

UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO

Asesoría Jurídica

DE LA DECLARACION DE PARTE

PRELIMINARES

A. El Código de Procedimiento Civil en la parte correspondiente a pruebas, titula el CAPITULO II bajo la frase "Declaración de parte" y a lo largo del articulado (Artículos 194 a 210), reglamenta "la confesión judicial", esto es, la que se rinde ante el juez que conoce de un proceso en el que el declarante es "parte procesal".

B. Lo anterior significa, como lo afirma el profesor Jairo Parra Quijano que el interrogatorio de parte no es el medio de prueba, como sí la confesión. Expresa: "*Negamos que el interrogatorio sea un medio de prueba, es simplemente un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte. Lo que si es medio de prueba es la confesión que se obtenga utilizando el interrogatorio.*" (Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda, 17 ed. 2009, pag 446).

C. Hasta aquí estamos frente a la confesión judicial. Una de sus definiciones es esta: "*La confesión que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte*" (Jairo Parra Quijano, ib pag 400). Además, las declaraciones de reconocimiento privado que hacen los comparecientes son confesiones. Lo mismo ocurren con las declaraciones emitidas ante notario para que hagan parte del contenido de una escritura pública. Dice la Corte Suprema de Justicia: "*... desde el punto de vista probatorio su contenido (se refiere al de las escrituras públicas) se asimila o equivale a una confesión; su poder de convicción es pleno mientras no sea impugnado en forma legal ...*" (Sentencia sep 28 de 1992. M.P. Héctor Marin Naranjo).

D. En cuanto a la prueba extraprocesal el mismo C.P.C. de 1970 la menciona como primera prueba anticipada y la denomina "interrogatorio de parte" (Art 294). La reciente ley 1395 de 2010, artículo 113, complementó (?) el artículo antes citado, dándole competencia a los notarios para tramitar lo que esa norma denominó "pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal", eso sí con la obligación de acatar las reglas sobre práctica y contradicción establecidas para cada prueba, recogiendo el artículo 301 C.P.C., como veremos.

I. DE LA CONFESION JUDICIAL:

Esta prueba se refiere a la declaración emitida por una persona que es parte EN UN PROCESO JUDICIAL (confesión judicial) o que propone demandar o tema que va a ser demandada, en el futuro (confesión extrajudicial)

La confesión judicial está reglada a lo largo de los artículos 194 a 210 C.P.C. La primera norma establece: "**Confesión judicial.** Confesión

judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio". La confesión extrajudicial la veremos al estudiar el artículo 294 ibidem, en concordancia con el artículo 113 de la ley 1395 de 2010.

2º. No comparecencia, renuencia o respuestas evasivas: Que sucede si "la parte" (obviamente respecto de la confesión judicial) no comparece, es renuente a responder o da respuestas evasivas? El artículo 210 ordena "la confesión ficta o presunta" así: *La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito."*

"La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca."

"En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuales son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos."

"Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada."

II. DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL:

1. Pruebas anticipadas según el C.P.C. Los artículos 294 a 301 C.P.C. de 1970 disciplinan lo relativo a "LAS PRUEBAS ANTICIPADAS". Consagran siete pruebas extra proceso, así:

1º. El interrogatorio de parte (art 294).

2º. El reconocimiento espontáneo de documento ante Juez o notario (Art 295, artículos 69 a 72 Decreto ley 960 de 1970);

3º. Reconocimiento a solicitud del interesado, (Art 296) modificado Decreto 2282 de 1989, num 128.

4º. Exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, (Art 297 en concordancia con los artículos 283, 284 y s.s.).

5º. Testimonio para fines judiciales, (Art 298, mod Decreto 2282 de 1989, num 129).

6º. Testimonios ante notarios y alcaldes, con fines no judiciales (art 299, mod decreto 2282 de 1989, num 130)

7º. Inspecciones judiciales y periciales (Art 300, mod Decreto 2282 de 1989, num 131).

