

LA PRUEBA COMO ASPECTO DE NECESARIA CONSIDERACIÓN PARA HACER DE LA ORALIDAD UNA REALIDAD MATERIAL EN EL PROCESO CIVIL*

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2010

Estudiante ponente:

SERGIO ALBERTO ROJAS QUIÑONES¹

Tutor académico:

JOSÉ FERNANDO MESTRE ORDÓÑEZ

Institución académica:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FERNANDO ANDRÉS PICO ZÚÑIGA²

MANUELA CORREDOR VÁSQUEZ³

FELIPE FRANCO GUTIÉRREZ⁴

MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ

CAMILA ORREGO GÓMEZ⁵

* Ponencia ganadora del primer puesto en el XI Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal que tuvo lugar en el marco del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, del 8 al 10 de septiembre de 2010.

- 1 Estudiante de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Director de la Revista *Universitas Estudiantes*. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la misma Universidad en las Líneas de Investigación en Contratos Atípicos, Responsabilidad Civil, Buena fe-Derecho Contractual y Derecho de Seguros; es también miembro del semillero de investigación en derecho procesal coordinador del Centro de Estudios de Derecho Privado, del Centro de Estudios de Derecho Internacional. Actualmente labora en la firma Salazar, Pardo & Jaramillo, abogados.Contacto: srojas@spjlaw.com
- 2 Estudiante de séptimo semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; miembro del Comité Editorial de la Revista *Universitas Estudiantes*, miembro del Centro de Estudios de Derecho Privado y del semillero de investigación en la misma área. En el pasado se ha desempeñado como coordinador editorial de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros y actualmente labora en la firma Salazar, Pardo & Jaramillo Abogados. Contacto: fpz14@hotmail.com
- 3 Estudiante de séptimo semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; actualmente labora en la firma Estrategia Jurídica. Contacto: mcorredorv@gmail.com
- 4 Estudiante de décimo semestre. Exparticante del Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional y Derechos Humanos “Francisco Suárez S.J.” en 2008 y en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por American University en Washington D.C. en su versión del 2009. Abogado investigador de la Fundación Democracia en Libertad. E-mail: francofel@gmail.com
- 5 Estudiante de séptimo semestre de la Universidad Javeriana; participante en concursos y certámenes académicos de diverso orden. Contacto: camilaorrego26@hotmail.com

ÁNGELA MARÍA ROJAS C.⁶
CARLOS DURÁN⁷
MONTSERRAT VALDÉS⁸
LAURA ROMERO⁹

Ponencia ganadora del primer puesto en el XI Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal que tuvo lugar en el marco del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, del 8 al 10 de septiembre de 2010.

RESUMEN

El tránsito a la oralidad es, sin duda alguna, una titánica tarea cuya consecución, en rigor, es mancomunada responsabilidad del legislador, la jurisprudencia, la doctrina y la academia patria, quienes deben aunar sus esfuerzos, en orden a lograr, con solvencia, un verdadero proceso oral; en efecto, superar el canon de la escritura no es, ni mucho menos, una simple labor de orden legal o de reforma jurídica como tal, sino que constituye, en realidad, un reto que demanda la intervención de todos los actores jurídicos en general, quienes son los llamados, de una parte, a repensar el sistema y, con fundamento en ello, a ponerlo en práctica. Habida cuenta de ello, en la presente ponencia se aborda justamente uno de los temas que se debe considerar en lo tocante con la oralidad, y que constituye parte de la columna vertebral de los cambios que es necesario realizar si se quiere un verdadero proceso verbal: el aspecto de las pruebas en el marco del sistema oral. Así, se procura elucidar una cuestión estructural, a saber: ¿Qué puntuales reformas es necesario realizar al régimen probatorio en particular para hacer de la oralidad una realidad material en el proceso? Enfocándonos, para el efecto, en la prueba pericial y en la prueba documental y señalando, en principio, los defectos de que adolecen tales medios en

-
- 6 Estudiante de séptimo semestre de la Universidad Javeriana; ha laborado en la Notaria 19 del Círculo de Bogotá. Contacto: angelarojas207@hotmail.com
 - 7 Estudiante de séptimo semestre de Derecho de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Perteneciente al Semillero de investigación de derecho procesal en su grupo de pruebas. Contacto: carlosduran75@hotmail.com
 - 8 Actual estudiante de séptimo semestre de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, actual integrante del Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana, participante en el Segundo Modelo de Naciones Unidas en Colombia como juez delegada de la Corte Penal Internacional.
 - 9 Estudiante de séptimo semestre de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente labora en la firma VAV Consultores. Contacto: laromero3838@gmail.com

la actualidad, y las propuestas de reformas que se pueden adoptar frente a tales defectos, en el marco de la adopción del consabido proceso verbal.

