
LOS INDICIOS CONDUCTUALES EN EL PROCESO CIVIL*



Mabel Londoño Jaramillo**

Recibido: Octubre 10 de 2006

Aprobado: Octubre 19 de 2006

RESUMEN

Las conductas procesales de las partes pueden estar dirigidas a la vulneración de normas de contenido ético o moral establecidas por el legislador; pero igualmente pueden traer como consecuencia la falta de colaboración en el proceso y, con ello, afectar la obtención de unos elementos probatorios necesarios para finalmente alcanzar la justa solución de la litis. En este sentido, el legislador colombiano ha diferenciado en los códigos procesales, conductas tendientes a contrarrestar el fraude procesal en desarrollo legal del principio de moralidad, que pueden ser objeto de un proceso disciplinario que se despache en la misma causa, y aquellas conductas, igualmente procesales, que deben valorarse en la sentencia por suministrar argumentos de prueba a través de la construcción de los respectivos indicios conductuales omisivos, oclusivos y mendaces. Es así como de una conducta procesal realizada por las partes, pueden obtenerse inferencias probatorias prescindiendo de toda clase de consideraciones éticas, y ello tipifica una conducta procesal desde el punto de vista probatorio.

PALABRAS CLAVE: Proceso jurisdiccional, juez, demanda, contestación de la demanda, conducta omisiva, conducta oclusiva, conducta mendaz, indicios, pruebas, valoración, contumacia, sentencia.

* El presente artículo es producto de la investigación «Valoración de la conducta omisiva, oclusiva y mendaz en un debido proceso civil y penal», realizada por el Grupo de Investigación en Derecho Procesal; en la cual participaron como investigadora principal, la Dra. Diana María Ramírez Carvajal, y como Coinvestigadora la autora. Investigación financiada por la Universidad de Medellín y terminada en el segundo semestre de 2006.

** Abogada y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Doctoranda en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana, Docente investigadora de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y Docente de la Facultad de Derecho. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. E-mail: mlondono@udem.edu.co

ABSTRACT

The procedural conducts of the parties can be directed into breaking the norms that have an ethical or moral content established by the legislator; but they likewise can result in the lack of collaboration in the process and with it, it may affect the obtaining of some probative elements required to finally reach a just solution to the *litis*. In this sense, the Colombian legislator has distinguished the conducts that tend to offset the procedural fraud in a legal performance of the morality principle which may be subject to a disciplinary process that is dispatched in the same cause; and those conducts, procedural as well, that should be valued in the issuing of a sentence because they supply proof arguments through the construction of the respective neglectful, occlusive, and mendacious behavioral indexes. It is this way how, from a procedural conduct carried out by the parties, one can obtain probative inferences leaving out all types of ethical considerations; and that typifies a procedural conduct from the probative point of view.

KEY WORDS: jurisdictional process, judge, law suit, responding to the law suit, neglectful conduct, occlusive conduct, mendacious conduct, indexes, proofs, appraisal, nonappearance, sentence.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende dar claridad acerca de los efectos que pueden ocasionar las conductas realizadas por las partes en el proceso civil, diferenciando éstas desde los contextos del derecho sustancial y del derecho procesal, entendiendo que una arista importante del problema a abordar, es identificar cuándo las conductas se valoran desde el derecho sustancial, porque tienen la fuerza suficiente para desestimar los elementos axiológicos de la pretensión o de la excepción de mérito, y cuándo afectan el proceso y deben valorarse desde el derecho procesal, porque simplemente entorpecen su secuencia y orden, pero de ninguna manera afectan la causa fáctica pretensional. Es el primer caso el que corresponde a las conductas omisivas, oclusivas y mendaces, y el segundo, a las conductas desobligantes y altaneras, es decir, las conductas que afectan la moral y la ética que deben permear el proceso.

Las conductas procesales de las partes que afectan la pretensión requieren de unas circunstancias determinadas expresamente por el legisla-

dor para que se eleven a categoría de acto procesal con consecuencias jurídicas. Es así como el legislador colombiano establece que la conducta de las partes enfrentadas en el proceso genera un fenómeno procesal que puede y, a veces, debe ser objeto de valoración probatoria. En este sentido, la conducta elegida por las partes en el proceso, además de las consecuencias sancionatorias establecidas por la ley, puede tener importancia probatoria; así, la ausencia, el silencio, la mentira y el comportamiento negativo de las partes, entre otras, pueden ser consideradas por el juez como un argumento de prueba en su contra, en razón del deber de colaboración que les asiste en el proceso, al deducir el respetivo indicio por conducta omisiva, oclusiva o mendaz.

Sin embargo, se ha encontrado que cuando se realiza la sentencia, esta valoración sobre las conductas reprochables presenta errores de forma o de fondo, ya sea porque el juez valora conductas que no deben ser valoradas dentro del proceso jurisdiccional porque corresponden a un proceso disciplinario, o porque no valora las conductas omisivas, oclusivas y mendaces que sí deben valo-

rarse, ya que pueden afectar la pretensión o la excepción de mérito, al desvirtuar los elementos axiológicos que las componen.

Finalmente, es necesario indicar que el presente ensayo es un producto de la investigación «Valoración de la conducta omisiva, oclusiva y mendaz en un debido proceso civil y penal», realizada por el Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal y adscrita a la línea «Hacia una nueva hermenéutica de la decisión judicial en el debido proceso probatorio». Este trabajo de investigación fue desarrollado aplicando el método documental bibliográfico, construyendo un riguroso estado del arte sobre el problema formulado, con apoyo en fichas bibliográficas, fichas jurisprudenciales, diarios de campo y resúmenes analíticos, con miras a precisar las falencias que el proceso jurisdiccional tiene con relación a la valoración de las conductas procesales de las partes frente a la modificación de la pretensión y su causa fáctica, planteando la necesidad de examinar una técnica adecuada para valorar las conductas procesales de las partes que son reprochables porque afectan el debido proceso jurisdiccional. Sumado a lo anterior, se realizaron encuestas en los juzgados civiles del circuito, de familia y civiles municipales de Medellín, que indagaban si realmente los jueces deducen, de las conductas procesales de las partes, indicios conductuales omisivos, oclusivos y mendaces, realizando su respectiva valoración en la sentencia; instrumentos que arrojaron datos que serán expuestos en otros trabajos resultantes de la investigación.