8º. Procedimiento para pruebas y exhibición anticipada (art 301, mod Decreto 2282 de 1989, num 132).

A la luz del Código de 1970 y hasta la ley 1395 de 2010, de todas las siete pruebas allí enunciadas, eran competentes privativamente, los

“jueces municipales y promiscuos municipales”, a excepción del “reconocimiento espontáneo de documentos” (reglado en los artículos 69 a 72 DL 960 de 1970) y “testimonios ante notarios y alcaldes” consagrado en el artículo 299 C.P.C., modificado Decreto 2282 de 1989, numeral 130. Ahora la ley 1395 pretende colocar a LOS NOTARIOS “CON JURISDICCION Y COMPETENCIA” para que tramiten, sin perjuicio de la competencia dada a los jueces, “las declaraciones extraproceso con fines judiciales” (Artículo 113, inciso 3º).

2º. Prueba anticipada y confesión ficta. Se pregunta: La prueba anticipada llamada “interrogatorio de parte” (Art 294), es susceptible de sufrir las mismas tres vicisitudes que ocurren para el “interrogatorio de parte procesal” en una litis? En otros términos, es posible aplicar el artículo 210 sobre confesión ficta o presunta? La respuesta es que sí. Lo que sucede es que su campo de aplicación no es tan amplio, como ocurre con la “confesión judicial”, la cual opera, primero, sobre los hechos susceptibles de confesión formulados en preguntas asertivas, contenidos éstas en el interrogatorio escrito, y segundo, si no se presentó interrogatorio escrito y el citado no comparece, opera respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito o de sus contestaciones. Para el caso de confesión extrajudicial, como no hay demanda, ni contestación, ni excepciones, la aplicación del artículo 210 C.P.C. sólo puede darse frente a un interrogatorio escrito que debe ser presentado al juez competente para ello y, según la reciente ley 1395 de 2010, art 113, ante el notario, punto éste que es el tema central de la presente reflexión.

Hagamos un poco de claridad sobre este último punto. 1º. El artículo 294 (confesión extrajudicial por medio de interrogatorio de parte) ordena: **“Interrogatorio de parte.** *Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar.”*

Comentarios:

- a) Para hacer practicable esta prueba y “la confesión” ficta del artículo 210 C.P.C., el peticionario debe presentar necesariamente PLIEGO ESCRITO DE PREGUNTAS. Leamos este aparte jurisprudencial, dictado para la confesión extrajudicial bajo el régimen de 1970: -“... solo el escrito permitirá al juez del conocimiento conocer, a ciencia cierta, los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, a fin de declarar sobre ellos, en forma concreta, el acto confesorio ficto.”.
- b) Pero hay algo más: El C.P.C. ha establecido una norma de “rito probatorio” común para la petición y práctica de las pruebas anticipadas a que aluden los artículos 294 a 301 C.P.C.. La norma del artículo 301, modificado Decreto 2282 de 1989, numeral 132, es perentoria al exigir que las pruebas anticipadas allí elencadas se notificarán “MEDIANTE NOTIFICACION PERSONAL, SIN QUE SEA ADMISIBLE EL EMPLAZAMIENTO DEL CITADO”, pues no de otra manera, podría producirse la confesión ficta o presunta. Además descarta, de plano, el emplazamiento, porque éste solo

puede darse en relación con un sujeto procesal, una vez que haya surgido la relación jurídica procesal, situación que no acaece en el interrogatorio de parte "como prueba anticipada".

3º. El interrogatorio de parte a que se refiere la ley 1395: confesión extrajudicial con citación de la contraparte. Veamos el artículo 113 de la ley 1395 de 2010 sobre "descongestión judicial" *"Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil"*

"La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia."