Palabras clave: oralidad, reforma al régimen probatorio, prueba pericial, prueba documental, concentración, intermediación procesal.

ABSTRACT

Transition to oral processes is, without doubt, a Herculean task whose achievement, in fact, is a joint responsibility of the legislature, jurisprudence, doctrine and the national academia, who must work together in order to develop, with solvency, a real oral process. It is a challenge that demands the involvement of all legal actors who are called, in part, to rethink the system, and based on their conclusions, to put it into practice. That's why this paper addresses just one of the main topics to be considered regarding orality: the evidence rules under the oral system. Thus, it seeks to elucidate a structural question or problem: What specific reforms are needed for the rules of evidence in order to achieve the oral process? Identifying the problems that current rules of evidence have and proposing some solutions to that problems.

Key words: orality, rules of evidence, experts, documents proofs.

1. INTRODUCCIÓN

Como bien lo anotaba el codificador latinoamericano Don Andrés Bello, “... *la prudencia humana tiene sus límites ...*” y, en consecuencia, las normas de una generación “... *deberán ser siempre reformadas por las mejores de una generación nueva, porque el porvenir no puede encadenarse a una letra inmutable*” que, aun cuando grandilocuente, sea insuficiente frente a una realidad, por esencia, dinámica y cambiante¹⁰. Ello, con más veras, en tratándose del derecho procesal, el que en los últimos años ha sido objeto de un importante proceso de

10 Don Andrés Bello, reconocido codificador venezolano, autor del célebre Código Civil chileno, reconocía, en el marco de la dogmática en la que desarrolló el proceso de codificación, que las leyes deben ser siempre repensadas y reestructuradas conforme a la realidad en la cual se deben aplicar, toda vez que el estaticismo jurídico, muy propio de los sistemas escritos, puede ser muy perjudicial de cara a la eficacia de la norma misma, toda vez que conduciría, sin duda, a su obsolescencia y, con ello, a su inaplicabilidad. Sobre este particular, *Vid.* GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. pp. 221-238; BELLO, ANDRÉS. Codificación del derecho civil., en *Op.jur.*, Junio 28 de 1833, pp. 139.

evolución científica y académica¹¹, debido, en primer lugar, al cambio de concepción en cuanto al papel del Estado en general, muy especialmente en lo relacionado con el paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y, en segundo lugar, a la trascendencia del derecho procesal en la efectiva realización de ese Estado Social¹²,

11 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 científicidad 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 *Dikaion*, Vol. 22, No. 17, diciembre de 2008, p.101. Cfr: OVALLE FAVELA, JOSÉ. Teoría general del proceso. Oxford. México. 2004, pp. 67-78; ARMENTA CALDERÓN, GONZALO. Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales). Porrúa. México. 2003, pp. 25-29; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Evolución de la doctrina procesal, en: Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), Tomo II. Universidad Autónoma de México. México. 1992. Nums. 12-13.

12 Son múltiples los autores que, refiriéndose a la importancia que ha ganado el derecho procesal en el marco del afianzamiento del Estado Social de Derecho y los principios de arraigo constitucional, destacan el protagónico papel de la ciencia procesal en la consecución de dicho objetivo; así, por vía de ejemplo, José Fernando Ramírez sostiene que, "... una mirada comparativa entre la principalística del derecho procesal antes de la Constitución de 1991 y la que en ella se consagra, nos permite advertir que varias reglas que antes se consideraban como de simple técnica o dinámica procedimental, no sólo ganaron el rango de estándar principalístico, sino también el arraigo constitucional. Igual sucedió con algunos principios de orden legal que pasaron a ocupar un puesto en la Constitución. De ahí la amplia enunciación de principios propuesta y por supuesto el prolijo descubrimiento por parte de la Corte Constitucional. Ahora, tal conducta normativa, que entre otras no es exclusiva de nuestra Constitución, puesto que también se observa en las española, italiana y alemana, se explica como un instrumento de fortaleza de las garantías, pues ahí se protegen hacia el futuro y frente a eventuales legisladores no comprometidos con el sistema del Estado Social de derecho ...". RAMÍREZ GÓMEZ, JOSÉ FERNANDO. Principios constitucionales del derecho procesal colombiano. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991. Señal editora. Medellín. 1999, pp. 99-101. Juan Carlos Hitters, por su parte, afirma que "... que existe un 'acercamiento' entre el derecho procesal y el derecho constitucional, que, como no podía ser de otro modo, ya había avizorado tanto Couture como Calamandrei ...". HITTERS, JUAN CARLOS. El derecho procesal constitucional. En: FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coordinador). Derecho procesal constitucional. Tomo I. *op. cit.*, p. 391.

