CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: ACIERTOS Y VICISITUDES DE UN NUEVO RÉGIMEN DE PRUEBAS –ESPECIAL COMENTARIO A LA PROPUESTA DE REFORMA FRENTE A LA PRUEBA DOCUMENTAL Y LA PRUEBA PERICIAL–

Sergio Alberto Rojas Quiñones*

Fecha de recepción: junio 6 de 2011
Fecha de aceptación: octubre 12 de 2011

RESUMEN

En una época en la que es indiscutida la *bonanza reformista,* este artículo se propone esbozar algunas reflexiones generales en punto tocante con el denominado *Código General del Proceso,* actual iniciativa que tiene por objeto la sustitución del Código de Procedimiento Civil. Además de algunos comentarios generales en torno a la imperante necesidad de modificar el régimen procesal de cara a la oralidad y de los aciertos que, desde esta perspectiva, logra la referida propuesta de código, el lector encontrará unos comentarios relativo a las modificaciones al régimen probatorio, particularmente en lo referente a la prueba pericial y la prueba documental. El objetivo es, de una parte, registrar los aspectos que, a juicio del autor, son positivos en la propuesta y, de la otra, poner de presente algunas vicisitudes –más que desaciertos– que valdría la pena considerar.

Palabras clave: Código General del Proceso, oralidad, prueba pericial, prueba documental, reforma procesal, concentración, inmediación, celeridad.

ABSTRACT

Colombia is in a period in which legal reforms are the general rule. That's why this article will outline some ideas concerning the so-called 'Código General del Proceso', initiative that aims to replace the Civil Procedure Code. The objective is to expose some general ideas

regarding the reform, underlining its positive and negative aspects, specially concerning the evidence rules.

Key words: *'Código General del Proceso', oral procedures, evidence rules, experts, documents.*

INTRODUCCIÓN

Toda reforma legal apareja un cambio visible y uno invisible: el primero, quizá más simple, es el cambio de la normativa o la preceptiva legal vigente a través de los cauces institucionales previstos para el efecto. El segundo, algo más complejo, es el cambio de la mentalidad, es decir, de la conciencia jurídica que se ha tejido en torno a la preceptiva y que, como natural, es directamente proporcional al arraigo de la norma que se pretende modificar. Así las cosas, para que una reforma sea tal, es necesario que concurran tanto la parte visible como la parte invisible. La ausencia de cualquiera de ellas conducirá, o a una reforma *de facto* o extralegal –*mutación,* en términos constitucionales– (cuando solo concurre lo invisible, pero no lo visible), o a una reforma meramente formal o aparente (cuando solo concurre lo visible, pero no lo invisible).

Lo paradójico es que, no en pocas ocasiones, resulta sumamente difícil reunir uno y otro elemento. La conciencia jurídica local, en general, refleja una suerte de aversión al cambio y a la modernización, por lo que sacar adelante una propuesta de reforma suele ser un camino intrincado y de múltiples escollos. En efecto, en ocasiones un malentendido *tradicionalismo jurídico* –muy cercano a la protección del *status quo*– puede llevar al fracaso un proyecto que, examinado detallada y pausadamente, puede ofrecer varias ventajas[1].

Esta situación, sin embargo, puede conjurarse a través del debate y la discusión de las propuestas de reforma, toda vez que es justamente ese debate y esa discusión, los que pondrán en evidencia los costos y los beneficios reales de cada proyecto. Así, una decisión –ora para descartar una iniciativa, ora para apoyarla– precedida por la discusión académica y jurídica, ofrece una garantía relativa de razonabilidad y sustento argumentativo.

Lo anterior, como es natural, es plenamente aplicable a la propuesta de Código General del Proceso que, hoy en día, se discute en la esfera jurídica local. Modificar las reglas que han regido al proceso civil –y, por remisión, a los demás

1 Sobre este particular, vid., Esquirol, Jorge. The failed law of Latin America, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 56, 2008, pág. 75 y ss.

procedimientos–, durante aproximadamente cuarenta años, no es, en absoluto, un tarea sencilla. Esta es, seguramente, una de las materias en las que la conciencia jurídica se encuentra profundamente arraigada, por lo que la batalla por modificar, tanto en lo visible, como en lo invisible, es representativa. Lo importante, sin embargo, es gestar los espacios de discusión académica y crítica, para que sea la comunidad jurídica toda la que exprese su opinión frente a las bondades o los defectos del proyecto.

Por eso es por lo que, con respeto, nos unimos a esta discusión, manifestando nuestras apreciaciones respecto de algunas de las modificaciones propuestas por el proyecto, en temas que han sido objeto de precedente investigación. El propósito, se reitera, es procurar la dinamización de la discusión a través de diferentes perspectivas en torno a asuntos en los que, de una u otra manera, es posible contribuir.

De antemano, en cualquier caso, quisiéramos manifestar que la iniciativa de reforma nos parece afortunada y conveniente frente a las necesidades del proceso civil contemporáneo. No creemos que se trate de una reestructuración absoluta del Código de Procedimiento Civil actual, sino que, por el contrario, el Código General del Proceso parece ser una justa y muy pertinente revisión de los asuntos que, por razones de diversa índole, estaban desactualizados o desajustados, por ejemplo, frente al esquema del proceso oral. Así, identificamos una gran fortaleza en este Código, como quiera que, a diferencia de otras reformas, no constituye una antítesis de su predecesor: por el contrario, parte de las bondades de este último y, en lugar de descartarlas, las preserva y fortalece. Se logra entonces un proceso más moderno y ajustado a la realidad, tanto normativa como práctica.

Y decimos que nos parece apropiada la regulación contenida en la iniciativa, además de lo anterior, porque parece ser ecuánime y razonable en su regulación. A continuación, exponemos entonces nuestras apreciaciones frente a tres de ellos en particular, a saber: a) El reconocimiento de la necesidad ajustar el régimen probatorio al proceso oral; b) Las modificaciones introducidas a la prueba pericial; c) Las modificaciones introducidas a la prueba documental. Empecemos entonces con el primer punto.

1. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DA RESPUESTA A LA NECESIDAD DE AJUSTAR EL RÉGIMEN PROBATORIO COMO PUNTO CARDINAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD

La implementación de la oralidad es, sin duda, una reforma de hondo calado. En esa medida, implica la necesidad de reformar varios de los componentes estructurales

del trámite procesal[2]. En efecto, si bien se tiene establecido por algunos que la oralidad procesal hace referencia solamente a un rasgo formal de los actos jurídicos procesales –en el sentido de que implica que la voluntad contenida en tales actos deba manifestarse en forma oral o verbal[3]–, la doctrina ha reconocido que se trata de un aspecto fundamental, "… pues de que exista (…) dependen la orientación general del proceso en gran parte y la acogida que tengan los principios procesales …"[4].

De hecho, ha sido tal la trascendencia que en algunas esferas se le ha atribuido, que para algunos autores la oralidad es un genuino principio procesal, con lo que se le concede un estatus jurídico muy superior al de una simple regla u orientación técnica o procedimental[5]. Y es que, en principio, pareciera no ser para menos, en la medida

2 Sobre este particular tiene dicho el profesor chileno Diego Palomo Vélez que la reforma que se debe realizar para la implementación de la oralidad constituye *"*...una tarea de gran envergadura, que debe superar los esfuerzos desplegados en las reformas precedentes …", a lo que agrega que *"*...hoy en día, ante la aparición de cualquier reforma procesal de envergadura, una de las cuestiones que centra los focos de atención en sus momentos iniciales es la determinación de si el producto legislativo se encuadrará dentro de los procesos orales, o bien, por el contrario, responderá más a un modelo escrito. Claro está que la opción por una u otra forma procedimental debe venir determinada por el respectivo aporte a la eficiencia de las actuaciones procesales …". Palomo Vélez, Diego. Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC Chileno, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36. No. 3. [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300007&script=sci_arttext; *Cfr.* Martín, Fernando. Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana. Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal '*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente'.* España. Noviembre 6,7 y 8 de 2008. [En línea] http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/pi2mar.pdf.

3 Este punto ha sido refrendado ya por reiterada doctrina que señala el significado de la oralidad, como mecanismo de expresión de los actos jurídicos procesales; al respecto, *Vid.* Alsina, Hugo. *Fundamentos de Derecho Procesal.* Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001, pág. 36; Rocco, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Parte General, vol. II. Temis y Depalma. Buenos Aires, 1976, pág. 173; Gimeno Sendra, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas. Madrid, 1981, pág. 221 y ss.; Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal* - Teoría General del Proceso, t. I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1994. pág. 50.