1. LAS CONDUCTAS OMISIVAS, OCLUSIVAS Y MENDACES

El moderno derecho procesal sostiene que es lícito para el juez extraer argumentos de prueba de los comportamientos procesales de los litigantes¹. Estos argumentos de juicio pueden inferirse, algunas veces, de la conducta observada por la parte

que implique una negativa a colaborar con la producción de la prueba, ya que en el proceso civil, las partes tienen el deber de cooperar en toda la actividad probatoria², a riesgo de que su renuencia pueda ser apreciada por el juez como un indicio en contra. En este sentido, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil dispone: «El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes».

El autor *Luis Muñoz Sabaté*³, al tratar la conducta procesal de la parte, establece la necesidad de diferenciar axiológicamente los juicios éticos y los pragmáticos, en razón de considerar que son los segundos los que interesan al proceso desde el punto de vista probatorio. Las conductas procesales de las partes pueden estar dirigidas a la vulneración de normas de contenido ético o moral establecidas por el legislador; pero igualmente pueden traer como consecuencia la falta de colaboración en el proceso y, con ello, afectar la obtención de unos elementos probatorios necesarios para finalmente alcanzar la justa solución de la litis. Así, la conducta procesal asumida por las partes puede contribuir a la fijación de los elementos axiológicos de la pretensión o la excepción de mérito, al configurarse como un elemento probatorio al lado de las demás pruebas, pues a partir de ella se puede construir la prueba indiciaria. En este sentido, la conducta procesal puede considerarse como elemento de prueba, constituyéndose en una forma de control jurídico sobre el debate probatorio.

Por las numerosas relaciones jurídicas que se entran en el escenario procesal, el proceso se constituye en campo abonado para la producción de variadas conductas procesales que necesariamente tienen que ser valoradas por el juzgador⁴. Unas, como bien lo indica *Muñoz Sabaté*⁵, se revelan en los propios actos de alegación y se identifican como indicios exponenciales de normalidad, tono y coyuntura, en razón de que entrañan conductas ejecutadas con motivos de alegación o exposición. Otras se advierten como conductas

Por las numerosas relaciones jurídicas que se entraban en el escenario procesal, el proceso se constituye en campo abonado para la producción de variadas conductas procesales que necesariamente tienen que ser valoradas por el juzgador

más específicamente dirigidas hacia la prueba, y se identifican como indicios conductuales, siendo ellas conductas omisivas, oclusivas, hesitativas o mendaces.

El autor distingue, a su vez, dentro de la conducta procesal, las inferencias incriminativas que se obtienen contra la parte autora de la inconducta⁶ procesal, y las inferencias excriminativas, favorables a esa parte -lo anterior, porque sería ilógico que solamente la conducta incorrecta fuera fuente de argumentos de prueba-, ubicando entre las inferencias incriminativas la conducta puramente omisiva, la conducta oclusiva, la conducta hesitativa y la conducta mendaz.

Se reitera, que no es la falta de moralidad sino la falta de colaboración específica lo que tipifica una conducta procesal desde el punto de vista probatorio. Si desde una consideración genérica, toda deslealtad procesal puede llegar a significar una falta de colaboración, no se hace referencia a este género sino a la especie, esto es, a la falta de colaboración en un acto procesal encaminado formalmente a la fijación o prueba de las afirmaciones realizadas en el proceso.

Para efectos del desarrollo temático, se hace necesario entender que el proceso se compone de dos fases, a saber: a) Una fase o etapa preliminar, dirigida a integrar el contradictorio, a fijar los extremos litigiosos o el tema de decisión, y a sanear la contienda procesal; y b) Una segunda fase en donde se desarrollan las etapas sustanciales de pruebas, alegaciones y fallo. Toda la actividad procesal que deriva de los sujetos en las diversas fases debe ser reflejo del proceso debido, consagrado

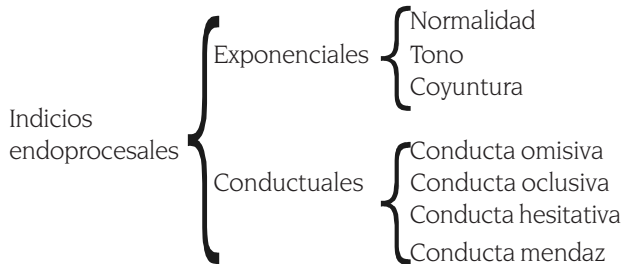
por la legislación en desarrollo del principio del debido proceso⁷, cuyo núcleo puede ser expresado de la siguiente forma: «Nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». De donde se extractan la garantía de legalidad del juez y la garantía de la legalidad de la audiencia, esta última, que se desarrolla, a su vez, en dos principios generales del derecho procesal: la bilateralidad de la audiencia, derecho de defensa o principio del contradictorio, y el principio del formalismo o legalidad de las formas.

Las inconductas tienen diferente valoración según se hayan expuesto en el proceso o fuera de él. Una vez se ha integrado el contradictorio entre el demandante y el demandado, comienza el proceso, pues ya se tiene la relación jurídica procesal compleja plenamente establecida, y se da inicio al debate probatorio y argumentativo. Por lo tanto, una inconducta en la presentación de la demanda, por enunciación de un hecho pretensional falsamente expuesto, puede ser subsanada en la etapa depurativa, pero una inconducta asumida en la etapa probatoria puede ser una clara manifestación de la falta de colaboración con la administración de justicia y de ocultamiento de hechos para falsear las razones de la contraparte.

Como se indicara en renglones anteriores, la doctrina ha clasificado ampliamente las conductas de los sujetos en el proceso, diferenciando las excriminativas, es decir, favorables a la parte de la cual provienen, y las incriminativas, que determinan una valoración en contra; desagregando a su vez las conductas incriminativas en varias modalidades, como son las que se expresan en los actos de alegación y las conductas de prueba que conllevan las omisivas, oclusivas, hesitativas y mendaces. Las inconductas que se desatan en el primer caso serán criterios de valoración de los medios de prueba testimonial, declaración de parte y confesión; las inconductas de prueba serán estructuradas como indicios en contra, por lo tan-

to pueden incidir en la decisión que tome el juez. Es decir, los indicios fundados en las «inconductas» son exponenciales, cuando simplemente ganan la atención del juez, y conductuales, cuando son valorables en la sentencia.

