

# LA ORALIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN QUE TIENE EL JUEZ EN PROCESO

DIANA MARÍA RAMÍRES CARVAJAL<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado en Cartagena de Indias por el grupo de investigaciones en derecho procesal de la Universidad de Medellín. Septiembre 17, 18 y 19 de 2009.

<sup>2</sup> Abogada y Magister en derecho procesal de la universidad de Medellín, Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Jefe del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo y de la Maestría en Derecho procesal de la Universidad de Medellín, Líder del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad e Medellín. Docente y conferenciante en varias Universidades nacionales e Internacionales. E-mail. [dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

## Introducción

En la actualidad los procesos colombianos están sufriendo reformas, para modificar el sistema escrito por un sistema preferentemente oral. La primera reforma que se surtió en este sentido fue la del proceso penal, que actualmente se está trabajando como un procedimiento con tendencia acusatoria, el cual ha seguido muy de cerca el modelo norteamericano. Pero, ¿Qué significa adoptar un sistema oral?, ¿es realmente la adecuación del proceso del *common law* lo que debemos promover? Cuando un sistema jurídico como el colombiano, se establece la posibilidad de integrar la oralidad en los sistemas de procesamiento, son muchas y muy variadas las ideas que surgen en la comunidad académica, por ello es importante la discusión, indudablemente ella permitirá depurar las normas que se están aprobando.

### 1. Ideologías sobre la oralidad en el proceso

De un lado se considera que la oralidad significa establecer mayor actuación personal y verbal en las etapas de los procesos judiciales; también se explora sobre un proceso por audiencias, e inclusive se discute sobre la mayor relevancia del principio dispositivo para generar una mayor actividad e intervención de las partes en la dinámica del proceso.

A finales del siglo XIX la oralidad se entendió como la adopción de un número mayor de etapas en forma verbal dentro del proceso, «...estéril concepto»<sup>3</sup>, ya que por oralidad solo se entiende que la forma oral estará presente en ciertos actos del proceso.

Era una posición bastante tímida, porque hasta ese momento la escritura se había entendido en el proceso, como el triunfo y la solución a la posible parcialidad del juez<sup>4</sup> que en algunos casos pudiera llegar a favorecer a alguna de las partes. Lo realmente importante de esta postura, es que establecer la oralidad como una forma de actuación procesal, lleva a la doctrina a salir de un dogma *la escritura* para caer en otro dogma formal, *la oralidad*.

---

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización del saber de las partes en el proceso civil*, traducción Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002, op. Cit., p. 25.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio...*, op. Cit., p. 23: «El triunfo definitivo del principio de la escritura con la oralidad. Justamente se explica (...) como un remedio justo para tutelar al inocens litigator contra la 'iniquidad' de los jueces y su parcialidad».

Otra perspectiva desde la cual se discute la oralidad, corresponde a la idea de formular un proceso por audiencias. Ello implica un cambio en las etapas procesales, que ya no se proponen como en el sistema escrito para aducir actos procesales, sino para establecer audiencias de diversos tipos: interrogatorios, alegaciones y sentencia, entre otras. Se estima que un sistema por audiencias tiene el beneficio de imprimir celeridad en el proceso por cuanto el número y la posibilidad de suspender las audiencias esta ordenado por la ley en forma restringida.

Esta fórmula del proceso por audiencias *permea* la idea, equivocada por cierto, de que en las audiencias no se deben producir memorias para el proceso<sup>5</sup>, restricción que se aplica a la actividad de todos los sujetos procesales, este es tanto para las partes como para el juez. Se llega a la concepción de que la oralidad riñe con la posibilidad de hacer escritos y memorias, y peor aun con la posibilidad de que se pueda otorgar tiempo al juez para el análisis y el discernimiento intelectual.

Sin embargo, esta concepción irracional de la celeridad conlleva una imperceptible contradicción con la aplicación del derecho en la sociedad contemporánea, ya que significa desconocer que en la actualidad el ordenamiento jurídico se mueve como un sistema complejo por que «en él interactúan, entre otros, la Constitución –con un alto componente de normas principio y normas valor-, el bloque constitucionalidad, los tratados internacionales, la ley en sus diversas jerarquías, la jurisprudencia –especialmente aquella que contiene *ratio decidendi*-, y en el último eslabón, no por ellos menos importante, el acto administrativo y el contrato»<sup>6</sup>.