4 Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal* - Teoría General del Proceso. *Op. cit.,* pág. 50.

5 Cumple resaltar que la naturaleza jurídica de la oralidad –en cuanto a si constituye un principio de derecho procesal o una simple regla de técnica procedimental–, es una cuestión discutida por la doctrina en general; ello es descrito por el profesor José Fernando Mestre, quien explica que *"…Una de las discusiones presentes en torno a la oralidad se refiere a su naturaleza de principio o regla técnica. Si bien algunos doctrinantes no han entrado en dicha discusión y simplemente le atribuyen a la oralidad la calidad de principio (como es el caso de Alcalá Zamora, Guasp Delgado, Rocco, Devis Echandía, Morales Molina, entre otros), otros han profundizado en el estudio de la naturaleza jurídica de ciertas directrices u opciones en el diseño y orientación del proceso, creando la categoría de las llamadas reglas técnicas o subprincipios, que Calamandrei llama "caracteres típicos del procedimiento", Gimeno Sendra "principios del procedimiento" y Beatriz Quintero refiere como "tipos procesales" (…)Al margen de todo lo anterior, de su naturaleza meramente formal y de su calidad de principio o regla técnica, el asunto de la oralidad no es secundario. Si bien no debe tratársele como axioma indiscutible por su naturaleza instrumental, tampoco debe desdeñársele como si se tratara de una definición frívola o insignificante …".* Mestre, José Fernando. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. págs. 4-5; sobre este tema en particular, *Vid.* Rojas Gómez, Miguel Enrique*. La Teoría del Proceso*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, pág. 268; Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 1995, pág. 263.

en que la incorporación de la oralidad implica una significativa transformación de la forma en que se instruye el trámite procesal, por cuanto, a pesar de que no habrá un sistema completamente oral[6], sí serán muchas las etapas y los actos procesales que deberán modificarse con el propósito de lograr un verdadero sistema oral.

Por eso es por lo que el sistema oral no puede simplemente consistir en una disposición programática o meramente retórica. No: incorporal un verdadero proceso oral, como en su momento lo advertíamos, implica una importante transformación del régimen procesal vigente, no solo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material, en la medida en que se debe procurar una implementación que, en verdad, potencialice o haga realidad las ventajas del sistema oral. Modificar simplemente la forma en que se expresa cada acto procesal, sin tener en cuenta que, detrás de ello, se procura favorecer la celeridad, la publicidad, la concentración y la inmediación procesal, implicaría incurrir en un gasto deficitario o de pocos beneficios.

Ello, con más veras, en lo que se refiere al régimen probatorio en general, en la medida en que uno de los temas que delanteramente se debe examinar cuando de reformar el sistema procesal se trata, tiene justamente que ver con la forma en que se solicitan, decretan, practican y valoran las pruebas en el curso del proceso[7].

Por eso es por lo que algunos doctrinantes afirman, con sentido lógico, que *"... un aspecto neurálgico para la efectividad de la oralidad procesal es la reforma de la regulación de los medios de prueba. En algunos de ellos, simplemente hay que realizar ajustes menores, pero en otros el cambio debe ser total (...) los medios de prueba propios del proceso escrito y desconcentrado no pueden permanecer inalterados en el camino hacia la oralidad y la concentración. Y el legislador no puede perder eso de vista ..."*[8]. Diego Palomo coincide en ello al establecer que los ajustes que se hagan al régimen procesal en el marco de la oralidad, *"... deben estar al servicio de una práctica probatoria mucho más flexible y espontánea que*

6 Afirma el maestro Devis Echandía que *"... si existe el procedimiento exclusivamente escrito, no pasa lo mismo con el oral, pues en realidad cuando hablamos de este, queremos significar que la forma oral es la que predomina dentro de él ..."* Devis Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso. *Op. cit.,* pág. 50; también da cuenta de ello el profesor Fernando de la Rúa, que advierte que la consagración de un sistema completamente oral es, en la *praxis,* una tarea imposible (De La Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1991, pág. 107). También lo reconocía el maestro Chiovenda (Chiovenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Reus. Madrid. pág. 129).

7 Sobre este particular, *Vid.* Sentis Melendo, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Ejea. Buenos Aires. 1979, págs. 9-12.

8 Mestre, José Fernando. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *Op. cit.,* págs. 20 y 22.

la actual …"[9]. Similar posición es defendida por autores como José Bonet[10], Juan Montero[11] y el mismo Giuseppe Chiovenda, que ya en la década de los veinte advertía que, si se quería implementar un sistema oral, era necesario replantear algunos puntuales aspectos del régimen de las pruebas[12].

De hecho, la experiencia de otras jurisdicciones refleja lo improcedente que resultaría consagrar, en la normatividad, un sistema oral, sin acompañarlo de un régimen probatorio que, a su vez, sea predominantemente verbal. Así lo devela, por vía de ejemplo, el procedimiento en el derecho laboral, en el que se adoptó un sistema teóricamente oral, pero con una remisión al régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil actual que, como es sabido, es preponderantemente escrito. El resultado, como era de esperarse, fue un antitecnicismo procesal que ha perjudicado significativamente la adecuada implementación de la oralidad.

Pues bien, a idéntico contrasentido estaba condenada la jurisdicción civil si, a pesar de consagrar teóricamente la oralidad, no se impulsaba un proyecto que definitivamente *verbalizara* –si la expresión es de recibo– el régimen probatorio vigente. En efecto, si bien el sistema jurídico colombiano había alcanzado ya un punto muy representativo al consagrar normativamente la implementación de la oralidad, era necesario hacer un primer intento de ajuste estructural de las normas llamadas a regular la práctica probatoria. De no hacerse así, el panorama, con seguridad, habría sido muy desalentador, ya que, se reitera, de muy poco habría servido tener un proceso oral en el texto formal de las normas, si este no se acompañaba de un sistema probatorio que, al mismo tiempo, fuera también verbal[13].

---

9 Palomo Vélez, Diego. *La oralidad en el proceso civil*. El nuevo modelo español. *Op. cit.,* págs. 142 y ss.

10 Bonet, José. El proceso civil español como modelo procesal de oralidad, en: *Revista de Derecho Procesal* de la Universidad de Chile. No. 21; págs. 151-172.

11 Montero, Juan. Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil, en Cipriani, Francesco. *Stato di diritto e garanzie processuali*. Edizione Scientifiche italiane, Quaderni de Il giusto processo civile. Napoli. 2.

12 Chiovenda, Giuseppe. L'oralità e la prova, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. vol. I. 1924.

13 El profesor Diego Palomo Vélez explica justamente cómo el régimen probatorio vigente en su país –esto es, en Chile–, debe reformarse si se quiere que, en realidad, las ventajas que se suele atribuir a la oralidad sean una realidad; sobre este particular, sostiene que *"*...Oralidad, concentración e inmediación judicial son reglas que potencian la actividad probatoria, la revalorizan, ganando en seriedad y calidad desde el momento en que se fortalece el juicio de hecho con un juez que va a estar efectivamente presente en la práctica de las pruebas. *Esta combinación de reglas debe estar al servicio de una práctica probatoria mucho más flexible y espontánea que la actual.* La nueva regulación que se propone de la prueba testimonial y de declaración de parte son claros ejemplos de lo que decimos, se favorece la espontaneidad de las preguntas y las respuestas y se evitan los rigorismos formales no justificados que constituyen limitaciones probatorias …" (se subraya) Palomo Vélez, Diego. *La oralidad en el proceso civil*. El nuevo modelo español. *Op. cit.,* pág. 142 y ss. *Cfr.* Maturana, Cristián. Un moderno sistema probatorio para el proceso civil, en *Revista del Colegio de Abogados* de Chile. No. 24. 2002; Meneses, Claudio. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil, en Revista *Ius et Praxis,* Vol. 14. No. 2, págs. 45-48.

El Código General del Proceso es una iniciativa que entiende perfectamente esta necesidad. En esa medida se constituye como la primera iniciativa que, en materia civil, se preocupa por hacer una revisión sistemática del régimen probatorio y, en general, procesal, para hacerlo compatible con los dictados de la oralidad. Este es, a nuestro juicio, el primer acierto digno de resaltar: la propuesta de Código General del Proceso, marca un primer y decidido intento por *verbalizar* el proceso y, junto a él, el régimen probatorio, con lo que atiende la primaria necesidad de repensar el derecho procesal en términos de oralidad. Este es un tema en el que, como lo indica Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el desarrollo legal debe estar precedido por una mentalidad abierta al cambio y esa mentalidad, *sine qua non* para introducir los ajustes connaturales a la oralidad, se construye a partir de iniciativas y propuestas de reforma que aborden el problema integral y sistemáticamente[14].

