibir los testimonios?, cómo va a preguntar sobre los hechos en que se fundan sus excepciones?; reflexionando entonces que es nula la prueba obtenida con violación al debido proceso.

CONSIDERACIONES

1. Como toral se tiene que a voces del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil – hoy 173 del Código General del Proceso-, para que las pruebas sean apreciadas por el juez, estas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de las oportunidades previstas por el ordenamiento jurídico.

En una interpretación desprevenida de la norma, se tiene entonces, que existen unos estadios procesales para el requerimiento de pruebas en el proceso, tal es el caso, para el demandante con el escrito introductorio, y para el demandado con la contestación o presentación de excepciones de mérito, y obviamente, para el actor con la contestación de las mismas; entre otras, que para el caso no es menester hacer referencia.

Empero, conforme a la realidad que se advierte en el plenario, es un hecho que no se tiene adosado el escrito contentivo de la contestación a la demanda y formulación de excepciones por parte del demandado Ernesto Barrios, pese a ello, la jueza en forma proactiva decretó las pruebas testimoniales que el recurrente dice haber pedido; por lo que, no se vislumbra agravio con la decisión adoptada, sin embargo, surgen varios cuestionamientos para el petente acerca de la práctica de la prueba referida.

Y es que en este escenario no tiene ninguna razón de ser la preocupación del actor en torno a este tópico, pues es obvio, que el juez como director del proceso debe velar porque se cumplan todas las garantías procesales, lo que lleva consigo hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, igualdad de las partes ante la ley, la equidad, la garantía general a un debido proceso, derecho de defensa y contradicción, y en general, todos los mecanismos para preservar los derechos fundamentales de las partes.

Sin que sea necesario entrar a tomar partido de cómo se realizará la práctica del interrogatorio a los testigos, lo único cierto es que una vez las pruebas son decretadas y practicadas, no son de la parte que las pidió o allegó, son pruebas de las que se sirve el proceso, para llegar a la verdad real y no formal; en otras palabras, se debe comulgar con el principio de comunidad de la prueba.

2. Ahora, en cuanto a que, la prueba así decretada constituye una nulidad a voces del artículo 29 de la Constitución Política, es preciso recordar que la Corte Constitucional en fallos C-351 de 1994, C-418 de 1994 y C-372 de 1997, dejó establecido que además de las causales señaladas en su momento en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, hoy 133 del Código General del Proceso y 14 ídem, puede invocarse la prevista en el artículo 29 de la Constitución,

cuando preceptúa que "**es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso**", y aplicable a toda clase de actuación. Al respecto dijo:

"Además de dichas causales legales de nulidad [haciendo referencia a las del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil] es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia¹"

También la Sentencia C-372 de 1997 hizo claridad sobre el tema al señalar:

"... La nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí."

(...)

"El inciso final de dicha disposición dice que "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Esta norma significa que sobre toda prueba "obtenida" en tales condiciones, esto es, averiguada y, principalmente, presentada o aducida por parte interesada o admitida con perjuicio del debido proceso, pende la posibilidad de su declaración judicial de nulidad." (M.P. doctor Jorge Arango Mejía). Sentencia C-093/98

Siendo esta causal constitucional la que invoca el apelante y en la que funda su inconformidad con la decisión adoptada por la *a quo* de decretar los pluricitados testimonios en forma oficiosa; y es que bajo ninguna óptica se puede considerar que la prueba testimonial cuestionada, encaja dentro de los parámetros de la nulidad constitucional, debido a que la "licitud significa que los medios probatorios se ajusten a las formas establecidas y no se violen los

¹ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

25

derechos fundamentales de la persona, que consagra la Constitución Política, como es el caso del derecho a la intimidad (art.15), a la honra (art.21), etc.”²

Sin más, lo único que se puede concluir de lo acaecido es que el juez ha desplegado las herramientas procesales que tiene a su alcance para la resolución del litigio puesto a su conocimiento.

3. Por último, no está por demás recordar al a quo el deber de adoptar medidas tempranas de saneamiento en el proceso –art.42 CGP #5-, para llevar precisamente un trámite libre de vicios, entre ellas, hacer uso de la reconstrucción parcial del expediente, atendiendo las voces del artículo 126 del Código General del Proceso.

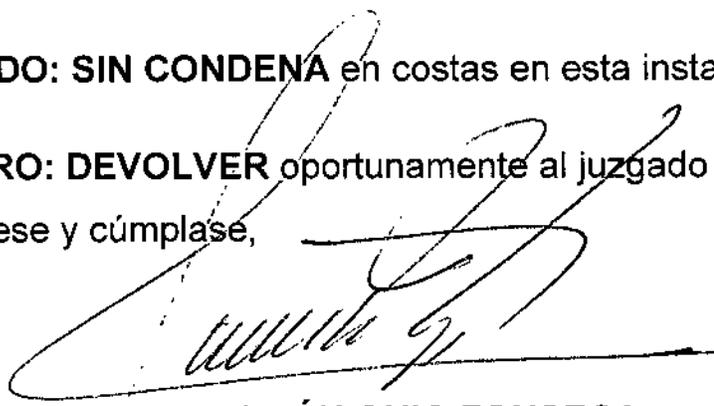
En mérito de lo expuesto, se **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 23 de octubre de 2014, proferido por LA JUEZA SÉPTIMA CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del asunto de la referencia, pero, por las precisas razones esbozadas en este proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER oportunamente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,



MARCOS ROMÁN GUIO FONSECA
Magistrado Sustanciador

² AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho probatorio. Pág.9