Y tan complejo como es aplicar el ordenamiento jurídico, es realizar una adecuada confirmación del hecho a través de la epistemología de la prueba, por ella acertadamente expresa CAPPELLETTI que: «negar la utilidad de las memorias escritas, significaría cerrar los ojos ante la complejidad y dificultad de los problemas que surgen en los ordenamientos modernos»<sup>7</sup>.

Por último, las discusiones de la doctrina sobre la implementación de la oralidad, algunas veces fortalece la tendencia a implementar de nuevo la concepción agresiva del principio dispositivo<sup>8</sup> en el proceso, la cual se impuso en el Estado Liberal del Derecho. Entre las características que se le reconocen, y que son mas efectivas a través del sistema oral están: «el objeto del proceso lo determinan las partes (*quod non est in actis non est in mundo*), el impulso del proceso corresponde en forma prioritaria a las partes, el derecho controvertido es de exclusivo resorte de las partes, por tanto éstas tienen plena

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio, op. Cit.*, p. 37, citando a CHIOVENDA «el juez del proceso oral podrá meditar cuanto quiera».

<sup>6</sup> RAMÍREZ, Diana, *La prueba de oficio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 36.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio, op. Cit.*, p. 38.

disposición para negociarlo, desistirlo, allanarse a las peticiones o esperar a que el juez lo asigne conforme a las reglas de ley (res in iudium deductae), la prueba es exclusiva de las partes, quienes se encargan de la aportación, contradicción y discusión de ellas»<sup>8</sup>.

Aceptar la congruencia entre la oralidad y el sistema dispositivo puro, lleva al proceso a tomar un camino de retorno al pasado, por que la radicalidad del principio dispositivo se produjo en la edad moderna y se rompió tras la caída del Estado Liberal de Derecho y la adopción del estado Social de Derecho, después de la segunda guerra mundial, de hecho, las discusiones sobre la oralidad en la posmodernidad, surgen al interior de los sistemas jurídicos europeos durante el siglo XIX<sup>9</sup>, a propósito de la desconfianza generalizada que dejó el Estado liberal de derecho.

En la actualidad pueden encontrarse algunos sistemas jurídicos que fomentan la aplicación del principio dispositivo puro, un ejemplo de ello se encuentra en el proceso que se adopta en los Estados Unidos<sup>10</sup>. Sin embargo, antes de adoptar este tipo de modelos, se deben analizar las contradicciones que se pueden generar en la relación con el proceso judicial colombiano. Esta disparidad sobrepasa las intenciones de este trabajo, sin embargo, teniendo en cuenta su importancia, se presentan por lo menos tres diferencias:

### **En cuanto a la labor de los abogados**

---

<sup>8</sup> Se trata del enfrentamiento contemporáneo entre las corrientes que se autodenominan publicistas o revisionistas o eficientistas con aquellas tendencias privatistas, algunas de las cuales se denominan garantistas. Un buen resumen de esta paradoja se encuentra en MADARIAGA, Luis, «El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs publicismo): problemas y perspectivas de desarrollo», en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*, Antares, Lima, 2007, pp. 238-245.

<sup>9</sup> RAMÍREZ, *La prueba de oficio*, op., p. 260.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización del saber de las partes en el proceso civil*, traducción Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002, op. Cit., p. 14. «La idea de la oralidad, victoriosa, dentro de los límites en los cuales representaba (y representa) una exigencia válida del espíritu moderno».

<sup>11</sup> Para profundizar este tema, consultar a TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, traducción Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2008.

En un proceso como el colombiano, que se desprende de la familia del *civil law*, el juez es el responsable del impulso y la buena marcha del proceso y la labor de los abogados ciertamente responde a los intereses de las partes que los han contratado, pero su dinámica esta limitada por normas constitucionales y legales. Las normas constitucionales impiden un abuso de la labor de los abogados, a partir del respeto por los derechos fundamentales<sup>12</sup> de los sujetos, de otro lado las normas procesales que desarrollan el principio de la moralidad procesal prohíben las malas practicas de obstrucción y también las dilatorias<sup>13</sup>.