Así lo hace el Código General del Proceso: analiza el régimen procesal como un todo, y se ocupa de aquellos asuntos que ameritan un ajuste de cara a la modernización del proceso y muy especialmente, a la verdadera oralidad del mismo. Ese es, pues, el primer avance meritorio de la propuesta, toda vez que refleja que la academia y, en parte, el legislador, se han dado cuenta de que no existirá un proceso civil oral mientras no se enfilen las diferentes instituciones procesales para lograr

14 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, advierte que el dinamismo propio del derecho procesal coincide, desde un punto de vista histórico, con el momento en que ese derecho procesal deja de ser visto como un simple conjunto de normas orientadas en orden a regular el proceso como tal, para transformarse en una ciencia que estudia las normas reguladoras del trámite procesal. Así las cosas, la cientificidad del derecho procesal ha contribuido justamente a su reciente actividad, sin duda representativa, tanto desde el punto de vista legal o normativo, como desde el punto de vista académico. Al respecto, explica el citado autor que *"*...En Latinoamérica, la corriente científica del proceso se conoció y desarrolló por juristas exiliados de la talla de Rafael de Pina Milán y especialmente Niceto Alcalá - Zamora y Castillo (en México), Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi (en Argentina), Enrico Tulio Liebman (en Brasil) y James Goldschmith (en Uruguay). Entre las figuras latinoamericanas que coadyuvaron notablemente al desarrollo científico procesal se encuentran Eduardo Juan Couture (Uruguay), Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Eduardo B. Carlos, Jorge A. Clariá Olmedo (Argentina) y Alfredo Buzaid (Brasil), entre otros. Así, el fenómeno histórico social o, si se prefiere, el hecho histórico "de lo procesal" o "procedimental" existió desde la antigüedad. En cambio, el estudio científico de dicho fenómeno ocurrió a partir de su autonomía con las áreas sustantivas. Esto no significa que no deban estudiarse dichos antecedentes, sino más bien se quiere hacer énfasis en que el derecho procesal nace, como ciencia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y no con los procesos y procedimientos, o las magistraturas o jurisdicciones que los resolvían instituidas desde la antigüedad. Alcalá-Zamora y Castillo lo expone de manera gráfica diciendo "el proceso como *realidad* es muy anterior al proceso como *literatura*", y así realiza una clasificación de las cinco etapas de la evolución del pensamiento procesal, desde el periodo primitivo, etapa judicialista, escuela practicista, periodo del procedimentalismo, hasta la fase actual de evolución en la que nos encontramos denominada procesalismo científico, en la que la proliferación del estudio académico del fenómeno procesal, ha implicado un movimiento y un dinamismo sin precedentes, orientado justamente a lograr que lo académico se abra un espacio en la regulación normativa del procedimiento …". Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La ciencia del derecho procesal constitucional, en *Díkaion*, vol. 22, No. 17, diciembre de 2008, pág. 101. *Cfr.* Ovalle Favela, José. *Teoría general del proceso*. Oxford. México. 2004, págs. 67-78; Armienta Calderón, Gonzalo. *Teoría general del proceso* (principios, instituciones y categorías procesales). Porrúa. México. 2003, págs. 25-29; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Evolución de la doctrina procesal, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972),* t. II. Universidad Autónoma de México. México. 1992. Nums. 12-13.

dicho cometido y ello, como es natural, es el paso fundamental: abrir el espacio para discutir e implementar estas reformas, de tal suerte que no se perpetúen como meras reflexiones académicas, carentes de aplicación jurídica.

Ahora bien, este ánimo de innovación y reforma se refleja en múltiples aspectos del código. Sin embargo, para este análisis, nos interesa simplemente comentar las modificaciones que, como lo comentamos previamente, fueron objeto de investigación en publicaciones de hace unos meses, a saber: la prueba pericial y la prueba documental, no sin antes hacer una salvedad especial: si bien existe la firme convicción de que el Código General da una respuesta acertada a las necesidades de la oralidad, se registra el gran inconveniente que acarrearía la entrada en vigor que propone el proyecto y que supone una vigencia escalonada, a semejanza de la que se adoptó en el régimen procesal penal. Este sistema, en general, conducirá a un *paralelismo procesal* y un caos de regímenes cuyo resultado, realmente, no será otro que el de desordenar y alterar los procesos en curso, tal y como sucede en el sistema penal, experiencia que solo deja un desafortunado recuerdo. Por eso es por lo que, antes que nada, se debe considerar este singular aspecto.

2. COMENTARIOS FRENTE A LA REFORMA DE LA PRUEBA PERICIAL

En lo tocante con la prueba pericial, sea lo primero señalar que, como se decía, el proyecto de Código General del Proceso cumple con la necesidad de ajustar esta prueba a un sistema oral. El diseño contenido en el actual Código de Procedimiento Civil era de base preponderantemente escrita, incluso con las modificaciones introducidas por la Ley 1395 de 2010. Por eso, resulta a todas luces conveniente que el nuevo proyecto haya hecho una revisión sistemática de este medio de prueba y lo haya ajustado, en muchos de sus aspectos, a la oralidad procesal. De hecho, se observa que en esta materia se acogen muchas de las propuestas planteadas por la academia, siguiendo los modelos introducidos en el derecho comparado y, como es natural, en otras jurisdicciones que, como la penal, están ya inmersas en un sistema oral.

Dentro de las modificaciones propuestas, varias son las cosas que se deben resaltar, a saber:

a. En primer lugar, respecto de la amplitud de la prueba pericial, nos parece conveniente que el Código General del Proceso, respetando la teleología de este medio de prueba, continúe limitando su alcance a cuestiones técnicas, científicas o artísticas, en la medida en que es parte de su genuina naturaleza, el que verse solamente sobre las mismas[15].

15 Sobre este particular explica el profesor Azula Camacho que "… la prueba pericial se impone cuando se

En efecto, y como en su momento se acotó, la teleología que informa a la prueba pericial, es la de servir de soporte al juez para ilustrarlo frente a una cuestión que requiere de un especial conocimiento técnico o científico para su comprensión. En ese sentido, se desfiguraría dicha teleología –y la naturaleza de la prueba pericial– si se extralimita su alcance a otros escenarios que, en rigor, son ajenos a la necesidad técnica, científica o artística, que justifica el antedicho peritaje[16]. Ello, de cara a la oralidad procesal, tiene una especial connotación, en la medida en que en este escenario, la ley debe seguir enfatizando en que la prueba pericial tiene por objeto asesorar en temas científicos, técnicos o artísticos, con el propósito de instar al juez a que proceda con suma cautela al momento de permitir la intervención oral del perito en una audiencia en particular, toda vez que debe estar atento a evitar que, bajo el manto del peritaje, desvíe su concepto hacia asuntos que no sean técnicos, científicos o artísticos y que, por el contrario, pretendan, en forma por demás indebida, incidir en la convicción del funcionario judicial, por fuera de la teleología y naturaleza misma de la prueba pericial.

requiere un pronunciamiento sobre cuestiones técnicas, científicas o artísticas. Tecnología, en su acepción corriente, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial. Artístico es lo perteneciente o relativo a las artes, especialmente las bellas. Es todo acto mediante el cual, valiéndose de la materia o de lo visible, imita o expresa el hombre lo material o lo invisible y crea copiando o fantaseando. La ciencia es un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano. Científico es quien posee alguna ciencia. Esto implica que existe una gran amplitud respecto de las materias susceptibles de dictamen, pudiendo citarse los avalúos, la calidad de un producto, el funcionamiento de una máquina, la autenticidad de la obra de un pintor, el estado psíquico de una persona, etc. …". Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. Temis. Bogotá. 1998, págs. 243-244.