Con apoyo en la obra de Luis Muñoz Sabaté⁸ se presenta la siguiente clasificación:



Los indicios exponenciales no serán objeto de desarrollo en el presente escrito, debido a que no alcanzan a incidir en la decisión del juez, pues en ningún caso tendrán la fuerza suficiente para desestimar los elementos axiológicos de la pretensión o la excepción de mérito.

2. INDICIOS CONDUCTUALES

2.1 Conducta omisiva. Estas conductas se presentan como una muestra evidente de falta de colaboración procesal en todos aquellos problemas fácticos cuya solución pudiera, tal vez, obtenerse con una participación más activa del omitente; por lo tanto, se constituyen en inconductas plenamente valorables. Entre ellas encontramos:

2.1.1 La negativa genérica. Es lo que en algunos ordenamientos se conoce como el deber de plenitud que establece que cada parte en sus exposiciones deducirá de modo completo, y de acuerdo con la verdad, todas las circunstancias de hecho que ocurran para fundar sus alegaciones⁹. La negativa genérica (*infitiatio*) se presenta cuando la parte se limita a negar la pretensión o la excepción del contrario y no cumple con el deber procesal de exponer todas las circunstancias de hecho que concurran a fundar sus alegaciones. Dicho de otro modo, omite dar las explicaciones del caso.

Sobre este punto, el artículo 95 del *Código de procedimiento civil* estipula que la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda será apreciada por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto. Se entiende que lo que el legislador quiere es que el demandado, al momento de contestar la demanda, no se limite a decir, por ejemplo, que no es cierto tal hecho afirmado por el demandante, sino que cualifique su respuesta explicando por qué no es cierto, esto es, suministrando las explicaciones pertinentes.

2.1.2 La rebeldía o falta de contestación. En el derecho probatorio, el silencio no pueda tener consecuencias mayormente implicativas, debido a que por la propia naturaleza del contradictorio, si se logra provocar la *litis contestatio*, no resultan frecuentes estas clases de conductas. La experiencia indica que se contesta genéricamente, mendazmente, incongruentemente, pero se contesta. Se trata de un silencio que, de acuerdo con las circunstancias, puede ser síntoma de un determinado conocimiento, una especie de manifestación negativa, pero eficaz, de una certidumbre histórica.

La rebeldía o contumacia hace referencia principalmente a la conducta asumida por el demandado, ya que la del demandante o actor, aparte de su excepcionalidad, es difícil que determine como conducta valoración probatoria alguna; a este respecto, es necesario tener en cuenta que la inactividad total del demandado es contemplada de un modo muy diferente por los distintos ordenamientos legales, y así, hay unos, como el sistema anglosajón, que la equiparan a una conformidad con la petición del actor, otros, como el sistema alemán, la consideran como una simple aceptación de los hechos de la demanda (*ficta confessio*). En el sistema colombiano, adscrito a la libre valoración de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica¹⁰, la falta de contestación de la demanda será apreciada por el juez como indicio grave en

contra del demandado¹¹, pero sin olvidar que esta libertad de que dispone conlleva la obligación de argumentar debidamente la valoración de la inconducta en la sentencia para el debido ejercicio del control social.

Es bien sabido que la contestación de la demanda se evidencia luego de correrse traslado de la misma al sujeto pasivo de la relación procesal¹² y en ella el opositor hace contener sus tesis defensivas frente al reclamo concreto del demandante; se pronuncia expresamente sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que son admitidos o negados y de los que no le constan, plantea las excepciones de mérito o fondo propuestas contra las pretensiones del demandante, se pronuncia sobre la autenticidad de los documentos allegados con la demanda y peticiona y/o aporta las pruebas que pretenda hacer valer en la litis.

La contestación de la demanda es una de las actuaciones que el demandado puede ejercitar en desarrollo de su derecho constitucional de defensa y contradicción. Pero dicha actividad no constituye una obligación procesal ni un deber, sino que se enmarca dentro del concepto de carga procesal, debido a que no es necesario que el sujeto pasivo efectivamente la ejerza, pues esta deriva de su voluntariedad¹³.

Nuestra Corte Constitucional, con miras a establecer una diferencia entre los conceptos de deber, obligación y carga procesal, cita en la Sentencia C-1512 de 2000¹⁴, un análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, en la que se clarifica que los deberes están instituidos por los ordenamientos en interés de la comunidad, las obligaciones en pro del acreedor y las cargas en razón del propio interés, definiendo estas últimas como aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la

preclusión de una oportunidad o de un derecho procesal e, inclusive, hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como la carga procesal supone un proceder potestativo del sujeto a quien para su propio interés le ha sido impuesta, impidiendo constreñirlo para que se allane a cumplirla, debe entenderse que la respuesta a la demanda es un acto contingente y no necesario del proceso, pues en todo caso puede presentarse una falta de reacción del sujeto pasivo de la relación procesal, frente a la incitación que representa la demanda. No obstante, nuestra legislación procesal, pese a que contempla dicha actuación como una carga, coacciona su realización al atribuir al juez la posibilidad de valorar la conducta omisiva como un indicio grave en contra del demandado, según disposición del artículo 95 del C. de P. C. Se observa que el legislador impone una sanción probatoria al demandado que no contesta la demanda, pues al silencio que envuelve su inactividad se le otorga un primer grado de prueba de los hechos narrados en la demanda, a favor del actor y en contra de aquel.

Insensato tratamiento dispuso el legislador al permitirle al juez configurar la prueba del indicio grave en contra del opositor, dada su inactividad frente a la demanda, esto es, su falta de contestación; pues si entendemos que la pretensión procesal desatada por el actor involucra indefectiblemente al demandado a la relación jurídica procesal, aun en contra de su voluntad, y que la respuesta a la demanda, como se dijera, no es un dato necesario en el proceso, sino meramente eventual o contingente, por constituir un acto propio del demandado cuyos efectos favorables o desfavorables repercuten sólo en él, pues dentro del abanico de posibilidades que tiene está el de guardar silencio o no contestar la demanda, debiera, entonces, posibilitársele la no participación activa en esta fase inicial del proceso, sin la consecuente valoración probatoria de la conducta asumida.