lo que ha justificado, en forma parcial, el reformismo que en la actualidad, pareciera imperar en el derecho procesal, el cual, dado su protagónico papel, constantemente se está repensando y replanteando en sede legal¹³.

Ello, sin duda, es lo que reflejan las constantes reformas que, en los últimos años, se han hecho a diversas instituciones de estirpe procesal, como han sido, por vía de ejemplo, la implementación del sistema penal acusatorio y la reciente reforma al Código de Procedimiento Civil, eventos que permiten también identificar un fenómeno común y de amplia acogida en el derecho procesal actual, cual es el de la incorporación del sistema oral¹⁴; en efecto, en las diversas reformas que se han planteado en los últimos años, una de las constantes, al menos en la esfera nacional, ha sido la de la transición a la oralidad, la cual se erige hoy en día como una ineludible realidad normativa que, en puridad, cobija ya un amplio número de jurisdicciones¹⁵.

13 No en vano, el gran maestro del derecho procesal nacional, el profesor Hernando Devis Echandía, afirma que “... la importancia del derecho procesal es extraordinaria (...) el derecho procesal es el instrumento jurídico para la defensa de la vida, la libertad, la dignidad y los derechos subjetivos individuales y sociales, como también de los derechos del Estado y de las entidades en que éste se divide frente a los particulares y a las personas jurídicas de derecho privado. Es casi lo mismo no tener derechos sustanciales que no poder obtener su tutela y su satisfacción mediante el proceso, puesto que aquellos son por esencia violables ...” DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal – Teoría general del proceso. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1994. pp. 3-4.

14 Cfr. PALOMO VÉLEZ, DIEGO. La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español. Libromar. Chile. 2008, pp.130 y ss.; XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. La oralidad procesal en Iberoamérica. Brasilia – marzo de 2008 [En línea] http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:70X_fpm1S7UJ:www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file%3Fuiid%3D8b98e368-a52a-444e-866-73c28c2690f7%26groupid%3D10124+difusi%C3%B3n+de+la+oralidad+procesal&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsjuAgegC19KIi44VD8HzzmPWvXwZjLtcPEdEbinbWQCmXonlib9soosfxhErX1WmfkWH80pejnw-TuBhOuZrv7aHPNtWojXzLxWyDOU5hWSEEKpg712HrzXijY13VRa4C5-JTQS&sig=AHIEtbSPUE2hOyuqZVQGMrJcTffOYYBSIQ

15 Son evidencia de ello, en primer lugar, la implementación del sistema penal acusatorio, pionero en materia de oralidad (sobre este particular, *Vid.* Defensoría del Pueblo de Colombia. El defensor público en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá. 2005. pp.15-18) y la reciente reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, introducida mediante la Ley Estatutaria 1285 de 2009, en la que se dispuso, en su artículo 1º, que se modificara el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 en los siguientes términos: “**Artículo 4º. Celeridad y Oralidad.** La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos ...” (se subraya).

También constituye evidencia de lo anterior, la reforma adoptada mediante la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, y que, en lo medular, incorporó un importante número de modificaciones legislativas, orientadas, como su propio nombre lo indica, a la descongestión judicial pero, con ello, potencializadoras también de la oralidad.

Es justamente por ello que en la presente ponencia, más que reiterar la discusión en torno a la conveniencia de la oralidad, la que se ha dado ya en distintos frentes, consideramos oportuno abordar un asunto teórico-práctico del que la academia se debe ocupar, partiendo de la base de que la oralidad es una realidad¹⁶, y que justamente indaga por los ajustes que es necesario realizar al ordenamiento procesal en general para que se haga efectiva la implementación de dicha oralidad. Puesto en otros términos, más que examinar, una vez más, las ventajas y las desventajas de la implementación de la oralidad¹⁷, se hace notoria la necesidad de preguntar cómo se puede implementar dicha oralidad en la esfera nacional, es decir, cuáles son las reformas que es necesario realizar para que, en la *praxis* judicial, se pueda hacer efectivo un sistema oral, cuestionamiento este último que abordaremos, dada su amplitud, desde un aspecto en especial: el aspecto probatorio.