"Para estos efectos, facúltase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales." (negrillas fuera de texto legal)

3.1. Exégesis de la norma:

- El primer inciso LE DA COMPETENCIA a los notarios para que reciba, trámite y practique (así la norma haya empleado sólo el verbo "practicar") cualquier clase de prueba extraprocesal, destinada a "procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal ...", derogando lo ordenado en el artículo 18 C.P.C., según el cual las pruebas extrajudiciales que se pretendieran hacer valer en procesos civiles y agrarios, debían ser practicadas por los jueces civil municipales y promiscuos municipales, y en los procesos laborales, de familia y contencioso administrativos, debían serlo por los jueces de cada una de estas jurisdicciones. A partir del 12 de julio de 2010, según el mandato de la ley 1395, art 113, los notarios, sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces, tienen competencia –al menos según el texto de la ley- para practicar el interrogatorio de parte que solicita un ciudadano que pretende demandar a otro, o que teme que se le demande, ante cualquier jurisdicción, excepto la penal.

Se hace, entonces, necesaria una pregunta: Además del interrogatorio de parte (Art 294 C.P.C.), los notarios deben tramitar y practicar el reconocimiento de documento privado a solicitud de interesado (Art 296 ib), la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles (Art 297 ib) y las inspecciones judiciales y peritaciones (Art 300 ib), por estar regladas como "PRUEBAS ANTICIPADAS", en el capítulo IX del C.P.C.? La respuesta es que NO, porque, menos mal, el inciso 3º de la ley 1395, artículo 113, dicta: *"Para estos efectos, facúltase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales"*. Y las "declaraciones extraproceso" comprende solamente la declaración de futura parte y los testimonios (declaraciones de terceros), a los cuales nos referiremos adelante.

- El inciso segundo, en su afán de descongestión judicial- disciplina la citación de la contraparte "mediante notificación por aviso", en detrimento del debido proceso. Preguntamos: ¿Aceptando que la norma en estudio es constitucional –que no lo es-, cómo hace el notario esta notificación "por aviso"? No hay norma –sería un decreto reglamentario- que establezca los requisitos previos para hacer operable

la notificación anotada, así como tampoco la hay para que reglamente lo atinente al aviso propiamente dicho, LO CUAL TORNA IMPRACTICABLE EL CITADO ARTICULO 113.

3.2. Otra razón de impracticabilidad del artículo 113 por parte de los notarios. La actuación de rito procesal en estos casos NO ES DE "FORMA LIBRE". El artículo 301, modificado por el decreto 2282 de 1989, numeral 132, sobre "pruebas anticipadas" ordena: "*Las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo, SE SUJETARAN A LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA LA PRACTICA DE CADA UNA DE ELLAS en el curso del proceso*". Los jueces competentes -y los notarios, si la norma fuese constitucional y practicable- están en la obligación de remitirse a las normas que disciplinan cada prueba, con el fin de calificarla, recibirla, ordenarla, notificarla y practicarla, siendo todos estos actos propios de la jurisdicción y del debido proceso, no de la competencia notarial circunscrita a la función fedante. ¿Qué tal un notario frente a un interrogatorio escrito, calificando la admisibilidad de la pregunta No. 5 y la inconstitucionalidad de la número 10, en aplicación del artículo 207 C.P.C. (sobre requisitos del interrogatorio de parte) y del artículo 29 de la Constitución Política?

3.3. Inconstitucionalidad del artículo 113 ley 1395 de 2010. Esta norma viola la Constitución.

A) Por falta absoluta de jurisdicción, en cabeza de los notarios. Estos nunca han sido, ni son, ni pueden ser jueces. La función fedataria es muy distinta a la jurisdiccional. Alguien podrá afirmar: acaso los notarios ya no tienen función jurisdiccional, al ser competentes para unos determinados asuntos de jurisdicción voluntaria? La inquietud la respondemos que de estos asuntos es competente el notario, MIENTRAS NO HAYA CONTROVERSIA Y NO EXISTAN CONTRAPARTES. Si la hay, inmediatamente pasan al Juez. Y resulta que la declaración extraproceso a que alude el artículo 113 ley 1395 se realiza en audiencia entre parte peticionaria y parte interrogada, lo cual implica aplicación de los principios del contradictorio y de la audiencia bilateral. En otros términos, la prueba extraprocesal comentada, desde su inicio, es prueba controvertida, imposible de ser rituada por notario.