Debe considerarse que la inactividad del demandado puede obedecer a múltiples circunstancias y no necesariamente a actos desleales; puede deberse, por ejemplo, a ignorancia, descuido o estrategia de defensa, esta última, fundamentada en el derecho que los justiciables tienen de guardar silencio. A las anteriores, se suma, tal vez, la principal de las causas de falta de contestación de la demanda por parte del opositor, y es la de no contar con los recursos económicos que le posibiliten el nombramiento de un apoderado judicial para que ejerza su defensa en el proceso, y, paralelo a ello, el desconocimiento de figuras como el amparo de pobreza¹⁵ que garantiza el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, y la misión que cumplen los consultorios jurídicos de las diferentes Facultades de Derecho oficialmente reconocidas, organizados para prestar servicios jurídicos a personas pobres, tal como lo señala la ley 583 de 2000 en su artículo primero, al disponer que los estudiantes adscritos a estos centros de práctica son abogados de pobres.

Lo anterior denota la inconveniencia de consagrar una norma que ordene al juez derivar de la falta de contestación de la demanda el indicio grave en contra del demandado, debido a que se convierte en un imperativo al cual tiene que dar aplicación en todos los casos. Se estima exagerado que, además de las obvias consecuencias que implica para el opositor la falta de contestación de la demanda, ya que es clara la pérdida de una importante oportunidad de defensa y contradicción en la fase preliminar del proceso, especialmente en lo

Debe considerarse que la inactividad del demandado puede obedecer a múltiples circunstancias y no necesariamente a actos desleales; puede deberse, por ejemplo, a ignorancia, descuido o estrategia de defensa, esta última, fundamentada en el derecho que los justiciables tienen de guardar silencio

que tiene que ver con la aducción y solicitud de pruebas, dado el fenómeno de la preclusión procesal, se agrave su situación valorando su conducta como constitutiva de un indicio grave en contra, que en todo caso no es contundente para fundar un fallo adverso por esa sola circunstancia, pero que a todas luces le genera una ventaja probatoria al actor frente a su opositor inactivo.

Repárese que quien tiene la carga de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido con la demanda es precisamente el accionante, conforme a lo señalado en el artículo 177 del C. de P. C., que reza: «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...»¹⁶. Y en este sentido, sostiene *José Francisco Pérez Palomino*¹⁷, que el derecho del demandante no se ve vulnerado con la inactividad de la parte demandada, pues, igual si se contesta o no la demanda, aquél tiene la carga procesal de probar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos persigue. No obstante, es claro que la rebeldía coloca al actor en aprietos porque le aumenta la carga de probar, ya que la ausencia del demandado lo priva del consuelo de la más mínima admisión sobre el reclamo concreto, v. gr., la confesión de algunos hechos fundantes de la demanda.

Sería más acertado entender que la inactividad del demandado, en lo que tiene que ver con la demanda, es indicativa de una oposición tácita a ella, y de que se atiene a lo que sea probado en el proceso por el sujeto demandante, como es lo consecuente. Asumir la posición opuesta es excusar al demandante de la carga de probar los hechos planteados en su pretensión en aras de la declaración de certeza de los derechos que pretende alcanzar, e igualmente, al juez, de la puesta en marcha de todos sus poderes de instrucción para la averiguación de la verdad envuelta en la relación jurídica sustancial ventilada¹⁸, y en este

orden de ideas, debe entenderse que, pese al silencio del demandado en la fase inicial, la labor del juez en búsqueda de la verdad de los hechos debe continuar en el proceso en las diferentes etapas que están por sucederse, pues la justa composición del litigio presupone una ardua actividad investigativa del juez director del debate procesal que, en ejercicio de sus facultades oficiosas, posibilita la producción de la prueba, cuando la misma no aparece en el mundo del proceso por inactividad de una de las partes.

Bajo el esquema constitucional imperante, el juez no puede ser un espectador que logre su convicción con la prueba suministrada por la parte fuerte, pues está obligado a garantizar la consecución de los fines del Estado social de derecho, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Aquí es donde el deber de dirección del proceso de que dispone el juez¹⁹ debe estar encaminado a garantizar la igualdad material de las partes, pues es de entenderse que ellas no sean investigadoras imparciales de la verdad y que utilicen la prueba como instrumento de naturaleza retórica, para persuadir al juez acerca de la consecución de sus particulares fines²⁰, pues cada parte, o mejor, sus apoderados judiciales, emplean los medios de convencimiento para apoyar la historia que presentan como verdadera, con miras a obtener una sentencia favorable.

2.1.3 Pasividad. Se entiende como la adopción, por la parte que no tiene la carga de alegar ni de probar, de una conducta puramente pasiva susceptible de calificarse como «neutra», cuando podría colaborar para el esclarecimiento de los hechos litigiosos, mediante aclaraciones y precisiones que normalmente daría un litigante veraz²¹. Equivale a un silencio sistemático de la parte favorecida con la carga de la alegación y de la prueba y que por ello, no colabora con la administración de justicia.

La pasividad, igualmente, puede arrojar argumentos probatorios cuando recae sobre la

Bajo el esquema constitucional imperante, el juez no puede ser un espectador que logre su convicción con la prueba suministrada por la parte fuerte, pues está obligado a garantizar la consecución de los fines del Estado social de derecho, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

práctica de prueba o la ostentación de prueba luego no practicada; aunque es pertinente analizar en estos supuestos, si tal «inconducta» es derivada de la imposibilidad económica para atender el costo de la prueba o a la necesidad de no dilatar el proceso con actuaciones inútiles, u obedece a cualquier otro motivo desprovisto de significación probatoria.

A su vez, nuestro legislador establece otras conductas omisivas valorables en contra de quien las ejecuta, que no pueden ser incluidas en las anteriores categorías por la especificidad de las mismas. Veamos:

El numeral 2º, del párrafo segundo, del artículo 101, dispone la posibilidad de que el juez valore en la sentencia como indicio grave en contra de las pretensiones o excepciones de mérito, según sea el caso, la inasistencia del demandante o demandado a la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, excepto en los casos contemplados en el numeral 1º *ibídem*²².