16 El maestro Devis Echandía explica justamente cuándo es pertinente la prueba pericial y, habida cuenta de ello, sugiere también que esta no se debe emplear por fuera de esa esfera de pertinencia; así, explica el citado autor que *"… el juez es un técnico en derecho, pero carece generalmente de conocimientos sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o larga experiencia. Esto pone de manifiesto la importancia de la peritación para resolver muchos litigios, e incluso, las peticiones de los interesados en ciertos procesos de jurisdicción voluntaria. En presencia de una cuestión científica, artística, técnica, el juez se ve en la necesidad de recurrir al auxilio de expertos, para verificar hechos o determinar sus condiciones especiales. Esos expertos actúan en calidad de peritos (…) por tanto, la prueba pericial es necesaria solamente por la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso (según sea contencioso o voluntario), que impide su adecuada comprensión por este, sin el auxilio de esos expertos, o que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y una mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte …"* Devis Echandía, Hernando. *Tratado de la prueba judicial, op. cit.,* págs. 282-283. En ello coinciden otros autores que ven como fundamento de la peritación –algunos con mayor amplitud que otros–, la necesidad de esclarecer cuestiones científicas, técnicas o artísticas; al respecto, *Vid.* Aydalot, Maurice y Robin, Jean. *L'expertise comptable judiciaire*. Presses Universitaires de France. París. 1961, págs. 1-15; Sicard, Jean. *La preuve en justice*. Librairie du Journal des Notaires. Comment Faire. París. 1960, pág. 335; Micheli, Gian Antonio. Corso di Diritto processuale civile, t. II. Milán. 1952, págs. 16-21. Mallard, Louis. *Traité formulaire de l'expertise judiciaire*. Librairies Techniques. París. 1955, Nums. 1-7.

En ello también acierta el proyecto de código, como quiera que el artículo 226 es claro en disponer que "La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos". Así el juez debe proceder *ex abundante cautela:* debe estar atento a lo dicho por el perito e intervenir cuando aquel empiece a tener injerencia en asuntos ajenos al peritaje y frente a los cuales este no resulte procedente. De lo contrario, el perito se transformará en un abogado más de las partes. En cualquier caso, la disposición pudo haber sido más enfática en este tema, pero es claro que una interpretación conservatoria y un juez proactivo, seguramente entenderán que el significado de la misma, no es solo teórico, sino profundamente práctico: es un mandato que debe observarse al momento de decretar la prueba y, evidentemente, al momento de recibir el dictamen.

b. Ahora, en lo que tiene que ver con el dictamen propiamente dicho, carece de sentido que, en el marco de un sistema oral, el momento estelar de la prueba pericial –como es justamente la rendición del dictamen– preserve la forma predominantemente escrita. Así se ha reconocido en otras jurisdicciones en las que la incorporación de la oralidad ha aparejado también una reforma a la prueba pericial, en el sentido de permitir que el dictamen se rinda verbalmente. De hecho, a esta conclusión había llegado ya la propia jurisdicción civil al permitir el dictamen oral en los procesos verbales y, con la Ley 1395 de 2010, en la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y en los procesos ejecutivos[17].

   El inconveniente, sin embargo, es que el Código General del Proceso pareciera apartarse de este importante avance. En efecto, una lectura sistemática de los artículos 227, 228, 230 y 231 del Proyecto revela que en la nueva iniciativa, a pesar de la consagración de la oralidad como principio rector, el dictamen pericial preserva su forma predominantemente escrita. Así, el corazón de este medio de prueba, de acuerdo con la regulación del Código General, será el informe escrito del perito, el que deberá aportarse en la forma y oportunidades previstas por los mencionados artículos 227 y 231.

   La intervención del perito en la audiencia, esto es, su intervención verbal, en contravía a lo sugerido por la oralidad, no es la regla general, sino una hipótesis excepcional: solo procederá cuando así lo solicite la parte contra la cual se

17 Se reitera que esta aseveración es objeto de debate en la actualidad, como quiera que hay quienes consideran que con la reforma introducida por la Ley 1395 de 2010, se modificó integralmente la prueba pericial y, en esa medida, quedaron cobijados todos los procesos que se pueden surtir en el marco del Código de Procedimiento Civil; nosotros, sin embargo, debido a la ubicación de los artículos reformados, estimamos que tal modificación solamente opera para la audiencia regulada por el referido artículo 432, a la par que en los procesos ejecutivos.

aduce el dictamen o cuando el juez lo considere necesario, de tal suerte que, por fuera de estas hipótesis, el dictamen será solamente escrito.

Pues bien, este es un punto en el que la propuesta del Código General del proceso merece un razonable distanciamiento. Como en ocasiones anteriores lo hemos puesto de presente, carece de sindéresis jurídica que en un sistema procesal que se proclama a sí mismo como sistema oral, el dictamen pericial preserve la forma escrita. Si bien es claro que no existen procesos totalmente verbales o escritos, lo cierto es que, en el marco de la oralidad, se debe hacer lo posible por *verbalizar* las actuaciones procesales –tomando prestada la expresión de un autor español– y, como es natural, el dictamen pericial es una de aquellas actuaciones que, sin ningún problema, se puede verbalizar. Ello no solamente fomentaría la implementación de una verdadera oralidad, sino que además favorecería la coherencia en las instituciones de orden procesal.

Además, potencializaría las ventajas propias de la oralidad, las que se pueden ver afectadas o disminuidas por la preservación del dictamen escrito. En efecto, la inmediación procesal, por ejemplo, pierde mucha fuerza cuando se impide que el perito intervenga directamente en la audiencia oral, toda vez que el contacto con la experticia misma es menor cuando esta se halla contenida en un escrito, a cuando se rinde personalmente en el marco de una audiencia. Sobre este particular, la experiencia española muestra que una de las grandes necesidades que se identificó en la transición a la oralidad, tuvo justamente que ver con la transformación del modo en que operaba la prueba pericial para facilitar el contacto inmediato del perito en la audiencia[18], toda vez que el informe escrito, sin perjuicio de sus bondades –de suyo evidentes–, genera limitantes estructurales frente al contacto directo con el perito y a la posibilidad de que este se valga de explicaciones elocuentes e ilustrativas, a la par que de medios audiovisuales en general, ajenos al documento escrito, el que, por su rigor, limita estas posibilidades.

Idéntica es la situación respecto del principio de contradicción procesal: una de las grandes ventajas que se suelen atribuir a la oralidad es la de agilizar y dinamizar dicha contradicción, en el sentido de permitir una verdadera discusión entre las partes, cuando el dictamen es rendido en la audiencia[19], ventaja esta última que resultaría claramente reducida si el dictamen preserva su forma escrita, evitando entonces que se aproveche la presencia del perito en el marco de una audiencia, para controvertir, allí mismo, su actuación.

18 Sobre este particular, *Vid.* Herrera Abián, Rosario. *La inmediación como garantía procesal* (en el proceso civil y en el proceso penal). Comares. España. 2006.

19 *Vid. Supra,* No. 17 y 18.

Finalmente, de cara a la economía procesal, pareciera también constituir un contrasentido, el que no se permitiera la contradicción, a la par que la formulación de recusaciones en el seno de la audiencia misma, toda vez que se obligaría a surtir una actuación escrita para resolver un asunto que, en principio, podría ser considerado y solucionado dentro de dicha audiencia.

Por todo ello, estimamos entonces que la opción adoptada por el Código General del Proceso pareciera no ser la más conveniente, ya que, se reitera, mantiene una actuación escrita en un punto que podría ser completamente verbal, en pro de la oralidad del proceso y de la economía, la concentración y la inmediación procesal.

Por eso es por lo que proponemos reconsiderar este punto, en el sentido de permitir la intervención personal de los peritos en el marco de una audiencia oral *para todos los procesos en general.* Esta intervención permitiría una suerte de amplitud o libertad en la forma en que se rinde el peritaje, en la medida en que se podrían hacer explicaciones más exhaustivas de los asuntos problemáticos, a la par que más ilustrativas en los aspectos estrictamente técnicos, sin perjuicio de la preservación de ciertos requisitos o formalidades estructurales de la prueba pericial, como son, *prima facie,* los requisitos de claridad, precisión y detalle del informe, a la par que el contenido del mismo, según lo previsto por el numeral 6º del artículo 237 del actual Código de Procedimiento Civil. Se trata, en síntesis, de permitir que el perito rinda su informe en forma verbal, manteniendo los requisitos y el contenido mínimo del dictamen pericial –el que ha sido diseñado justamente para que este medio probatorio resulte pertinente y eficaz–, pero conservando también cierta flexibilidad, inherente a la oralidad, en el sentido de explicar con mayor profundidad los asuntos que lo requieran, hacer énfasis en ciertos aspectos que a su juicio sean medulares y, en general, explicar más libremente el asunto sobre el cual se le solicitó el peritaje, sin el rigorismo propio del escrito.