B) Por violación al debido proceso, trazado en el artículo 29 C.P. que exige la jurisdicción y la competencia para conocer de los procesos y las situaciones donde haya CONTRADICCIÓN y, en este caso, por el artículo 301 C.P.C., que ordena: "LA CITACIÓN PARA INTERROGATORIO DE PARTE y exhibición de documento o de otro bien mueble, DEBERA HACERSE MEDIANTE NOTIFICACION PERSONAL", SIN QUE SEA ADMISIBLE EL EMPLAZAMIENTO DE CITADO", norma a la cual se remite el mismo artículo 113 de la ley 1395, inciso 1º, que establece: "*Podrán practicarse ante notario ..., con citación de la contraparte y con observancia de las reglas, sobre prácticas y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil*".

4 De todas maneras, el artículo 113 citado, es válido mientras no sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional. No obstante su validez formal (presunción de constitucionalidad), es impracticable.

5. Qué sucede si algún ciudadano pide "la práctica" de esta prueba y el notario no admite la petición? El peticionario insistente podrá

demandar en tutela y el notario a su vez podrá contestarla invocando la falta de jurisdicción y de competencia y la violación del debido proceso, encuadrado en la preceptiva del artículo 29 C.P. y 301 C.P.C., entre otras violaciones, de las cuales no puede ser partícipe, el notario.

CONCLUSIONES SOBRE CONFESION JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL POR INTERROGATORIO DE PARTE:

1º. Las normas aplicables a la prueba anticipada denominada por el C.P.C. de 1970 "interrogatorio de parte" que hubiera sido mejor llamarlo "interrogatorio de presunta contraparte", son los artículos 294 ibidem y 301 modificado Decreto 2282 de 1989, numeral 132, este último en cuanto al procedimiento para practicarla.

2º. No obstante que esta prueba es anticipada, no es de rito libre. El juez competente (Artículos 18 C.P.C. y 113 ley 1395) tiene que remitirse a "las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas" EN EL CURSO DEL PROCESO", según el artículo 301 precitado, de las que se destaca que la citación para esta clase de interrogatorio de parte "DEBERA HACERSE MEDIANTE NOTIFICACION PERSONAL, SIN QUE SEA ADMISIBLE EL EMPLAZAMIENTO DEL CITADO". La notificación por aviso a que alude el artículo 113 de la ley 1395 vulnera el debido proceso y, por lo tanto, el funcionario está en la obligación de darle prevalencia a la normatividad consagrada en la Constitución Política (Art 4: excepción de inconstitucionalidad).

3º. El artículo 113 de la ley 1395 le amplía la competencia A LOS JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS MUNICIPALES (NO A LOS NOTARIOS, por las razones ya expuestas), a que alude el artículo 18 C.P.C. pues éstos conocerán privativamente, además de las pruebas anticipadas "con destino a procesos de la jurisdicción civil y agraria, las que sean pedidas con destino a la jurisdicción laboral, de familia o contencioso administrativa, "salvo la penal".

Repítese que la norma del artículo 113 citado es inconstitucional en el punto de extender la competencia privativa allí reglada, a los notarios:

- a) Porque esta diligencia, así sea en prueba anticipada, es con fines judiciales y, por consiguiente, exige el cumplimiento de todas las reglas del contradictorio y del debido proceso,
- b) Porque la función fedataria es incompatible con la función jurisdiccional. Esta es una realidad –y una verdad por principio– que se tiene que defender siempre, ante el Congreso, en sede legislativa o en sede constitucional.