En el mismo sentido, el artículo 22 de la ley 640 de 2001 establece que, salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso jurisdiccional que verse sobre los mismos hechos.

2.1.4 Ocultación de hechos por el actor. El actor es quien más necesidad tiene de ser claro y explícito en sus afirmaciones por ser quien propone la *litis*. Por pretender una variación de su realidad, le corresponde la carga de ilustrar al juzgador acerca de su escenario conflictual, siempre y cuando esté en sus manos la posibilidad de hacerlo y tales hechos sean trascendentes en orden a la pretensión ejercida, es decir, fundantes de la misma, y en este sentido el numeral 6º del artículo 75 del *Código de procedimiento civil* dispone que la demanda con que se promueva todo proceso deberá contener los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones (las cuales deben ser precisas y claras según el numeral 5º), debidamente determinados, clasificados y numerados. De ahí que cualquier omisión importante del demandante deba considerarse altamente sospechosa y valorable en contra de sus intereses procesales.

2.2 Conducta oclusiva: Las partes no pueden obstaculizarse en la fase probatoria, por cuanto esto afecta directamente el debido proceso y el derecho a la contradicción de la prueba. Como puede advertirse, no se trata de la simple falta de colaboración que se contempla como conducta omisiva, sino que se trasunta en un acto positivo encaminado a que el contrario no pueda practicar sus pruebas²³. El comportamiento oclusivo recae usualmente sobre los actos de aportación y obtención de prueba, pero para inferir consecuencias probatorias específicas, la falta de colaboración debe hallarse lo más estrictamente ceñida al tema de prueba.

Debe tenerse presente que el legislador, en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, señaló como deber de las partes y sus apoderados prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra; esto, en concordancia con el numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política, que establece como deber de la persona y del ciudadano, colaborar para el

buen funcionamiento de la administración de la justicia.

La conducta oclusiva es fuente importante de las causales de revisión de la sentencia (artículo 380 del C. de P.C.) y también de indicios y presunciones inferidos en contra de quien la asume. Como especificaciones de conducta oclusiva, tenemos:

2.2.1 Destrucción de pruebas. Esta conducta se expresa generalmente en forma activa y se produce en los siguientes eventos: por destrucción de instrumentos o de la propia cosa litigiosa; por interrupción o desistimiento en el curso del proceso de ciertas pruebas, cuando la parte proponente presente un sesgo desfavorable²⁴; cuando se oculta el domicilio de un litigante para impedir su confesión en juicio²⁵; por desfiguración de un cuerpo de escritura; cuando se preconstituye una situación favorable en vista de una diligencia de reconocimiento judicial, entre otros.

La presunción que se deriva de algunos de los actos de supresión o destrucción de prueba, considera *Burill*²⁶, es siempre desfavorable para el actor, pues partiendo de la base de que un acto de esta clase ha tenido que ser hecho por algún motivo, la lógica inferencia es que fue hecho con el propósito de evitar todo cuanto pudiera perjudicarlo.

2.2.2 Negativa de exhibición. La exhibición puede predicarse no sólo del documento, sino también del cuerpo. En nuestra legislación esta negativa a exhibir el cuerpo está fundamentada jurídicamente en el respeto a la dignidad humana, que se eleva a categoría de principio y derecho fundamental en la Carta Política, por lo tanto, una petición en este sentido, deberá estar supeditada al respeto del principio de la dignidad humana, a diferencia de otras legislaciones como la alemana, en donde la misma Constitución contempla la posibilidad de obligar esta exhibición en caso de ser necesario para el juzgador.

Ejemplos de esta conducta son: la negativa del comerciante a la exhibición de los libros de comercio; en materia de seguros, la negativa de exhibi-

ción de la póliza; la negativa a la exhibición de documentos de carácter unilateral girados por una parte a la otra, como cartas y facturas, cuando el remitente muestra la constancia de envío y se deduce, para beneficio del proceso, algo importante de su contenido, y la negativa a aportar copia de la prueba documental que una parte esgrime cuando la tiene en su poder, trasladando la carga a la contraparte.

El artículo 242, inserto en el capítulo de la prueba pericial, contempla como indicio, en contra de la parte que así proceda, la negativa a facilitar a los peritos los informes, elementos materia de examen y acceso a los lugares requeridos para cumplir el encargo; circunstancia que deben hacer constar expresamente los peritos en su dictamen, sin perjuicio de la sanción pecuniaria que establece el numeral 1 del artículo 39²⁷ para este evento. Se advierte la consagración de una conducta oclusiva, al impedir la procura de la prueba pericial decretada en el proceso, y que trae, como consecuencia, la derivación del indicio en contra de la parte ejecutora.

Similar sanción trae aparejada el numeral 5º del artículo 246, que reza: «Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será considerada como indicio en su contra»²⁸.

El artículo 285 entraña una conducta oclusiva derivada de la negativa de exhibir documentos necesarios para el esclarecimiento de los hechos litigiosos, en los siguientes términos: «Oposición y renuencia de exhibición. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, ten-

drá por cierto los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificada de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale...».

Frente a la prueba de interrogatorio de parte, tenemos las siguientes normas del Código de Procedimiento Civil, que autorizan al juez la deducción de indicios conductuales en la sentencia:

Según el artículo 202, el juez podrá deducir indicios en contra del citado a interrogatorio de parte por solicitud oficiosa, cuando sea renuente a concurrir, cuando se niegue a responder y cuando suministre respuestas evasivas con relación a hechos que interesen al proceso.

A su vez, el artículo 210, modificado por el artículo 22 de la ley 794 de 2003, en su inciso final, preceptúa que cuando el interrogatorio fuere decretado a petición de parte, si el citado a la audiencia no comparece, da respuestas evasivas o se niega a responder, y las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión²⁹, su conducta será apreciada por el juez como indicio grave en su contra.