A diferencia de estas prospectiva, el proceso adversarial norteamericano, depende en la mayor parte de su funcionamiento de la actividad de los abogados, actividad que en un sistema dispositivo puro no se entienden como colaborativas con la función judicial y con los fines del proceso, como si puede interpretarse en el proceso colombiano. Según lo expone TARUFFO<sup>14</sup> en el sistema adversarial norteamericano:

...desde el punto de vista de la ética profesional, el papel del abogado no entraña la función de la búsqueda de la verdad en juicio. Surge por el contrario la convicción generalizada de que esta no sea para nada una finalidad idónea para orientar de algún modo el comportamiento profesional del defensor (...) el aspecto mas avanzado que se obtiene en referencia con lo que aquí interesa en la elaboración de las reglas de deontología profesional, consiste en la formulación de algunos deberes negativos a nivel mínimo, según los cuales el abogado no debe conscientemente afirmar lo falso o servirse de pruebas que sepa que son claramente falsas, mientras que no tiene ningún deber 'positivo' con respecto a la comprobación de la verdad en juicio.

Si bien puede entenderse que la función del abogado en el proceso colombiano es presentar el caso desde la perspectiva que interesa a la parte que lo ha contratado, también es claro que esta labor la debe hacer cumpliendo unas pautas constitucionales y legales. Estas limitantes son las que dan un tinte de 'función social', a la profesión del

---

<sup>12</sup> Ninguna prueba podrá aducirse en el proceso cuando se ha adquirido con violación del debido proceso o de otros derechos fundamentales. Constitución Política de Colombia, artículo 29.

<sup>13</sup> Se puede reseñar al efecto, los artículos 71, 72, 73 y 74 del Código de procedimiento civil colombiano, que entre otras obligaciones para las partes y para los abogados imponen: actuar con lealtad y buena fe en todos sus actos, obrar sin temeridad, prestar al juez su colaboración practica de pruebas y diligencias. La renuncia o las faltas a estos preceptos pueden constituirse para las partes y especialmente para sus apoderados, en: indicio en contra, responsabilidad por perjuicios a favor de la contraparte, multas, procesos disciplinarios y en algunos casos hasta procesos penales.

<sup>14</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., pp. 31 y ss.

abogado, pues al proceso le interesa la verdad, la interesa la prueba legal y constitucionalmente producida y le interesa una decisión racional fundada en parámetros de justicia.

En el proceso adversarial la actividad de los abogados también esta sustentada en el interés particular de la parte que representa, por ello se sostiene que «la verdad no es un fin esencial del proceso, y es por el contrario una exigencia secundaria y renunciabile con miras a la cabal realización del proceso adversary, pensando como el mejor instrumento para una satisfactoria solución de la litis»<sup>15</sup>.

De esta manera en el proceso adversarial, «los poderes procesales relativos la comprobación de los hechos están fuertemente desnivelados y corresponden en máxima medida a las partes, y en mínima medida al juez. El papel 'partisan' del abogado es entonces la clave de un sistema que no se inspira en el valor guía de la verdad»<sup>16</sup>. En el sistema del *common law*, las partes en el preliminar recogen y conservan el material probatorio, y abogados privados son candidatos naturales para la custodia de la actividad procesal: «por ello pueden ser nombrados ad-hoc para ejercer múltiples funciones de las que se realizan los funcionarios públicos (...), por ejemplo, preparación de autos o de sentencias para revisión del juez»<sup>17</sup> y así las partes posteriormente presentan la prueba en sentido estricto ante el juez, en un sistema que se sostiene es fundamentalmente oral.

### **El juez como decisor del caso**

El juez del *civil law*, específicamente el juez colombiano, es responsable de la función jurisdiccional que depende del estado, la cual se estructura por lo menos desde tres principios: la publicidad, la independencia y la imparcialidad.

Para establecer unas correlaciones adecuadas entre esta función del Estado y la finalidad de resolver el conflicto de las partes, el juez cuenta con dos tipos de poderes de dirección formal de proceso<sup>18</sup> y los poderes de instrucción<sup>19</sup>, que corresponden especialmente a la etapa de discusión y contradicción de los hechos y las pruebas.

Por ello es plausible sostener que el juez colombiano, no es un juez pasivo, por el contrario tiene amplios poderes en el proceso y en la discusión de los hechos, pero

---

<sup>15</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., pp. 34.

<sup>16</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 36.

<sup>17</sup> DAMASKA, Mirjan, *I volti della giustizia e del potere*, prologo de Michele TARUFFO, II Mulino, Bologna, 2005, p. 122.

también unas sujeciones claras a la constitución y a la ley, lo cual lleva a asumir responsabilidades frente a sus actuaciones.