Así las cosas, en el estudio a continuación se abordará, como pregunta estructural, ¿qué ajustes o modificaciones es necesario realizar al régimen probatorio en el marco del derecho procesal civil en general, para hacer viable la implementación de la oralidad? Ello, se itera, por cuanto en un país como Colombia, en el que la oralidad parece ser un hecho, el eje de la discusión requiere de un enfoque diverso, que no se ocupe tanto de la conveniencia del sistema oral, como sí de puntuales aspectos prácticos y teóricos, que a la hora de incorporar el sistema oral, cobran especial importancia; uno de tales aspectos es, sin duda, el relativo a la cuestión probatoria en sede procesal¹⁸.

Ahora bien, abordaremos la pregunta antes esbozada a partir de tres grandes ejes o secciones, a saber: en primer lugar, nos ocuparemos de evidenciar, en forma sintética, cómo es cierto que si se quiere desarrollar una verdadera oralidad, se

16 Con fundamento en lo dispuesto por la precitada ley, nótese que, por mandato legal, se deben reformar los estatutos procesales llamados a regentar cada ordenamiento sustancial, en el sentido de permitir la implementación de un proceso oral, por lo que se puede entonces afirmar que, al menos desde el punto de vista normativo, la oralidad constituye, en efecto, una realidad, en la medida en que, dada la imperatividad de la ley, es necesario proceder a su implementación en el sistema procesal.

17 Si bien la discusión en torno a las ventajas y las desventajas de la oralidad cobra primigenia importancia en los análisis sobre esta materia en particular, estimamos que, considerando el contexto y el estado actual de la implementación del proceso oral en Colombia, resulta pertinente ocuparse de algunas otras cuestiones inherentes a dicha oralidad y que pueden implicar obstáculos al momento de garantizar su efectiva implementación; en todo caso, sobre el tema de las ventajas y las desventajas de la oralidad, pueden consultarse las fuentes sugeridas a continuación: DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio general de derecho procesal – teoría general del proceso. *op. cit.*, pp. 50-51; CAPPELLETTI, MAURO. Proceso, Ideologías, Sociedad. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974. p.43; COUTURE, EDUARDO. Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. Depalma. Buenos Aires, 1999. p. 54 y ss.; LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. Procedimiento Civil. Parte General. Tomo I. Octava Edición. Dupré Editores. Bogotá, 2002. P. 121 y ss. –éste último, asiduo opositor de la oralidad–.

18 Sobre este particular, *Vid.* CARNELUTTI, FRANCESCO. Cómo se hace un proceso. Temis. Bogotá. 2007, p. 56; MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, p. 20.

hace necesario reformar el régimen probatorio vigente en la actualidad –muy especialmente en lo concerniente a la prueba pericial y la documental–, toda vez que no es posible sacar adelante la propuesta del sistema oral, sin ocuparse de un asunto tan trascendental (I); acto seguido, nos centraremos en el estudio de la prueba pericial, evidenciando, en primer lugar, las dificultades que reviste frente a la implementación de la oralidad y proponiendo, en segundo lugar, algunas reformas que contribuirían a conjurar tales problemáticas (II); finalmente, nos ocuparemos del estudio de la prueba documental y los cambios que ésta admitiría, por ser convenientes, al momento de dar aplicación al sistema oral (III); todo lo anterior, cumple acotarlo, con algunas puntuales referencias a las trascendentales reformas introducidas por la Ley 1395 de 2010, la que se ocupó de aspectos íntimamente ligados con los asuntos que, en lo sucesivo, se abordarán¹⁹. Empecemos pues con el primer eje.

2. LA REFORMA AL RÉGIMEN PROBATORIO EN GENERAL: UNA IMPERANTE NECESIDAD DE CARA A LA ORALIDAD

Cuando se trata de responder qué puntuales ajustes o modificaciones es necesario realizar al régimen probatorio, en el marco del derecho procesal civil en general, para hacer viable la implementación de la oralidad, antes que ocuparse de esta cuestión central, es necesario empezar por una pregunta más elemental cual es si, en realidad, resulta necesario reformar el régimen probatorio para que sea implementable el sistema oral²⁰.