Como ya se dijera, se patentiza en las anteriores normas que el legislador faculta al juez para que deduzca de la conducta procesal asumida por la parte citada al interrogatorio el respectivo indicio conductual, que puede ser omisivo, cuando se trata de su no comparecencia, u oclusivo, en el caso de que evada respuestas o se niegue a responder³⁰, obstaculizando, con ello, el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso.

2.3 Conducta hesitativa: Esta conducta se patentiza cuando la parte formula alegaciones fácticas que real o virtualmente se contradicen, lo

que revela una incertidumbre que predispone en su contra. Esto no significa que todas las afirmaciones contradictorias sean falsas, pero sí produce cierta predisposición adversa, más por intuición que por pura inferencia lógica³¹.

En este punto cabe señalar que el juez, al valorar este tipo de conductas, debe obrar con suma prudencia y tener la convicción de que existe una conducta verdaderamente contradictoria y sospechosa. Plantea *Isidoro Eisner*, que «la hipótesis mencionada es una consecuencia de la ya consagrada doctrina de los propios actos, que nos pone frente a una regla de comportamiento exigible, una máxima ético-jurídica o un principio recibido por decantación teórica y jurisprudencial, en cuya virtud el jurista -juez o abogado- dispone de un instrumento útil y adaptable que permite operar límpidamente en la constante empresa de moralización del derecho y la conducta humana vinculante»³².

En términos similares se pronuncian *Morello-Sosa* y *Berizonce*³³, quienes sostienen que las alegaciones vertidas en el curso del proceso, que exteriorizan palmarias contradicciones, descalifican totalmente a la parte que las emite, gravitando esa conducta del litigante en la solución justa del caso concreto, pues la doctrina de los actos propios se abastece en el principio de la buena fe y de la seguridad jurídica en el tráfico negocial que imprime en la decisión un sello particular.

Si bien es cierto, como se dijera en renglones anteriores, que la conducta hesitativa siembra la duda en el juzgador que lo predispone en contra de la parte que ha asumido tal comportamiento, no es apta para afectar los elementos axiológicos de la pretensión o excepción de mérito.

2.4 Conducta mendaz: La conducta mendaz, entendida como la aseveración mentirosa o calumniadora hacia terceros, como la falta de veracidad de algunas afirmaciones realizadas por la parte, puede aparejar como consecuencia que el

juez se incline a no considerar como ciertas otras afirmaciones de esa parte, dado el estado patológico y morboso que presenta la contienda procesal. Pero no toda mentira presenta relieve probatorio, se habla más bien de la mendacidad, esto es, la conducta reiterativamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total del relato fáctico y que obedece, por tanto, no a ocasionales técnicas de defensa, sino a la convicción de que solo mintiendo en todo y por todo se podrá salir airoso de la litis³⁴. Esta conducta es prevista en el artículo 95 del *Código de procedimiento civil*, que señala la posibilidad del juez de apreciar como indicio grave en contra del demandado, las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad que haga en la contestación de la demanda³⁵.

El común denominador de las conductas anteriormente descritas, engendradoras de indicios conductuales, es la inobservancia de la carga de colaborar en la producción de la prueba, evidenciable algunas veces en sentido positivo y otros en comportamientos omisivos. Las sanciones establecidas en los ordenamientos procesales encuentran su fundamento en el deber impuesto a las partes de actuar acorde con los principios de lealtad, probidad y buena fe, además respetar el principio de colaboración, pues tales directrices informan y fundamentan todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado³⁶.

Así las cosas, es necesario entender que el juez no adquiere la certeza en el proceso únicamente de la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, pues también lo hace de las conductas omisivas, oclusivas y mendaces realizadas por las partes a las que el legislador les ha asignado consecuencias probatorias y que pueden traer como consecuencia que se desvirtúe la causa fáctica pretensional. Pero es necesario que el juez, al momento de valorar la conducta procesal, la ingrese al proceso mediante una técnica adecuada como la prueba de indicios, de tal modo que permita la

contradicción, pues de lo contrario se violentaría el principio del debido proceso y, como consecuencia, estaríamos frente a una sentencia infundada y, a la postre, considerada como una vía de hecho.

Ha de tenerse en cuenta que las conductas omisivas, oclusivas o insinceras deben ser compatibles con el hecho básico alegado en la pretensión, es decir, deben estar dirigidas a afectar el derecho sustancial, para desestimar la pretensión procesal, pues de lo contrario serán intrascendentes al proceso. Por esto se aclara que pueden valorarse cuando tienen la fuerza suficiente para desvirtuar los elementos axiológicos de la pretensión, mediante la técnica que corresponde a la prueba de indicios, pues de esta forma legitimarán desde el debido proceso, una decisión positiva o negativa sobre las pretensiones y las excepciones de mérito propuestas.

CONCLUSIONES

La calidad y eficacia de los operadores jurídicos que están involucrados en la administración de justicia y de los que son verdaderas partes procesales pende altamente del entendimiento y la correcta aplicación del derecho procesal como instrumento complejo que moldea y aplica el derecho sustancial. Hace parte integral prioritaria del derecho procesal el derecho probatorio, pues en nuestra legislación los jueces están sometidos en sus fallos al principio de la necesidad de la prueba y a su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El principio de autorresponsabilidad de la prueba muestra claramente cómo el derecho procesal se sustenta en el adecuado manejo de la pretensión y, por correspondencia, de la excepción de mérito. Su precisión aporta al debido proceso, ya

que la construcción argumentativa que formulan las partes desde una pretensión puede verse desestimada por las conductas oclusivas, omisivas y mendaces que asuman en el curso del proceso. Desde esta perspectiva, se entiende que algunas de las conductas de las partes deben ser valoradas por el juez en relación con los elementos axiológicos de la pretensión y/o de la excepción de mérito; pero para la aplicación de un debido proceso, esta valoración debe hacerse a través de la prueba de indicios, instrumento poco utilizado por nuestros operadores jurídicos, pues su estructura es compleja y exige un amplio discernimiento.