4º. El argumento de "falta de decreto reglamentario" no es absolutamente valedero y contundente. No obstante, puede esgrimirse como justificación accesoria. Desaparecería en el momento en que el Gobierno decidiese proferir el Decreto respectivo, quedando las razones "de base" presentadas en estos comentarios.

DEL TESTIMONIO EXTRAPROCESAL CON FINES JUDICIALES:

PRELIMINARES:

A. El Código de Procedimiento Civil denomina "Declaración de terceros" al testimonio que rinden ante el juez de la causa, personas naturales diferentes de las partes procesales (o sujetos de la relación jurídica procesal).

B. El testimonio es una prueba que tiene más aspectos de análisis que la confesión por medio de interrogatorio de parte, inicialmente expuestas, siempre que hay que tener en cuenta temas, unos de validez y otros de eficacia, como las inhabilidades absolutas y relativas para testimoniar (Art 215, 216), los testigos sospechosos (art 217); la petición de la prueba y limitación de testimonios (Art 219, ley 1395 de 2010, art 25); el decreto y la práctica de la prueba (Art 220); la citación de los testigos por telegrama o boleta de citación (Art 224); los efectos de la desobediencia (Art 225); los requisitos del interrogatorio (Art 226); las formalidades previas al interrogatorio (Art 227); las reglas para su práctica (Art 228) y la ratificación de los testimonios recibidos por fuera del proceso (Art 229), entre otros.

C. La normativa aplicable a la "declaración extraprocesal", en la especie de testimonio, está actualmente en los artículos 298 C.P.C. modificado por la ley 1395 de 2010, artículo 12, complementado (?) por la versión totalmente nueva del artículo 113 de la ley precitada, analizado precedentemente, a cuya exégesis nos remitimos.

ANALISIS DE LA DECLARACION EXTRAPROCESAL DENOMINADA TESTIMONIOS PARA FINES JUDICIALES.

1º. Como ya vimos, el testimonio es una de las especies pertenecientes al género "declaraciones extraprocesales". El artículo 12 de la ley 1395, sustitutivo del artículo 298 C.P.C., expresa: "*Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración extraprocesal con citación de la contraparte*". La norma sustituida se refería al testimonio anticipado ÚNICAMENTE de "personas que estén gravemente enfermas". Ahora se podrá pedir, como prueba anticipada, el testimonio de cualquier persona.

2º. Si a esta norma unimos el artículo 113 de la ley 1395, ya comentado, obtenemos los siguientes conceptos legales, a saber:

- a) Petición: la presenta quien pretenda aducir y hacer valer EN UN PROCESO FUTURO, el testimonio;
- b) Tanto la petición, como el trámite, la citación al testigo y su recepción debe realizarse, en atención a "las reglas establecidas para la práctica" de la prueba testimonial dentro del proceso, en aplicación estricta del artículo 301 C.P.C.
- c) Lo ordenado por el artículo anterior, en tema de citación, por tratarse de declaración extraprocesal con el fin de obtener una prueba controvertida, es regla del debido proceso: la notificación al testigo "DEBERA HACERSE MEDIANTE NOTIFICACION PERSONAL, SIN QUE SEA ADMISIBLE EL EMPLAZAMIENTO DEL CITADO".

CONCLUSIONES:

Son válidas las anotadas para la prueba "CONFESION EXTRAJUDICIAL" por medio de interrogatorio de parte" (declaración extraprocesal), en lo pertinente.

Una última reflexión: para qué se practican pruebas extraprocesales, violando las reglas del rito procesal correspondiente a cada prueba, además del debido proceso, si cuando lleguen al juez del proceso, este tendrá que desestimarlas, por adolecer de nulidad de pleno derecho, según el mandato del artículo 29, parte final, de la Constitución Política?. El notariado no es función para incurrir en "VIAS DE HECHO". Las tutelas serían numerosísimas.

Mario Fernández Herrera
Asesor