Ello, como es natural, es un primer punto que se debe considerar, en la medida en que, de no ser necesaria alguna reforma a las pruebas para la implementación de la oralidad, sería completamente improcedente, *a fuer* de inocuo, tratar de responder la pregunta principal que indaga por las puntuales reformas que se deben realizar.

19 Sobre este particular, es importante anotar que dada la muy reciente implementación de la consabida Ley 1395 de 2010, no son muchos los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales con que se cuenta sobre el particular; sin embargo, y a pesar de ello, se procurarán realizar algunos comentarios preliminares sobre sus aparentes implicaciones, sin perjuicio de reconocer que, más que decantados criterios de interpretación, son las impresiones que primigeniamente a suscitado esta novísima disposición y que, en consecuencia, se hallan sujetas a las discusiones que en lo sucesivo se puedan presentar. *Cf*: BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. Del tránsito de la nueva ley de descongestión judicial. En: Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre de Colombia. Colombia. 2010, p. 327.

20 En el planteamiento de la problemática inicial, se hizo solamente referencia a la pregunta por las reformas que puntualmente se deben realizar para hacer de la oralidad una realidad; sin embargo, siguiendo un esquema metodológico más claro, es evidente que lo primero que se debe indagar es si realmente se requiere de una reforma al régimen probatorio como tal, para hacer viable el sistema oral. Una vez se haya dado respuesta a este interrogante inicial, se podrá entonces proceder a considerar qué reformas –frente a la prueba documental y la pericial–, se deben realizar.

Pues bien, para responder a este particular, sea entonces lo primero destacar que la de la oralidad es una reforma de hondo calado que, como tal, implica también la reforma de varios de los componentes estructurales del trámite procesal²¹; en efecto, si bien se tiene establecido que dicha oralidad hace referencia solamente a un rasgo formal de los actos jurídicos procesales –en el sentido de que la oralidad implica que la voluntad contenida en tales actos deba manifestarse en forma oral o verbal²²–, 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 ...”²³; de hecho, ha sido tal la trascendencia que en algunas esferas se le ha atribuido, que para algunos autores la oralidad es, en sí misma, un genuino principio procesal, con lo que se le concede un *status* jurídico muy superior al de una simple regla u orientación técnica o procedimental²⁴. Y es que, en principio, pareciera no ser para menos, en la medida

-
- 21 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>.
- 22 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. p. 36; ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Volumen II. Temis y Depalma. Buenos Aires, 1976. p. 173; GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. Fundamentos del Derecho Procesal. Civitas. Madrid, 1981, pp. 221 y ss.; DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de derecho procesal – Teoría General del Proceso. *op. cit.*, p.50.
- 23 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de derecho procesal – Teoría General del Proceso. *op. cit.*, p. 50.
- 24 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 tratarse como axioma indiscutible por su naturaleza instrumental, tampoco debe desdeñarse como si se tratara de una definición frívola o insignificante ...”. MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. pp.4-5; sobre este tema en particular, *Vid.* ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. La Teoría del Proceso. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002, p. 268; ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte. Rubinzal-Culzoni Editores. Santafé, 1995, p. 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 oral²⁵, sí serán muchas las etapas y los actos procesales que deberán modificarse con el propósito de lograr un verdadero sistema oral.

Ahora bien, no sobra subrayar que a la oralidad subyacen otra serie de principios que hacen parte de las ventajas mismas del sistema oral, particularmente el principio de intermediación procesal, el de concentración, el de publicidad y el de celeridad²⁶.

A este respecto, cumple recordar que parte del fundamento mismo que justifica la adopción de un sistema oral, tiene justamente que ver con las posibilidades o ganancias que este sistema permitiría frente a los principios en comento, a saber: en lo concerniente a la concentración procesal, la oralidad permite surtir un mayor número de actuaciones en una misma oportunidad²⁷, en la medida en que “... *las peticiones de los litigantes son percibidas por la contraparte en el mismo momento en que se realizan y las alegaciones de las partes al respecto son percibidas por el Juez en el mismo momento en que se plantean. Así mismo, las decisiones del Juez son comunicadas en el mismo momento en el que se profieren. Lo anterior evita los plazos y términos de traslado y ejecutoria, así como los plazos y términos para las decisiones, todos ellos dispuestos normativamente para permitir el ejercicio razonable de las cargas y deberes*

25 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 éste, 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.*, p. 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. p. 107). También lo reconocía el maestro Chioventa (CHIOVENTA, JOSÉ. Principios de derecho procesal civil. Reus. Madrid. p.129).