No obstante lo anterior, el desarrollo de la investigación «Valoración de la conducta omisiva, oclusiva y mendaz en un debido proceso civil y penal», permitió evidenciar que el juez, al momento de emitir sentencia, en el proceso civil, no valora las conductas procesales de las partes que desestiman los elementos axiológicos de la pretensión o la excepción de mérito, tomando en consideración las reglas de la hermenéutica jurídica aplicables a la normativa que las rige, y con base en una técnica probatoria coherente con el debido proceso. Es decir, los jueces no tienen una metodología adecuada para valorar las conductas procesales de las partes que son reprochables en la sentencia a través de la prueba indiciaria, conforme a los postulados que protege el debido proceso.

En este sentido, se puntualiza que, pese a que las herramientas procesales están diseñadas, se encuentran claras falencias en la labor jurisdiccional que precisa la valoración de las conductas asumidas por las partes en el proceso, que desarticulan la causa fáctica pretensional, al incidir en los elementos axiológicos de la pretensión o de la excepción de mérito o fondo.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. p. 416.
- EISNER, Isidoro. Planteos procesales. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1991.
- MORELLO-SOSA y BERIZONCE. Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. T. II-B. Editorial Platense, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1997.
- PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B. de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra.
- VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

SENTENCIAS:

- CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-1512 de noviembre 8 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis y Sentencia C-095 de enero 31 de 2001, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil: Sentencia de octubre 30 de 2000, exp. 5830, Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila V.; Sentencia de diciembre 12 de 2002, Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros, exp. 6188, y Sentencia de febrero 24 de 2003, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, exp. 674.

PONENCIAS:

- CARRASCO ALARCOS, Claudia; y otros. «Algo más sobre la conducta procesal de las partes». Ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, junio de 2003.
- PÉREZ PALOMINO, José Francisco. «La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y la conducta o comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez». Ponencia presentada en el XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, editado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

NOTAS

- 1 PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B. p. 1049 y ss. El autor advierte sobre cierta reticencia en la jurisprudencia para considerar el comportamiento de parte como argumento de prueba. Señala que no son muchos los precedentes que acuden a esta ponderación; sin embargo, afirma sin vacilaciones que el comportamiento procesal de los litigantes contribuye a formar la convicción del sentenciador y se pronuncia por la conveniencia de que se reglamente de modo expreso el instituto, por dos razones: «a) Nuestra generalmente prudente y conservadora judicatura no trepidaría, entonces, en aplicarlo; b) Ello se constituiría, además, en un elemento disuasorio para aquellos litigantes tentados a cometer alguna incorrección procesal».
- 2 Artículo 71 Código de Procedimiento Civil: «Son deberes de las partes y sus apoderados: ... 6º. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra».
- 3 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1997, p. 449 y 450.
- 4 Ibídem, p. 449, frente al tema expone: «La conducta procesal es pues una conducta específicamente tensional, cuya morfología es toda ella sintomática, semiótica. Y de ahí que el proceso, como plataforma o estadio donde tal conducta se despliega, resulte un campo abonado para el desprendimiento de ciertos indicios que por esta razón llamamos endoprocesales; pero no tanto en virtud de consideraciones

éticas que impongan como castigo o premio determinadas admisiones, sino apoyándose en argumentos lógicos cuyo substrato experimental radica en el instinto de conservación y en un orden de ideas semejante al que legitima la aplicación procesal de los principios *nemo tenetur* o *contra se pronuntiatio*».

- 5 *Ibídem*, p. 458.
- 6 La inconducta hace referencia a la falta de colaboración en un acto procesal encaminado formalmente a la fijación o prueba de las afirmaciones realizadas en el proceso. Así, tales inconductas procesales pueden valorarse desde el derecho sustancial, cuando tienen la fuerza suficiente para modificar la pretensión o la excepción de mérito, es decir, que la inconducta deberá estar dirigida a alterar el *factum* de la pretensión procesal, pues de lo contrario será intrascendente al proceso.
- 7 Artículo 29 Constitución Política: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...».
- 8 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Op. cit. p. 459 a 488.
- 9 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Op. cit. p. 472. Al respecto el autor ha manifestado: «A veces las afirmaciones contienen hechos de importancia, hechos con notorio sabor, y que en un plano de franca colaboración parecen reclamar del adversario un pronunciamiento concreto, pues una negativa genérica más que reflejar el convencimiento del negante trasluce un temor sospechoso que nos recuerda aquello de más vale no menearlo».
- 10 Artículo 187 Código de Procedimiento Civil: «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba».
- 11 Artículo 95 Código de Procedimiento Civil: «La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto».
- 12 Artículo 87 Código de Procedimiento Civil: «En el auto admisorio de la demanda se ordenará su traslado al demandado, salvo disposición en contrario.
«El traslado se surtirá mediante la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante o apoderado o al curador ad litem, y la entrega de copia de la demanda y de sus anexos...».
- 13 PÉREZ PALOMINO, José Francisco. La buena fe, la lealtad de las partes, el fraude procesal y la conducta o comportamiento de las partes como indicio que siempre deberá valorar el juez. XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Editado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal y la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. p. 462. Afirma al respecto que «...el derecho de contradicción se garantiza con el otorgamiento de la oportunidad de defenderse, sin que sea necesario que efectivamente el sujeto procesal lo haga, pues ello es de su propia voluntad, y nadie, ni siquiera la ley, puede compelerlo a hacerlo. La carga procesal es un concepto del derecho procesal que nos indica lo que cada parte debe realizar en el proceso si desea obtener resultados favorables, pues su no realización le puede traer consecuencias desfavorables, pero en ningún momento su omisión puede acarrear sanciones, ya que no se trata de una obligación».
- 14 Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de noviembre 8 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Ver también Sentencia C-095 de enero 31 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández.
- 15 Artículo 160 Código de Procedimiento Civil: «Se concederá el amparo de pobreza a quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso».
- 16 Se aclara que en esta oportunidad no se hará referencia a la teoría de la carga dinámica de la prueba, que traslada la carga de probar los hechos, a la persona que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no sea quien los haya afirmado o negado.