A diferencia de lo expuesto, el juez del proceso adversarial norteamericano actualmente se visualiza como un sujeto procesal inmerso en algunas contradicciones:

-La cultura norteamericana, especialmente a partir de los referentes creados con el Juez Holmes<sup>18</sup>, y por su supuesto del realismo jurídico, da cuenta un procedimiento que se concentra en el juez de instancia, quien aplica la jurisprudencia con una amplitud excepcional respecto de la ley; se da así paso a la aplicación de la justicia sustancial «entendida como la justicia del caso por caso»<sup>19</sup>. En este sentido se entiende que la decisión es un acto de absoluta discrecionalidad y libertad, por ello según DAMASKA los jueces, en este sistema, «pueden asimilarse a monarcas constitucionales o a tiranos iluminados»<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Código de procedimiento civil colombiano, artículo 37: «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...».

<sup>19</sup> Código de procedimiento civil colombiano, artículo 38: «El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1) Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza. 2) Rechazar cualquier solicitud que sea que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta, 3) los demás que se consagran en este código».

<sup>20</sup> ARJONA Cesar, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel Madrid, 2006.

<sup>21</sup> La cual se adopta en la escuela del realismo jurídico que considera entre otros aspectos, «los siguientes: la separación, a efectos de análisis entre derecho y moral (entre el ser y el deber ser del derecho); la consideración primordial del derecho como un instrumento para la consecución de fines sociales; la necesidad de trasladar el foco de atención a los efectos reales que produce el derecho sobre la sociedad; o la desconfianza en la capacidad de las reglas para determinar por si solas los resultados de los procesos jurídicos»: ARJONA, César, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>22</sup> DAMASKA, *op. Cit.*, p. 125.

Este fenómeno se denomina *judicial myth* o juez mítico que corresponde a «la imagen del juez como *problema solver* y como *policy maker*, corriente en la literatura norteamericana no es fácilmente concebible en coherencia con tal dogma porque postula un juez dotado de poderes ‘activos’ y ‘creativos’ en el momento de la decisión»<sup>23</sup>. Se entiende así que el *judicial myth* «es una especie de estrella polar en la constelación de los valores en los que se inspiran la cultura jurídica y el consenso social, ya sea Inglaterra, ya sea especialmente en Estados Unidos»<sup>24</sup>.

- De otro lado del proceso adversarial para guardar coherencia con los poderes de las partes y de los abogados en el proceso, exige que el juez tenga un papel de árbitro pasivo, nada coherente con el juez mítico que debería garantizar la legalidad y los derechos de la ciudadanía. Esta exigencia del sistema adversarial ha sido defendida desde varios puntos de vista, entre ellos:

La división de actividades entre juez y el jurado. «La argumentación mas tradicional que sostiene el principio de la pasividad del juez se apoya en la presencia del jurado y la necesidad de garantizar su imparcialidad y autonomía del juicio, de la manera mas rigurosa: esto requiere que para evitar que el jurado sea condicionado o desviado por el comportamiento del juez durante el proceso, el se abstuviera de cualquier acto o intervención que de alguna manera pudiera influenciar la formación del convencimiento de los jurados»<sup>25</sup>.

De otro lado esta un aspecto importante, es el principio que se conoce como *iura novit curia*, como el poder que tiene el juez al momento de la decisión para determinar la *ratio decidendi* jurídica del caso. Ello corresponde a «la teoría ‘declarativa’ de la decisión, propia de la tradición doctrinal inglesa y americana que denominó todo el siglo XIX con significativas adhesiones aún en épocas bastante recientes. Según esta teoría, el juez se limita a ‘declarar’ la norma que gobierna en caso concreto por cuanto la ‘encuentra’ en el inmenso repertorio de precedentes o la deduce mecánicamente: se excluye, en cambio que pueda crear derecho, sino por otra razón porque esto violaría el principio de división de poderes»<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 36.

<sup>24</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 36.

<sup>25</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 118.

<sup>26</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 128.

Por lo tanto en el sistema adversarial, el juez generalmente queda supeditado a las *ratio decidendi* que le han formulado las partes en sus alegaciones, ya que «el juez puede concebirse más claramente como garante de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, en cuanto se considere que él obra como una mera bouche de la loi objetiva, imparcial y sobre todo no- activa y no- creativa en la determinación de la *ratio decidendi* del caso»<sup>27</sup>. Lo cual no corresponde a la capacidad de elección normativa que tiene el juez en el proceso del *civil law*.