Ahora bien, debemos también reconocer que, en cualquier caso, resultaría oportuno mantener dos rezagos del sistema escrito: en primer lugar, para la proposición y ordenación del dictamen pericial, siguiendo la experiencia internacional consagrada al respecto, es pertinente que el cuestionario o la lista de temas sobre la cual se indagará a los peritos, se presente por escrito. Ello con el propósito de evitar que por circunstancias como el olvido o la tergiversación, se desfigure el contenido inicial por el que se solicitó la prueba pericial: el que el cuestionario se presente por escrito precave esta circunstancia y permite tener un soporte sólido y definitivo que sirva de guía al juez, a las partes y, muy especialmente, al perito que rendirá el informe, el que podría perder la orientación de no contar con dicho cuestionario.

Asimismo, es conveniente que, en forma previa a la audiencia en que rendirá su informe, el perito presente una versión escrita del mismo, pero no para que dicha versión constituya la prueba misma –ya que el dictamen será verbal–, sino con el propósito de que sirva de orientador a las partes, con el propósito de que estas puedan preparar la audiencia y la contradicción de las conclusiones o los fundamentos del perito[20].

c. Otro de los aspectos que vale la pena comentar, tiene que ver con la contradicción del dictamen. Al respecto, por los argumentos anteriormente expuestos, particularmente en lo tocante con la agilidad de la contradicción, es también pertinente reiterar que dicha contradicción no debe revestir ninguna forma escrita, sino que, por el contrario, debe procurarse que sea una contradicción verbal. Este aspecto refrenda entonces la importancia de que el dictamen del perito se rinda en forma oral, lo que facilita, a su turno, el que la contradicción también pueda practicarse en forma verbal.

Lo anterior, frente a la propuesta incorporada en el Código General del Proceso, suscita dos comentarios:

- En primer lugar, reiteramos, por su importancia, que la contradicción debe ser verbal, por manera que la aportación de otro dictamen pericial, por escrito, para controvertir el aportado por una de las partes, parece no ser una alternativa adecuada de cara a las ventajas de la oralidad. Según se expuso en el numeral anterior. El trámite escrito desfavorece la inmediación, la celeridad y la economía procesal. Así las cosas, flaco favor le hace a la oralidad la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 228 del proyecto.

- Contraria es la situación de la norma contenida en el inciso primero del mismo artículo, la que, a diferencia del referido inciso segundo, alude a la contradicción verbal del dictamen pericial y que, por esa razón, resulta, a nuestro juicio, ecuánime y acertada. En efecto, es la contradicción verbal –ora a través del interrogatorio cruzado, ora a través del careo de peritos–, el mecanismo idóneo para restar valor y contundencia a la prueba pericial en el marco de un sistema oral. Esa contradicción verbal –que, reiteramos, debería ser la regla general, y no marginarse a un papel secundario o

20 Es importante acotar que, por tratarse de propuestas que han sido diseñadas como producto de la investigación desarrollada en el marco del Semillero, y que tienen su origen justamente en la configuración actual de régimen probatorio nacional –en la jurisdicción civil–, no son muchas las fuentes que se pueden citar como sustento de las ideas expuestas –lo que es muy propio de los exámenes propositivos–; por esa razón, es importante acotar que estas propuestas se fundamentan en la consabida investigación, de una parte, y en la experiencia que ha proporcionado el derecho comparado. También tienen su fundamento en un trabajo de campo –entrevistas hechas a diferentes operadores jurídicos– que se realizó con ocasión de la presente ponencia, y en el que se plantearon algunas de las alternativas que se exponen en el presente documento.

excepcional– favorece delanteramente la inmediación procesal, toda vez que le permite al juez un contacto primario y directo con los peritos, facilitando así la apreciación y valoración de los dictámenes.

- Además, la contradicción verbal favorece la celeridad, ya que, al permitir interrogatorios cruzados y careos, hace innecesarias alunas figuras como son las objeciones al dictamen por errores graves y las solicitudes de aclaración. En efecto, si el juez puede examinar en la audiencia la solvencia del perito y las partes tienen la oportunidad de poner en evidencia las incongruencias y los errores que este último pueda cometer, así como la oportunidad de formular todas las inquietudes que el dictamen suscite, no existe razón para preservar la aclaración y la objeción, ya que la intervención en la audiencia suple, con solvencia, la finalidad que se perseguía a través de tales figuras. Ello, como es natural, no solamente hace menos complejo el proceso, sino que, además, potencializa la celeridad, en la medida en que evita engorrosos trámites escritos que, como la aclaración y las objeciones por errores graves, dilataban el proceso y, en ocasiones, entorpecían la gestión judicial. De ahí que, con buen criterio, el Código General del Proceso supla tales oportunidades mediante la contradicción verbal en audiencia, la que, sin embargo, se reitera, no debería reducirse solamente a los casos en que las partes lo soliciten o el juez lo estime oportuno: en obsequio a la coherencia y a una auténtica oralidad, debería ser la regla general.

d. En cuarto lugar, se observa que el Código General del Proceso preserva el perito como auxiliar de la justicia pero, siguiendo la línea ya introducida por la Ley 1395 de 2010, incorpora un sistema un tanto híbrido: el perito de parte que, simultáneamente, es auxiliar de la justicia. Así, al tenor del artículo 227 del Proyecto, cada parte puede aportar dictámenes periciales en la respectiva oportunidad para pedir pruebas, los cuales, por lo demás, deberán ser emitidos "… por institución o profesional especializado y con él deberán acompañarse los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito; además el perito manifestará que en él no concurren causales de impedimento …". El juez, por su parte, podrá también decretar de oficio la práctica de un dictamen pericial, caso en el cual "… deberá acudir a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad …".

   Lo curioso es que, en ambos casos –esto es, cuando el perito es designado por una de las partes y cuando el perito es nombrado por el juez–, el proyecto de Código General del Proceso estima que dichos peritos son auxiliares de la justicia. En efecto, el artículo 48, referente a la designación de los *auxiliares de la justicia,* alude a los peritos nombrados por *las partes o por el juez,* con lo que pareciera entonces ser claro que, en uno y otro caso, sin importar si es

la parte quien designa al perito o si lo es el juez, este será considerado auxiliar de la justicia.

Esta concepción, que resulta especialmente interesante respecto del perito de parte visto también como auxiliar de la justicia, lleva a la consecuencia de que incluso el perito de parte está sujeto a los deberes de imparcialidad y neutralidad propios de los auxiliares de la justicia y, en esa medida, está también sujeto a los impedimentos y las recusaciones, como coherentemente lo dispone el Código General, que en los artículos 227 y 235 alude a los impedimentos de los peritos de parte, lo cual suscita, en general, dos comentarios, a saber:

- En primer lugar, se trata de una disposición sumamente original. La concepción tradicional del sistema de peritos de parte –adoptada en otros ordenamientos, como en el penal[21]– se basa en la idea de que el perito, al ser designado por una de las partes, no está sujeto a los deberes e imparcialidad y neutralidad, con el mismo rigor con el que lo están los auxiliares de la justicia. En esa medida, en la referida concepción tradicional, frente al perito de parte no se usa el esquema de la recusación –propio del perito como auxiliar de la justicia–, sino que se adoptan las normas que regulan la cuestión en la prueba testimonial –se le ve como un testigo experto– permitiendo entonces practicar un contrainterrogatorio para desvirtuar el informe pericial, a la par que presentar contraevidencias, también con dicho propósito[22].

21 La nueva naturaleza que se atribuye al perito –perito de parte– ha llevado a hablar del testimonio pericial, toda vez que se ve al perito como un testigo llevado al proceso por una de las partes y que rendirá su testimonio respecto de un aspecto técnico, profesional o científico (*Vid.* Defensoría del Pueblo. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. 2009. [En línea] http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/WEB/11%20-Pruebas.pdf). Así, al perito se le aplican las reglas propias de la prueba testimonial *"… tanto en la conformación de su objeto y eficacia probatoria, como en su contradicción …"* (Mestre, José Fernando. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *Op. cit.,* pág. 21). Sobre este particular, *Vid.* Espitia Garzón, Fabio. *Instituciones de derecho procesal penal sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006; Fierro Méndez, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Sistema acusatorio y juicio oral y público. Leyer. Bogotá. 2005.