26 Sobre los principios que logran una mayor aplicación práctica con la implementación de la oralidad, afirma el profesor ANTONIO FRANCOZ RIGALT que “... *el proceso oral implica los siguientes postulados: concentración de la substanciación del pleito, de ser posible en un único periodo a través de la celebración de una o de pocas audiencias próximas, comprendiendo los incidentes que deben ser resueltos conjuntamente con la cuestión principal; identidad física del órgano jurisdiccional o lo que es lo mismo, el juez debe ser la misma persona desde la iniciación del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia, ya se trate de juez único o colegiado; inmediatez en la relación entre el juzgador y las personas cuyos testimonios tiene que apreciar, lo que significa que las pruebas nunca deben rendirse ante juez delegado; autoridad suficiente del juez en la dirección del proceso, el cual no se encamina sólo a la satisfacción de los intereses particulares sino también al aseguramiento de los fines del Estado que en toda democracia deben aspirar a la realización de una justicia social; publicidad de las audiencias en los negocios; irrecurribilidad de las interlocutorias como medida para liberalizar el proceso ...*”. FRANCOZ RIGALT, ANTONIO. La oralidad en el proceso civil. Codhem. [En línea].

27 A este respecto, *Vid.* FRANCOZ RIGALT, ANTONIO. La oralidad en el proceso civil. Codhem. [En línea]; SAÍD, ALBERTO. DOSSIER – Hacia la oralidad en el proceso civil. Oralidad y Formalización de la Justicia. p. 25; CHIOVENTA, JOSÉ. Principios de derecho procesal civil. Reus. Madrid. p.129.

*de los sujetos y particularmente la lectura de las respectivas piezas. Sin dichos tiempos, es posible acumular las peticiones, contradicciones, alegaciones y decisiones en una misma audiencia, optimizando la actividad procesal ...*²⁸; ello, sin duda, también repercute favorablemente en el marco de la celeridad, justamente por lo afirmado en precedencia²⁹; en cuanto a la publicidad, el que las actuaciones se surtan, en su mayoría, en el marco de la audiencia y en presencia de las partes, permite también un conocimiento directo e inmediato de cada uno de los eventos que van sucediendo en el marco del proceso³⁰; finalmente, la intermediación se ve también favorecida por cuanto la oralidad “...permite, tanto el contacto directo del Juez con los medios probatorios, como la concentración de las actividades de instrucción o asunción de la prueba y fallo ...”³¹.

Con todo, nótese entonces que la oralidad, como en su momento se anticipó, implica una significativa transformación del régimen procesal –una reforma de hondo calado–, no sólo desde el punto de vista formal –por el hecho de que se deba cambiar el mecanismo de expresión de los actos jurídicos procesales–, 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 intermediación procesal, implicaría incurrir en un gasto deficitario o de pocos beneficios.

De ahí que sea necesario, para lograr una verdadera oralidad, examinar qué ajustes se deben realizar en cada uno de los componentes estructurales o fundamentales del trámite procesal, en la medida en que, se reitera, no tendría sentido hablar del sistema oral, cuando el proceso, en su integridad, no se ha ajustado a dicho sistema.

Esto, sin duda, resulta siendo aún más evidente en el escenario de la prueba como tal, en la medida en que uno de los aspectos de mayor incidencia en cualquier trámite procesal, es justamente el que tiene que ver con el manejo del acervo

28 MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *op. cit.*, p. 7.

29 En lo tocante con este punto en particular, afirma el doctor José Fernando Mestre que “... por estas mismas razones se considera que la oralidad favorece la celeridad procesal, aunque no sea un mecanismo idóneo para la descongestión judicial, como se analiza más adelante. Igualmente, tanto la oralidad como la concentración impiden la utilización de mecanismos dilatorios por los litigantes, que lo único que hacen es entorpecer el camino del proceso hacia la sentencia. También por este motivo la celeridad se aprovecha de la oralidad ...”. *Ibidem*, p. 7.

30 *Cfr.* COUTURE, EDUARDO. Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. Depalma. Buenos Aires, 1999, p. 53 y ss.