### **La adecuación de la búsqueda de valores como igualdad, verdad y justicia a través del proceso**

Como ya se ha expresado el proceso en un sistema *civil law* como el colombiano, que además intenta dar respuesta a unas garantías constitucionales, está estrechamente vinculado con los valores que se estructuran desde del Estado. Ello quiere decir que la búsqueda de la verdad en la confirmación de los hechos, la igualdad material de las partes y la elaboración de sentencias racionales basadas en parámetros de justicia, son ingredientes determinantes para cualquier proceso judicial y por lo tanto hacen parte de las responsabilidades del juez.

A diferencia, en el proceso adversarial se promueve una igualdad meramente formal, es decir una desigualdad real porque es un proceso pensado con la única finalidad de solucionar el conflicto entre las partes y que para lograrlo confía en las amplias potestades que se otorgan a los abogados y a las partes.

La igualdad formal se hace evidente, a título de ejemplo, en las practicas de oficio para la defensa. Es cierto que el Estado oferta el servicio de *legal aid*, para que los ciudadanos de bajos recursos puedan obtener los servicios profesionales de un abogado, pero lo que en realidad se realiza es el derecho de acción, el derecho de acceso a la justicia, por que el *legal aid* no está diseñado para asegurar la igualdad material de las partes.

Para que las personas de bajos recursos pudieran enfrentarse un contendiente poderoso en igualdad de condiciones, como expresa TARUFFO, en «el modelo *adversary* implicaría un sistema de la *legal aid* no 'bueno' sino absolutamente perfecto, dado que tal modelo no es de por si capaz de resolver las situaciones de desigualdad sustancial de las partes»<sup>28</sup>. La igualdad material de las partes se logra solo contando con plenas capacidades de enfrentamiento lo cual implica: altas cantidades en los abogados, quienes en realidad son los protagonistas del proceso pero además recursos económicos para el enfrentamiento.

---

<sup>27</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial, op. Cit.*, p. 129.

<sup>28</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial, op. Cit.*, p. 58.

De otro lado, el modelo adversarial no considera la verdad como una de sus finalidades, tal como si lo hace un proceso de *civil law* que se desarrolla sobre una «perspectiva que privilegia el momento cognoscitivo del juicio, y esta dirigida a realizar la máxima correspondencia entre conocimiento y realidad»<sup>29</sup>. El sistema adversarial adopta una idea de verdad diversa que se apoya en el método, entonces «si la verdad es aquello que se sigue del empleo del método procesal mas adecuado, puesto que pocos dudan de aquel modelo *adversary* sea el mejor entre loas posibles, de ellos se deduce que este es por definición capaz de producir juicios ‘verdaderos’ sobre los hechos de la causa»<sup>30</sup>.

Por todo lo expuesto, cuando un sistema procesal pretende adoptar el principio de oralidad como parte integral de su estructura, debe estudiarse por fuera de la dogmatica, fortaleciendo su apertura del proceso hacia un esquema dialógico y racional. De esta forma el proceso judicial se convierte en la expresión máxima del principio de publicidad y se fortalece la etapa de la contradicción probatoria sobre el hecho demostrativo, cambios que se correlacionan directamente con el modelo político y con las ideas de justicia del modelo que haya adoptado la sociedad.

Por ello sostiene CAPPELLETTI que la oralidad «no es un principio que haga referencia indiscriminada a todos los actos y fases del proceso, sino la única fase de lo sustancial que comprende principalmente la instrucción probatoria»<sup>31</sup>. El principio de oralidad hace girar la atención del Juez que se encuentra concentrado en la aplicación de la norma hacia la confirmación del hecho, y por tanto hacia la formulación t contradicción de la prueba y esta propuesta de cambio se denominó humanización del proceso.

El imperativo de incluir la oralidad en el proceso permite que los sujetos procesales centren su atención en la discusión del hecho<sup>32</sup> y por tanto de una contradicción más abierta. De esta manera la oralidad nos acerca a un estudio serio y fundado sobre los poderes de instrucción del juez enmarcando dentro de las garantías constitucionales y por ello no significa desestimar la importancia de que en el proceso se tengan memorias escritas, o registros documentales.

---

<sup>29</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 42.

<sup>30</sup> TARUFFO Michele, *El proceso civil adversarial*, op. Cit., p. 43.

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio*, op. Cit., p. 42-45. Es la «necesidad de que el proceso sea humanizado (...) pero esa humanización no puede logarse sino llevando la atención del juez sobre el hecho, sobre la relación de hechos concreta, restituyendo la ‘prevalencia’ a la búsqueda de los hechos sobre la aplicación de las normas jurídicas». Es la «calificación jurídica de los hechos», p. 45.