En cualquier caso, es importante acotar que una de las críticas que se suele hacer al sistema adoptado por el Código de Procedimiento Penal, tiene que ver con la posibilidad real de encontrar peritos en ciertas materias, por parte de la defensa del acusado –en temas como, por ejemplo, balística, en la que los peritos suelen ser del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, órgano adscrito a la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, aparentemente imparcial frente a la defensa–, asunto este último que no reviste tanta complejidad en materia civil, ya que no existe un órgano o estructura análoga a la de la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, para conjurar este tipo de situaciones, bien valdría la pena pensar en la posibilidad de crear centros certificados de peritos o cuerpos colegiados que lo reúnan, para que se pueda acudir, con facilidad, a esta alternativa.

22 Ello está claramente regulado en el actual Código de Procedimiento Penal que, en sus artículos 405 y 418, se refiere a la aplicación de las normas propias de la prueba testimonial a la pericial y la posibilidad de contrainterrogar al perito, respectivamente.

- Puesto en otros términos, los impedimentos y las recusaciones son una consecuencia directa de los valores de imparcialidad y neutralidad propios del perito que actúa como auxiliar de la justicia. En ese sentido, al partir el sistema tradicional de la base de que el perito no actúa como auxiliar de la justicia, no extiende a él las figuras de los impedimentos y las recusaciones.

- A pesar de ello, el Código General del proceso se separa de esa concepción tradicional y, desarrolla un híbrido: un perito designado por la partes, pero que también es considerado como auxiliar de la justicia. Ese híbrido que, por ejemplo, está también consagrado en el ordenamiento procesal inglés –*Civil Procedure Rules regarding expert witnesses–,* conduce entonces a que el perito sea susceptible de impedimentos y recusaciones, así sea designado por las partes.

- En segundo lugar, se observa que, a pesar de preservar los impedimentos –como consecuencia del carácter de auxiliar de la justicia–, el proyecto de código, con criterio lógico, opta por asignarles a un trámite verbal, consignado en el artículo 235 del proyecto y que, en general, hace compatible la figura con la oralidad. Así, se abandona el trámite escrito que imperaba en esta materia y se incorpora la posibilidad de poner en manifiesto los impedimentos, a través de un interrogatorio al perito, que le permita apreciar al juez la concurrencia de circunstancias que afecten la credibilidad. Ello, como es natural, favorece, a todas luces, la inmediación y la celeridad procesal, por lo que, a nuestro juicio, es un cambio conveniente. Ya en ocasión anterior habíamos puesto de presente que, de preservarse la figura de los impedimentos, era necesario que transitaran hacia la oralidad.

- Estas son, en suma, las apreciaciones en lo tocante con la prueba pericial y su regulación en el proyecto de código. En general, y sin perjuicio de los ajustes sugeridos en precedencia, se trata de una iniciativa afortunada, coherente con las tendencias contemporáneas del derecho probatorio internacional, especialmente en el marco de la oralidad.

3. COMENTARIOS FRENTE A LA REFORMA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Ahora bien, en lo que se refiere a la prueba documental, sea lo primero destacar que la implementación de la oralidad, de forma casi inmediata, genera la pregunta por el futuro de este medo probatorio en particular, el cual, por su naturaleza material, pareciera chocar con el sistema oral[23]. De ahí que se suela preguntar por el *modus*

23 El profesor Raúl Tavolari Oliveros afirma que *"*...El debate se produce en relación a la prueba documental: ¿es preciso que, en obsequio a la oralidad del proceder, el documento i) se acompañe en la audiencia (y no

operandi que debe asumir la prueba por documentos en el marco de la oralidad, habida cuenta de su estructura e importancia actual.

Las propuestas, como es natural, son disímiles, en la medida en que existen ideas de todo tipo: algunas que estiman que no es necesario introducir ninguna modificación a la prueba documental, y otras que, a ultranza, defienden la idea de *verbalizar* el documento.

Esta discusión tuvo ya lugar en la jurisdicción penal, en la que, con ocasión de la implementación del sistema penal acusatorio, se tuvo que dilucidar cuál era la forma en que se debía regular la prueba documental. Así, entre otros aspectos más, se dispuso que en el momento del juicio oral, los documentos debían ser leídos y expuestos al juez y a las partes, para que ellos conocieran su contenido y forma (Código de Procedimiento Penal, art. 431)[24]. Asimismo, se dio la posibilidad de que los intervinientes en la audiencia interroguen y contrainterroguen al autor del documento para elucidar las dudas que pueden suscitarse a partir del contenido del mismo[25].

El Código General del proceso, por su parte, tuvo también que tomar partido en esta materia. Como ya lo hemos advertido, en la iniciativa del proceso civil, un verdadero proceso oral, el código tuvo que examinar aspectos neurálgicos de la prueba documental y, en esa medida, introducir los ajustes que, juicio de los redactores, resultaban oportunos en esta materia, algunos de los cuales comentamos, muy someramente, a continuación:

a. En primer lugar, constituye un acierto que, a pesar de la oralidad, la propuesta de Código General del Proceso no haya exigido la lectura del documento en la audiencia, para efectos de su aportación en el proceso. El hecho de preservar la aportación material del documento al expediente, sin necesidad de una lectura de los acápites pertinentes –como debe hacerse, por ejemplo, en la jurisdicción penal–, evita un purismo jurídico cuyo carácter sería meramente formal y, por lo demás, inconveniente respecto del propio sistema oral.

antes) y ii) se deba leer, completa o resumidamente, en ella? …". Tavolari Oliveros, Raúl. *La prueba entre la oralidad y la escritura. Op. cit.*

24 Sobre este particular, *Vid.* Fierro Méndez, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Sistema acusatorio y juicio oral y público. Leyer. Bogotá. 2005.

25 Artículo 431. Código de Procedimiento Penal: Empleo de los documentos en el juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido. Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y contrainterrogado como un perito.

En efecto, la exigencia de leer el documento aportado como prueba documental, cuando ello es posible, so pretexto de la implementación de la oralidad, conduce a dos grandes desventajas, a saber:

- En primer lugar, desnaturaliza, *in radice,* la prueba documental, la cual, a la luz del criterio doctrinal mayoritario, se caracteriza por su naturaleza material[26], de donde se colige entonces que es parte de la esencia misma del documento, como medio probatorio, el que se materialice en una cosa corporal contentiva del hecho documentado o de la declaración que se pretende acreditar[27]. Por eso es por lo que, en aras de tutelar o preservar dicha naturaleza, no se deben adoptar metodologías que, al menos parcialmente, relegan el elemento material, diluyendo además las diferencias entre la prueba documental y otros medios probatorios en particular, como es la prueba testimonial.

- De otra parte, adoptar un esquema como el de la lectura del documento en el seno del proceso oral, podría también resultar perjudicial frente a carísimas e importantes ventajas de la oralidad, como son la concentración y la inmediación procesal[28], en la medida en que, por vía de ejemplo, dada la extensión de muchos de los documentos que se aportan a un proceso civil, resultaría sumamente dispendioso acometer su lectura en el seno de una audiencia, por lo que sería necesario fraccionarla en diferentes oportunidades procesales –perjudicando la concentración–. O debería optarse por desarrollarla en el marco de una sola audiencia, aun cuando ello afectaría la atención de la autoridad judicial, sin contar con que un esquema como el descrito, podría vulnerar también la inmediación procesal, por cuanto el contacto con la prueba documental, en la hipótesis de la lectura, no sería tan directo e inmediato como con la observación directa del mismo.

---

26 En efecto, el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil define al documento como *"...*todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares …" (se subraya); Jaime Azula Camacho, por su parte, sostiene que *"... la prueba documental presenta las siguientes características (...) c) es real o material, porque el documento se encuentra en un objeto que contiene la declaración o representación ..."* (Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Probatorio*. *Op. cit.,* págs. 180-181). *Cfr.* De Santo, Víctor. *Diccionario de Derecho Procesal*. *Op. cit.,* pág. 109.

27 El profesor Jairo Parra Quijano explica, con elocuencia, la naturaleza material del documento; al respecto, afirma que *"... el documento es un objeto perceptible por cualquiera de los órganos de los sentidos, y además, sujeto a las leyes de la materia y que ocupa espacio. Si hacemos un símil entre un espejo y la imagen de una persona reflejada en él, piénsese en el espejo, en su color, olor, sabor, que con el tacto pueden percibirse rigurosidades, el ruido que puede producir, por ejemplo, al romperse, etc. ...".* Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio.* Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2009, pág. 507. *Cfr.* Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. *Op. cit.,* pág. 504; Denti, Vittorio. La verificazione delle prove documentali. Torino. Utet. 1957, págs. 41-45; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Clínica procesal*. Porrúa. México. 1963, pág. 381.