31 MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, *op. cit.*, p. 7.

probatorio en general³², del que penden no solamente gran parte de las garantías del procedimiento en sí mismo considerado, sino también la finalidad estructural inherente a dicho procedimiento, cual es la de resolver el conflicto sometido a consideración judicial mediante el hallazgo de la verdad y la aplicación de la justicia en cada caso en particular.

Por esa razón, uno de los temas que delantadamente se suele 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 sede judicial; no en vano el régimen probatorio se transforma en el componente vertebral para asegurar que una determinada orientación que se le quiera dar al régimen procesal sea, en efecto, la que en la *praxis* asuma dicho régimen procesal³³.

Así las cosas, si bien en la actualidad el régimen colombiano ha llegado a un punto muy representativo, como es la consagración normativa de la oralidad, es necesario adecuar el ordenamiento sustancial y procesal, para que dicha oralidad sea una realidad, especialmente en lo tocante con las pruebas, ya que, se itera, no es dable pensar en un verdadero sistema oral si los componentes del sistema no se ajustan al mismo³⁴. En efecto, de nada serviría tener un proceso oral si se preserva un sistema probatorio cuya columna vertebral fue estructurada conforme al sistema escrito³⁵.

32 No en vano el profesor Francesco Carnelutti afirmaba que “... un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas ...” (Cómo se hace un proceso. *op. cit.*, p. 56); Von Tevenar, por su parte, sostenía que “... en el proceso todo depende de la prueba ...” (Theorie der Beweise im Zivilprozess. 1ª ed. Introd. p. 1); Cfr. SCHNEIDER; Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweis in burg. Rechtssachen. 2ª. ed.

33 Sobre este particular, *Vid.* SENTIS MELENDO, SANTIAGO. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ejea. Buenos Aires. 1979, pp. 9-12.

34 A este respecto, el citado profesor JOSÉ FERNANDO MESTRE explica 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 ...”, a lo que posteriormente agrega que “...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 ...”. MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *op. cit.*, pp. 20 y 22.

35 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 intermediación 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.*, pp. 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. pp. 45-48.

Y es que la experiencia de otras jurisdicciones refleja lo improcedente que resultaría consagrar, en la normatividad, la oralidad, cuando la articulación de los diferentes aspectos que inciden en el proceso, se rigen, en lo medular, por el consabido sistema escrito. Ello, por vía de ejemplo, es lo que ha sucedido en el campo del derecho laboral, en el que se adoptó un sistema oral, pero con el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil, diseñado o articulado para un sistema preponderantemente escrito: así se generó un antitecnicismo procesal que ha incidido muy fuertemente en la adecuada implementación de la oralidad, toda vez que ha impedido la incorporación de sus principales derroteros, dada la necesidad de surtir ciertas actuaciones escritas que implican retardos y trámites innecesarios.

Pues bien, idéntica situación se presentaría en el seno de la jurisdicción civil si, se itera, no se hacen los ajustes pertinentes en el régimen probatorio, toda vez que la oralidad tiene una entidad tal, que debe irradiar al proceso en su integridad so pena de resultar inoperante o ilusorio en sus efectos. Lo anterior quiere entonces decir que, frente a la pregunta en torno a si, en realidad, resulta necesario reformar el régimen probatorio para que sea implementable el sistema oral, la respuesta teórica y empírica a la que se puede llegar es, sin duda, afirmativa.

Así lo sostienen autores como el doctor JOSÉ FERNANDO MESTRE que, en un pasaje ya citado en el presente texto, sostiene 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 ...”³⁶; DIEGO PALOMO, por su parte, afirma también 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 la actual ...”³⁷, con lo que muestra entonces que, en cualquier caso, se hace necesario reformar. En ello coinciden autores como JOSÉ BONET³⁸, JUAN MONTERO³⁹ y el mismo GIUSEPPE CHIOVENDA, que ya en la década de los veinte advertía que, si se quería

36 MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *op. cit.*, pp. 20 y 22.

37 PALOMO VÉLEZ, DIEGO. La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

38 BONET, JOSÉ. El proceso civil español como modelo procesal de oralidad, en: Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile. No. 21; pp. 151-172.

39 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.

implementar un sistema oral, era necesario replantear algunos puntuales aspectos del régimen probatorio como tal⁴⁰.