La oralidad también permite el fortalecimiento del principio de publicidad<sup>33</sup> en sus dos perspectivas más importantes, la material y la formal. La perspectiva material del principio de publicidad se relaciona con la dialéctica, en el proceso. La segunda vertiente, la formal, tiene que ver con el derecho a un proceso abierto, público y no secreto. Por ello la oralidad se estudia como un sistema plausible y efectivo para lograr las finalidades de la jurisdicción como función pública, que permite identificar las responsabilidades que competen al juez, por que como bien lo expone CAPPELLETTI «en general el principio de la oralidad pretende infaliblemente un presupuesto, o sea una magistratura sana y preparada, que explique su función con la publicidad mas abierta y con la fe y la confianza del público»<sup>34</sup>.

## 2. La oralidad con relación a la instrucción de la prueba

Si se acepta que la oralidad es un sistema que permite fortalecer los poderes de instrucción del juez en equilibrio con las facultades de disposición que tienen las partes sobre la prueba, ello implica según TROCKER<sup>35</sup> establecer en cada proceso para su mejor funcionamiento, una alternativa entre libertad y restricción, entre certeza y arbitrio que se otorga al juez en los poderes.

De esta manera se entiende que los poderes de dirección formal permiten al juez cimentar el impulso de las diversas etapas procesales, tener control de las audiencias y además vigilar las garantías legales del proceso. De otro lado, la dirección material contiene los poderes de instrucción para ordenar la prueba que pueda ser requerida para la decisión.

---

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio, op. Cit.*, p. 47. «... los hechos (...) no como meros datos de un acontecimiento pasado, sino como el objeto de nuevos acontecimientos que se desenvuelvan en el seno del proceso: o sea como objetos de las alegaciones y, en general, de todas aquellas declaraciones (manifestaciones, participaciones) que se refieren justamente a los hechos deducidos un juicio en cuanto se los tenga directa o indirectamente por relevantes para la decisión».

<sup>33</sup> RAMÍREZ, *La prueba de oficio, op.*, p. 146.

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio, op. Cit.*, p. 22.

<sup>35</sup> TROCKER, Nicolás, *proceso civiles e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 7: «La scelta tra giudice sostanzialmente passivo e vincolato alle iniziative delle parti e dei loro difensori, e un giudice attivo e dinamico munito di ampi poteri di direzione formale e materiale del processo, appare come un' alternativa tra liberta e costrizione, tra certeza ed arbitrio».

Sin embargo, ninguno de los poderes que se otorgan al juez son absolutos. El equilibrio se debe encontrar a partir del respeto por las garantías constitucionales y por los derechos fundamentales. Siguiendo a COMOGLIO<sup>36</sup>, se exige por lo menos el respeto a: 1) La garantía de ser oído, para que los sujetos procesales tengan las condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso; 2) la garantía de la defensa, tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propias pretensiones; y c) la garantía de la efectiva contradicción de los medios de prueba.

Esta relación entre los poderes del juez y las garantías constitucionales de las partes se desprende directamente del modelo político que para el caso colombiano es el Estado social de derecho, pues tal como sostiene HAZARD Y TARUFFO<sup>37</sup>, la concepción del estado tiene consecuencias directas sobre el rol de los jueces y sus poderes-deber. La concepción del poder del juez en Estados Unidos es muy diferente a la del *civil law*, no existe ningún concepto de Estado como institución independiente, éste es una combinación de la organización estatal, los ciudadanos y el derecho. A diferencia de ello en el derecho continental los jueces se consideran esencialmente responsables de los fines del Estado: como centro de la administración de justicia, el juez es la voz de autoridad del Estado.

Por ello resulta plausible reconocer que en el estado social de derecho los poderes de dirección formal y material que se le otorga al juez a través de las normas constitucionales y legales, no corresponden a un esquema autoritario. Se constituyen en herramientas para la evolución del proceso hacia sistemas más flexibles como la oralidad.