- 17 PÉREZ PALOMINO, José Francisco. Op. cit., p. 461.
- 18 Frente al tema planteado puede consultarse el artículo «Valoración de la conducta omisiva derivada de la falta de contestación de la demanda», CD Controversia Procesal, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, septiembre de 2006, ISBN 958-33-9936-1.
- 19 Artículo 37 del Código de Procedimiento Civil: «Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran...».
- 20 Acerca del tema TARUFFO, Michele; Evidencia en el litigio civil: tradiciones culturales y tendencias teóricas, Recolección y presentación de Investigación Procesal No. 4, Señal Editora, Medellín, Colombia, 2005, p. 42.
- 21 Ibídem, p. 477, afirma el autor: «Cuando los principios del onus alegandi o del onus probandi se interpretan como dogmas, la parte favorecida por ellos suele a veces adoptar una actitud manifiestamente pasiva. Si a simple vista ello puede parecer normal, en algunos supuestos resulta irritante porque lo lógico es que la parte que disponga de contra afirmaciones o pruebas enervantes del alegato adverso no deje de sentir la oportunidad e incluso la pasión de poder esgrimirlas. No debemos imaginarnos, decía Bonnier, que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose a ilustrar a la justicia».
- 22 El numeral a que se alude, dispone: «1. Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará el quinto día siguiente para celebrarla, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.
- «Cuando en la segunda oportunidad se presente excusa de que existe fuerza mayor para que una de las partes pueda comparecer en la nueva fecha, o de que se encuentra domiciliada en el exterior, ésta se celebrará con su apoderado, quien tendrá facultad para conciliar, admitir hechos y desistir».

23 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. p. 416. Frente a este punto, el autor enseña: «cuando el juez ordena a la parte que comparezca personalmente para ser interrogada, o que se deje inspeccionar por el juez en su persona o en los bienes propios, la invita a hacer una cosa que puede redundar en ventaja del adversario: la parte puede negarse a hacer aquello a que el juez la invita; pero si se niega, porque sabe que de sus respuestas o de la inspección se pondrían en claro elementos probatorios a su cargo, se expone igualmente al riesgo de perjudicarse a sí misma y de favorecer al adversario, proporcionando al juez, con su negativa o con su inercia, elementos indirectos para decidir la causa contra ella. Así, de un modo o de otro, la parte que no tiene razón no puede atrincherarse detrás de su inercia; sabe ya que si intenta defenderse con el silencio o con la mentira, corre el riesgo, frente a esta nueva arma que tiene el juez de 'deducir argumentos de prueba [...] del comportamiento de las partes mismas del proceso' (art. 116), de perjudicarse más que si dijera francamente la verdad».

24 Según el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, las partes no podrán desistir de las pruebas practicadas. No obstante, la parte que aportó e invocó como prueba un documento, podrá desistir de él en el trámite de tacha de falsedad, de conformidad con el inciso final del artículo 290.

25 El artículo 319 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 31 de la Ley 794 de 2003, establece unas sanciones por el suministro de información falsa que impida la debida notificación de la demanda al demandado, en los siguientes términos: «Si se probare que el demandante, su representante o apoderado conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse al demandado, se impondrá al responsable multa de veinte salarios mínimos mensuales, y por trámite incidental condena individual o solidaria, según el caso, a indemnizar los perjuicios que con su conducta haya ocasionado al demandado o a terceros, sin menoscabo de la nulidad contemplada en los numerales 8° y 9° del artículo 140. Se enviará copia al juez competente en los penal, para que adelante la correspondiente investigación».

26 Cita de MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Op. cit., p. 481.

27 Artículo 39 Código de Procedimiento Civil: «El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios: 1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados públicos y a los particula-

res que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución...».

- 28 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la Sentencia 6188 de diciembre 12 de 2002, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros, presenta un claro análisis de diferentes conductas procesales asumidas por el demandado, que deben ser valoradas como indicios graves conforme a las disposiciones legales. El debate surge en razón de la negativa rotunda del demandado a practicarse la prueba antropo heredo biológica que dicha magistratura decretó, advirtiendo que tal conducta se erige en dato indiciario y nuevo frente al acervo probatorio que obró en las instancias del proceso.
- 29 Por preguntas asertivas se entienden aquellas que se pueden contestar simplemente con un «si es cierto» o «no es cierto». Cuando tales preguntas no tienen ese carácter, esa actitud omisiva de quien debe responderlas, se aprecia en el proceso como un indicio grave en su contra, el cual consiste en que se mira como probable que los hechos afirmados por su contraparte en el libelo de demanda o contestación, según el caso, correspondan a la realidad.
- Así mismo, en el evento de que el hecho por el cual se interrogue al citado tenga señalada en la ley una prueba especial para su demostración, las respuestas evasivas y la negativa a responder, serán tenidas por el juez como indicio grave en contra de la persona citada.
- 30 Frente al tema puede consultarse la Sentencia 5320 de diciembre 10 de 1999 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- 31 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Op. cit. p. 486. El autor desarrollando el tema de la conducta hesitativa, aclara: «Ahora bien, esta exigencia de incertidumbre debe ser comprendida siempre en términos relativos, de modo que ella no significa que el litigante deba conocer y exponer con precisión todo el encadenamiento de hechos simples que constituyen el hecho jurídico determinante de su pretensión, ni mucho menos que le esté vedado, bajo pena de sospecha, formular diversas hipótesis sobre la forma exacta como se desarrolló el evento (por ejemplo: «no sabemos si la mercancía se entregó personalmente al demandado o a una de sus dependientes»). Todos sabemos que hay gran cantidad de hechos ignorados ab initio, y hacia cuya fijación va encaminada precisamente la práctica de la prueba».
- 32 EISNER, Isidoro. Planteos procesales. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1991. p. 3. Cita de Claudia Carrasco Alarcos, José María Herrán, Mariana Andrea Liksenberg y Silvana Naveda, «Algo más sobre la conducta procesal de las partes», ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, junio de 2003.
- 33 MORELLO-SOSA y BERIZONCE. Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. T. II-B. Editorial Platense, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985. p. 545. Cita de Claudia Carrasco Alarcos y otros, Op. cit.
- 34 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Op. cit. p. 488.
- 35 Con relación a la conducta mendaz o mentirosa ejecutada por el demandado al plantear afirmaciones contrarias a la realidad en la contestación de la demanda, puede consultarse la Sentencia 674 de febrero 24 de 2003, Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- 36 El artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que es deber de las partes y sus apoderados: «1° Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos; 2° Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales...; 6° Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra...».