28 Sobre este particular, *Vid.* Mestre, José Fernando. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *Op. cit.,* pág. 21.

- Así las cosas, resulta a nuestro juicio conveniente que el proyecto de Código General haya hecho caso omiso de tales purismos y, con respecto a la naturaleza de la prueba documental, y a los principios de concentración inmediación y celeridad procesal, haya preservado el sistema de aportación material del documento. Reiteramos que, en principio, no tiene sentido exigir las lecturas de los documentos, so pretexto de hacerlos verbales, toda vez que la naturaleza misma de la prueba documental parte justamente de su materialidad, ora en un proceso escrito, ora en un proceso verbal.

b. Otro punto digno de resaltar es el que tiene que ver con las presunciones de autenticidad de los documentos. Extender la presunción de autenticidad, tal y como lo hace el artículo 244 del proyecto, continúa la línea que la academia, de antaño, venía sugiriendo en esta materia. Asimismo, dicha presunción de autenticidad evita los inconvenientes que se han presentado en otras jurisdicciones[29], a la par que engorrosos y burocráticos trámites que, en muchas ocasiones, dificultaban el proceso mismo[30].

c. En tercer lugar, se observa que la propuesta también acierta al permitir que las tachas por falsedad y el desconocimiento documental se hagan verbalmente en las audiencias. Así, si bien el Código General del Proceso mantiene la posibilidad de surtir estos dos trámites en forma escrita (arts. 269 y 272 de la propuesta), abre también el espacio para que su trámite sea verbal, con lo que se logra un fuerte espaldarazo a la oralidad procesal y, con ello, a la inmediación y a la concentración.

   Ya en otra ocasión, anterior al proyecto, decíamos que en la audiencia de juicio se podía "… formular, en forma verbal, la tacha por falsedad, explicando, también verbalmente, los elementos constitutivos de la falsedad y solicitando las pruebas que estime oportunas para el efecto; en esa misma audiencia o en una posterior, la contraparte podría también solicitar las pruebas que, a su

29 No sobra rememorar que *"…La experiencia en procesal penal en materia de regulación de documentos no ha sido del todo positiva, pero especialmente por el excesivo valor que se da a los originales en perjuicio del valor probatorio de las copias (arts. 429, 433 y 434) y por los rigurosos mecanismos de autenticación que han exigido ciertos jueces, basados en sus cursos de formación, más que en la literalidad de las normas que regulan la materia. Parece pertinente conservar algo de lo actual en materia procesal civil y dar amplios poderes al juez en la fijación del litigio basada en los documentos aportados, sin perjuicio de regular su incorporación oral en audiencia, evitando en todo caso pesadas lecturas que afecten la agilidad de la diligencia …".* Mestre, José Fernando. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *Op. cit.,* pág. 21.

30 Es importante anotar que con la propuesta del Código General del Proceso, el alcance de la presunción de autenticidad es mayor que el que se dio, en su momento, con la Ley 1395 de 2010, con lo que se soslaya a crítica de parte de la doctrina en el sentido de que no existía una presunción absoluta, por mantenerse al margen algunos documentos, como los emanados de terceros, de naturaleza dispositiva. Al respecto, *Vid.* Canosa Suárez, Ulises. Descongestión judicial. Ley 1395 de 2010. Aspectos probatorios del proceso civil. *Op. cit.,* pág. 292.

juicio, resultan conducentes para acreditar la autenticidad del documento, y, con base en lo dictaminado por las pruebas que decrete el juez, este podría tomar una decisión respecto de la consabida falsedad. Sobre este particular, cumple destacar que, en principio, no se encuentra una razón que justifique la preservación de un trámite escrito cuando el mismo se puede surtir verbalmente sin que ello subvierta, en grado alguno, la teleología o naturaleza misma de la tacha por falsedad, en la medida en que se mantendrá la posibilidad de formularla, de una parte, a la par que de presentar las pruebas que la acrediten y aquellas que, por el contrario, demuestran que no hubo alteración alguna del contenido del documento …".

Lo propio se proponía respecto del desconocimiento documental, "… hipótesis en la cual tampoco se encuentra una razón que justifique la subsistencia de trámites escritos cuando, en puridad, se trata de una actuación que podría formularse verbalmente en la audiencia, acompañando también el acervo probatorio que, de parte y parte, contribuye a sustentar la posición defendida; muy por el contrario, la posibilidad de suscitar una controversia verbal en sede judicial sobre asuntos como la falsedad o la autenticidad del documento –en el caso del desconocimiento–, resulta de suyo provechosa, toda vez que a partir de dicha controversia y del contacto directo con la misma, el juez contará con un acervo mayor de elementos de juicio para valorar si, en realidad, el documento que se aporta al proceso proviene o no de aquel a quien se le atribuye como propio. Ello, como es natural, potencializa la inmediación procesal y favorece, a su vez, el principio de concentración, toda vez que, en la medida de lo posible, se podría surtir la actuación en el marco de una sola audiencia procesal en la que, de cara a las pruebas aportadas, se pueda elucidar el tema de la autenticidad …".

Por eso se observa que, con sentido lógico, el Proyecto hace verbal el trámite de la tacha por falsedad y del desconocimiento documental, al permitir que ambos se discutan en el marco de una audiencia. Así, a pesar de preservar un rezago escrito –la posibilidad de formular ambas figuras en la contestación de la demanda–, lo cierto es que la redacción de la propuesta muestra que el trámite será predominantemente verbal, con lo que, a nuestro juicio, se logra una reforma afortunada y coherente con los dictados de la oralidad.

d. Finalmente, y solo como propuesta complementaria, siguiendo un poco la experiencia del derecho penal, la audiencia oral permitiría una ventaja adicional que, a nuestro juicio, debería ser también considerada en la reforma al sistema: la posibilidad de solicitar, en el marco de una audiencia judicial –probablemente y la de instrucción y juzgamiento, la aclaración de aspectos que sean dudosos

y que tengan que ver directamente con el contenido de la prueba documental[31]. Se trataría de una oportunidad para indagar por el contenido de ciertas frases que, por su redacción o caligrafía, no son fácilmente comprensibles, así como para explicar el significado de ciertos términos, la motivación que precedió la redacción de acápites específicos, las razones que justifican determinada estructura, aclaración o anotación y, en general, los asuntos que el autor o los autores pueden aclarar respecto del documento que aportan como prueba al trámite procesal.

Esta es una posibilidad que brinda la oralidad y que podría ser de gran utilidad de cara a la comprensión del contenido de los documentos que sirven de prueba en el proceso judicial, siempre y cuando, claro está, se utilice en el marco de la razonabilidad, toda vez que la posibilidad de solicitar la aclaración respecto de un elemento del documento debe circunscribirse a los límites propios de la *aclaración* del mismo, sin que dicha aclaración se transforme entonces en un interrogatorio de parte o una prueba testimonial.

4. UN COMENTARIO ADICIONAL

Finalmente, no podríamos concluir el presente escrito sin comentar, al margen, lo conveniente y afortunada que nos parece la disposición contenida en el artículo 167 el Proyecto de Código que, en materia carga de la prueba, consagra la dinamización de las cargas probáticas. Al respecto, como bien es sabido, los sistemas procesales tradicionales asignan a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen[32]. En todo caso, existen situaciones en las que, por las características especiales de ciertos hechos o por la forma en que se dieron las circunstancias, a una de las partes le resulta sumamente fácil acreditar o desvirtuar un hecho, mientras que a la otra le resulta difícil o complejo. Pues bien, en esas situaciones en las que alguien ostenta una posición de facilidad probatoria que contrasta con la situación de dificultad en la que se encuentra la otra parte,

31 Se trataría de hacer del autor del documento, un testigo en el trámite procesal, de tal suerte que se le pueda solicitar la aclaración de todo lo relacionado con el documento que se aporta como prueba en el proceso; nótese que las clarificaciones y demás respuestas brindadas por el autor, operarían como una genuina prueba testimonial y, en consecuencia, no serían parte, como tal, de la prueba documental; simplemente consiste en una posibilidad que surge gracias a la oralidad, pero que jamás debe confundirse con la prueba documental misma, en la medida en que, en este caso en particular, el autor del documento procede a aclarar lo relacionado con el mismo, en forma verbal, de tal suerte que no existirá un elemento material que, en sí mismo, permita clasificar a esta aclaración como parte de la prueba documental; no: se trata de una actuación que se surtiría con fundamento en el documento, pero que no sería parte de la prueba documental misma, ya que considerarlo así, sería, de plano, forzar dentro de la prueba documental, un trámite ajeno a sus principales rasgos.