Algunos de los más importantes poderes de dirección que se pueden concentrar en un sistema oral, son: «el estudio sobre la relevancia de la prueba para determinar la utilidad, la pertinencia y la conducencia; la ordenación de la prueba del oficio, para despejar dudas producto de la insuficiencia de la actividad probatoria de parte, siempre que sean dudas determinantes para la decisión y que no se haya alcanzado el estándar de prueba de ley. Todos ellos coadyuvan a obtener un máximo nivel de conocimiento sobre los hechos»<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> COMOGLIO, Luigi, *La garanzia costituzionale dell'azione dd il proceso civile*, CEDAM, Padova, 1970, p. 118.

<sup>37</sup> GEOFFREY, Hazard / TARUFFO, Michele, *La justicia civil de los Estados Unidos*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 85-86.

<sup>38</sup> RAMÍREZ, Diana, *La prueba de oficio*, op. Cit., p. 162.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los poderes de oficio sobre la prueba han tenido un desarrollo importante, sustentados desde la Constitución de 1991 a través de la ley. De ahí que el Código de procedimiento civil contiene un denso articulado sobre poderes, los deberes y la responsabilidad del juez civil.

El artículo 37 del Código de procedimiento civil<sup>39</sup>, demarca los deberes del juez, como máximo director del proceso. Contiene una mezcla entre poderes formales y materiales. Entre los que se destacan: dirigir los procesos y velar por su rápida solución adoptando las medidas necesarias para la mayor economía procesal; hacer efectiva la igualdad de las partes y emplear todos los poderes que se conceden en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias; y, decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicara las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.

La desatención de los deberes-poderes relativos al proceso, significan sanción disciplinaria para el juez. Esta es la consecuencia de un deber-poder que se desprende de la función pública jurisdiccional.

El artículo 38 del Código de procedimiento civil<sup>40</sup> contiene los siguientes poderes de ordenación: Faculta al juez para resolver los procesos de equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza; además, requiere del juez que rehace cualquier solicitud notoriamente improcedente y que signifique dilación.

---

<sup>39</sup> Código de procedimiento civil, art. 37: Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 13. *Deberes del Juez*. «Son deberes del juez: 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran. 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga. 3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso usando los poderes que este código otorga. 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias. 5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales. 6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas. 7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios. 8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual se aplicara las leyes regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal. 9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas del proceso, y abstenerse solicitarle pro auto informes sobre hechos que consten en el expediente. Parágrafo: La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario».

Y el artículo 39 del Código de procedimiento civil<sup>41</sup> formula algunos poderes disciplinarios, para la buena marcha del proceso, entre ellos: sancionar con multa el incumplimiento de las órdenes que el juez imparta a sus empleados y demás particulares, en ejercicio de sus funciones, aplicar arresto a quienes cometan faltas al respecto, devolver los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros, y expulsar de las audiencias, a quienes perturben su curso.

Estos poderes generales se complementan e integran con el desarrollo normativo específico para el periodo probatorio dentro del proceso civil, por su interpretación debe además corresponder a los principios constitucionales y principios legales como la oralidad y la inmediatez.

### 3. La oralidad y la responsabilidad del juez

---

<sup>40</sup> Código de procedimientos civil, art. 38: *Poderes de ordenación e instrucción*. «El juez nos tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza. 2. Rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilatación manifiesta. 3. Los demás que se consagran en este código.»

<sup>41</sup> Código procesal civil, art. 39: Modificado. D. E. 2282 / 89, art. 1º, num. 14. *Poderes disciplinarios del juez*. «El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios: 1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las ordenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución. Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificara personalmente y contra ella solo procede el recurso de reposición; ejecutoria, si su valor no se consigna dentro de los diez días siguientes; se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día, sin exceder de veinte días. Las multas se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, salvo disposición en contrario; su cuantía y tasa de conversión de arresto, serán revisadas periódicamente por el gobierno. 2. Sancionar con pena de arresto inmutable hasta por cinco días a quienes falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, prueba testimonial o con copia del escrito respectivo. El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y solo será susceptible del recurso de reposición. Ejecutoriada la resolución, se deberá copia al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente. 3. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, partes o terceros. 4. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben el curso. 5. Sancionar con multas de de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquier otra citación que el juez les haga.»

Si bien es cierto la oralidad promueve una mayor actividad del juez de oficio en el proceso, también es consecuente que a mayores poderes, mayores responsabilidades. Es por ello que la función jurisdiccional está directamente relacionada con el principio de legalidad, para una actuación definida y la instrucción del proceso esta relacionada con principios determinantes para fundamentar la decisión, entre ellos se encuentra: el principio de necesidad de la prueba, comunidad, la valoración en conjunto y la inmediación.

El principio de necesidad<sup>42</sup> exige que para fundamentar toda decisión el juez debe basarse en la prueba, regular y legalmente allegada al proceso. Con este principio se fortalece el principio de legalidad y se establecen unos límites a la argumentación y a la motivación de la decisión jurisdiccional. Este principio de necesidad impone que la prueba no se haya aducido con violación del debido proceso -por cuanto en tal caso será nula por nulidad constitucional- y que haya respetado las reglas de ley para beneficio de los derechos de defensa y contradicción.

El principio de comunidad<sup>43</sup> se desprende de dos preceptos legales, el primero, es el de necesidad de la prueba según la cual el juez se le exige que la declaración la fundamente en «las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso»<sup>44</sup>, de tal forma que el legislador no distingue si las pruebas fueron aducidas por el pretensor, por el resistente o fueron acogidas de oficio. El segundo, es que las pruebas «deben ser apreciadas en conjunto»<sup>45</sup>, para que el juez alcance la finalidad del proceso, y para que realice la función jurisdiccional plenamente.

---

<sup>42</sup> Código de procedimiento civil colombiano, art. 174: *Necesidad de la prueba*. «Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

<sup>43</sup> Cfr. Artículo 174 y 187 del CPC.

<sup>44</sup> Artículo 174 del CPC.

<sup>45</sup> Artículo 187 del CPC.

Por último, una regla probatoria de gran importancia en los aspectos generales que desarrolla un sistema oral, es la inmediación<sup>46</sup>: en virtud de ella el juez adquiere el máximo nivel de conocimiento, con su presencia y control directo.

Una de las ventajas que puede presentar un sistema procesal oral, es que se fortalece la regla de inmediación: debe entonces el juez recepcionar la prueba personalmente y en presencia de los otros sujetos procesales. Esta inmediación fortalece los criterios de discusión sobre la prueba y tiene una mayor probabilidad de acercarse a una valoración consensuada, lo cual implica mayores responsabilidades en la fundamentación de la decisión.

Adicionalmente, el juez tiene que controlar la aptitud de los medios de prueba ofrecidos y solicitados por las partes. Esta actividad se traduce en juicios sobre la relevancia de la prueba<sup>47</sup> y pueden considerarse una de las mayores responsabilidades del juez, por que busca establecer la utilidad de la prueba, es decir, que sirva a los fines perseguidos en la actividad procesal. Hacen parte de los argumentos sobre la aptitud y la relevancia de la prueba: la constitucionalidad y la legalidad, la pertenencia y la coherencia que guardan las pruebas con los hechos.

Un proceso oral enmarcado en las garantías constitucionales, fortalece la igualdad de las partes y la legítima defensa, el debido proceso, la certeza de los hechos y la economía procesal. Esta es la fundación garantista del proceso que tiene la responsabilidad el juez y para lo actual de han sido otorgados poderes de dirección y en instrucción.

### **Bibliografía**

ARJONA, César, *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*, traducción Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002.

---

<sup>46</sup> Art. 181 CPC: Modificación. D.E. 2282/89, art. 1º num. 89. *Juez que debe practicar las pruebas*. «El juez practicara personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón de territorio, comisionara a otro para que en la misma forma la practique. Es prohibido al juez comisionar para la practica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial. No obstante, cuando se trate de inspección judicial que deba practicar la Sala de Cesación Civil de la Corte suprema de Justicia, podrá ésta comisionar cuando lo estime conveniente».

<sup>47</sup> Art. 178. CPC: *Rechazo 'in limine'*. «Las pruebas deben ceñirse al asunto materia de proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas».

COMOGLIO, Luigi, *La garanzia costituzionale dell'azione dd in proceso, civile*, CEDAM, Padova, 1970.

DAMASKA, Mirjan, *I volti della giustizia e del potere*, prólogo de Michele TARUFFO, Il Mulino, Bologna, 2005.

GEOFFREY, Hazard / TARUFFO, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Aranzadi, Navarra, 2006.

MADARIAGA, Luis, «El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs publicismo): problemas y perspectivas de desarrollo», en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista*, Antares, Lima, 2007.

RAMÍREZ, Diana, *La prueba del oficio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*, traducción Beatriz Quintero, Temis, Bogotá, 2008.

TROCKER, Nicolás, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Giuffrè, Milano, 1974.

## **Normas**

Constitución Política de Colombia

Código de procedimiento civil Colombiano