32 Cfr. para Argentina, arts. 377 y 549 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación; para Brasil, art. 333 del Código del Proceso Civil; para Venezuela, art. 506 del Código de Procedimiento Civil; para Perú, art. 196 del Código Procesal; para Colombia, art. 177 del Código de Procedimiento Civil.

el Código General del Proceso le permite a la autoridad competente trasladar la carga de la prueba a quien detenta la situación de facilidad. En este punto se sigue la tendencia española que encuentra en la flexibilización de la carga de la prueba una herramienta importante para facilitar el proceso a las partes[33]. Así, se evitarán las artificiosas maniobras que, en algunas ocasiones, realizan las partes para lograr una prueba cuya consecución es difícil: a quien le resulte más fácil probar, será a quien se le asigne la carga específica.

Por lo demás, la disposición en comentario goza de gran técnica legislativa, en la medida en que consagra la regla general (*onus probandi incumbit actorii*) y, posteriormente, se refiere a la excepción a tales reglas, que son las hipótesis de dinamización y flexibilización probáticas, siguiendo, por lo demás, la jurisprudencia actualmente acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (vid. Sentencia del 22 de julio de 2010).

CONCLUSIONES

Estos son, en síntesis, los comentarios que, a nuestro juicio, vale la pena tener en cuenta en relación con los temas inicialmente planteados. Resta simplemente reiterar que, en general, la propuesta de Código del Proceso es idónea y ecuánime,

33 La doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba pretende que quien deba probar sea aquel a quien le resulte más fácil probar. España ha sido el ordenamiento jurídico que más desarrollo le ha dado a esta teoría, sin perjuicio de que Francia también la ha acogido. Así, el Tribunal Supremo español explica que "La carga de la prueba –onus probandi– tiende a manifestar que no se trata de aplicación de unos axiomas inflexibles e inmutables, sino que tiene absoluta correlación con la naturaleza del debate, la disponibilidad, realidad y eficacia de la prueba. Dicho en otras palabras, que el principio general de la prueba afecta a la manera de determinar la regla de juicio para el caso concreto" (Sentencia del 28 de noviembre de 1996). Jorge Mosset Iturraspe se refiere a "la necesidad de transformar una 'carga estática' en otra de índole dinámica: relativizar antiguos dogmas probatorios: repartir el quehacer de la búsqueda de la verdad sustancial (…) Lo básico, a nuestro pensar, fue 'civilizar' el proceso, quitarle aquello que lo hacía 'salvaje', despiadado, deshumanizado. El actor prueba o perece. Al demandado le basta con negar y callar" (Responsabilidad médica en pro de la justicia, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 679). Jorge Peyrano y Julio Chiappini explican la evolución de la teoría en los siguientes términos: "adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios 'fijaron' (y aquí este verbo debe ser entendido de modo literal) las reglas de esta carga de la prueba de una manera demasiado rígida y sin miramientos –además– para las circunstancias del caso, circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución (…) Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas. Pero, ya más modernamente, la praxis –una vez más– alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas. En otras palabras, se empezó a reparar en que ni eran bastantes ni contaban con la flexibilidad que sería de desear. Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba, en especial, con el propósito de darle cabida a las llamadas 'cargas probatorias dinámicas', en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras –e insistimos en el punto– a servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrados judiciales, servicio, y bien sabemos que es la meta del proceso civil contemporáneo". Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini. Lineamientos generales de las cargas probatorias 'dinámicas', en *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, págs. 19 y 20.

en la medida en que, de entrada, parte del reconocimiento de dos elementos fundamentales: las virtudes del Código de Procedimiento Vigente y la consecuente necesidad solamente de ajustar aquellos puntos estructurales que, de una u otra manera, podían ser problemáticos, especialmente de cara a la realidad. El Código General, reconoce entonces que para implementar la oralidad, no basta con que así se consagre en los principios generales de la normativa procesal, sino que, a la par de ello, se requiere replantear algunas de las instituciones que actualmente informan al proceso, especialmente en lo que se refiere a las pruebas, sin que por ello deba descartarse, *per se,* toda la regulación del Código actual. Desde el punto de vista de la mentalidad este es, sin duda, un gran avance que, acompañado del debate y la disertación académica, seguramente harán de la propuesta, una iniciativa completa y de gran acogida. Es, finalmente, un foro en el que académicos y litigantes tienen la responsabilidad de tomar una decisión: la decisión que mejor convenga al derecho, el proceso, la justicia y los justiciables. Esperemos que no se desaproveche dicha responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá Zamora y Castillo, N. (1963). *Clínica procesal*. Porrúa. México.

Alcalá Zamora y Castillo, N. (1992). Evolución de la doctrina procesal, en: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972),* t. II. Universidad Autónoma de México. México. Nums.12-13.

Alsina, H. (2001). *Fundamentos de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica Universitaria. México.

Alvarado Velloso, A. (1995). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe.

Armienta Calderón, G. (2003). *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales).* Porrúa. México.

Aydalot, M. & Robin, J. (1961). *L'expertise comptable judiciaire*. Presses Universitaires de France. París.

Azula Camacho, J. (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Temis. Bogotá.

Bonet, J. El proceso civil español como modelo procesal de oralidad, en *Revista de Derecho Procesal* de la Universidad de Chile. No. 21.

Canosa Suárez, U. *Descongestión judicial*. Ley 1395 de 2010. Aspectos probatorios del proceso civil. *Op. cit.,* 292.

Chiovenda, G. (1924). L' oralità e la prova, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. I.

Chiovenda, J. *Principios de derecho procesal civil*. Reus. Madrid.

De La Rúa, F. (1991). *Teoría General del Proceso*. Editorial Depalma. Buenos Aires.

Denti, V. (1957). *La verificazione delle prove documentali*. Torino. Utet.

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de derecho procesal* - Teoría General del Proceso, t. I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín.

Devis Echandía, H. (2002). *Tratado de la prueba judicial.* Temis. Bogotá.

Espitia Garzón, F. (2006). *Instituciones de derecho procesal penal sistema acusatorio.* Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Esquirol, J. (2008). The failed law of Latin America, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 56.

Ferrer Mac-Gregor, E. (dic. 2008). La ciencia del derecho procesal constitucional, en *Díkaion*, vol. 22, No. 17.

Fierro Méndez, H. (2005). *Manual de Derecho Procesal Penal.* Sistema acusatorio y juicio oral y público. Leyer. Bogotá.

Gimeno Sendra, J.V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas. Madrid.

Herrera Abián, R. (2006). *La inmediación como garantía procesal* (en el proceso civil y en el proceso penal). Comares. España.

Mallard, L. (1955). *Traité formulaire de l'expertise judiciaire*. Librairies Techniques. París Nums. 1-7.

Martín, F. Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana. Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal '*Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente'*. España. Noviembre 6, 7 y 8 de 2008. [En línea] http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/pi2mar.pdf.

Maturana, C. (2002). Un moderno sistema probatorio para el proceso civil, en *Revista del Colegio de Abogados* de Chile. No. 24.

Meneses, Cl. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil, en: Revista *Ius et Praxis,* vol. 14. No. 2.

Mestre, J.F. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada.

Micheli, G.A. (1952). *Corso di Diritto processuale civile*, t. II. Milán.

Montero, J. Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil, en Cipriani, Francesco. *Stato di diritto e garanzie processuali*. Edizione Scientifiche italiane, *Quaderni de Il giusto processo civile*. Napoli. 2.

Mosset Iturraspe, J. Responsabilidad médica en pro de la justicia, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Ovalle Favela, J. (2004). *Teoría general del proceso*. Oxford. México. 67-78.

Palomo Vélez, D. Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC Chileno, en: Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No. 3. [En línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300007&script=sci_arttext.

Parra Quijano, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

Peyrano, J. & Chiappini, J. (2004). Lineamientos generales de las cargas probatorias 'dinámicas', en *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 19 y 20.

Rocco, U. (1976). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General, vol. II. Temis y Depalma. Buenos Aires.

Rojas Gómez, M.E. (2002). *La teoría del proceso*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Sentis Melendo, S. (1979). *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Ejea. Buenos Aires.

Sicard, J. (1960). *La preuve en justice*. Librairie du Journal des Notaires. Comment Faire. París.