A idéntica conclusión se ha llegado a partir de la experiencia del derecho comparado, como quiera que éste ha reflejado la importancia de modificar la cuestión de las pruebas con el propósito de hacer de la oralidad, una realidad material. Así, por vía de ejemplo, sucedió en el caso español, en el que la práctica de la pruebas se dejó de hacer en distintos y dispersos momentos para concentrarlas en audiencias determinadas en las que el juez, el secretario judicial, las partes y sus representantes se encuentran presentes, quedando todo registrado por un DVD o video⁴¹.

En la experiencia ibérica la atención se centró en el interrogatorio de parte y la declaración de testigos. Según el citado investigador la prueba documental y la pericial, en el sistema español, no tuvieron mayor modificación: los documentos siguen entregándose con la demanda inicial y la demanda de reconvención, sin que la oralidad añada modificación alguna; en la prueba pericial se entiende que el juez y las partes deben estar presentes en la audiencia en donde se presente el dictamen pericial, entendiéndose con esto que no cabe la prueba pericial por escrito ya que en el proceso español todo se reservó al registro de video⁴².

La confesión de parte en el sistema escrito podía ser solicitada por la contraparte sustentada únicamente en una serie de preguntas que se hacían por escrito, se entregaban al juez, y se formulaban durante la audiencia, donde el interrogado debía responder afirmativa o negativamente pudiendo agregar breves explicaciones sobre su posición. “... *La prueba, mayoritariamente, tenía escasa utilidad, porque era casi rutinario que los confesantes negaban, desconocían o no recordaban los hechos afirmados por la contraria ...*”⁴³. Similar sistema se utilizaba con el interrogatorio de testigos, donde las preguntas debían ser formuladas por ambas partes, por escrito, teniendo que ser presentadas ante el juez, previamente a la audiencia y con ciertos requisitos de precisión. Estos dos medios de prueba quedaban

40 CHIOVENDA, GIUSEPPE. L' oralità e la prova. En: Rivista di Diritto Processuale Civile. Vol. I. 1924.

41 Sobre este particular, *Vid.* VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUÍS. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. En: CARPI, FEDERICO; ORTELLS RAMOS, MANUEL, *et al.*, Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Vol. 2. 2008, pp. 257-278.

42 *Ibidem*; Entre otros profesores que se refieren a la reforma al sistema procesal español, pueden consultarse los citados a continuación: GIMENO, VICENTE. Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En: Revista *Justicia*. No. 116. 2007, pp. 237-256; MONTERO, JUAN. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del Juez y la oralidad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001, p. 102 y ss.; NIEVA, JORDI. Los problemas de la oralidad. En: Revista *Justicia*. No.1 y 2. 2007. pp.101-130.

43 VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUÍS. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. *op. cit.*, p. 280.

registrados en actas que debían ser firmadas por el juez, el secretario judicial y las partes. Luego los representantes debían redactar un documento con conclusiones sobre la prueba practicada teniendo que basarse únicamente en lo que se establecía en el acta⁴⁴.

Con la implementación del sistema oral que trajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se generó un gran cambio en los dos medios de prueba antes citados, en la medida en que la exigencia de hacer el interrogatorio por escrito y previo a la audiencia se eliminó. La confesión de parte se nombró, con el cambio, como interrogatorio de parte y las preguntas se empezaron a formular oralmente, teniendo el juez que juzgar sobre la procedencia de las mismas en el momento mismo de su formulación. Asimismo, con la modificación, se permitió a los representantes del interrogado formular preguntas y al juez pedir aclaraciones. La no comparecencia y la evasión a las preguntas pueden ser tomadas por el juez como un reconocimiento de los hechos a los que se refiere la pregunta. En el interrogatorio de los testigos pasa lo mismo con las preguntas que se formulan oralmente y son aceptadas por el juez en ese mismo momento, sucediendo que, “... *en ese mismo acto del interrogatorio, los defensores de las partes que no hayan propuesto al testigo podrán impugnar las preguntas indebidamente admitidas y señalar las valoraciones y calificaciones improcedentes ...*”⁴⁵.

El caso Mexicano siguió la misma tendencia, en el sentido de entender que la implementación de la oralidad era una tarea imposible si no se aparejaba de una reforma al régimen probatorio, esta vez, en general —es decir, respecto de casi todos los medios probatorios—. Así, el nuevo Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal dispone que la fase probatoria debe ser desarrollada en una sola audiencia, dejando a opción de las partes la forma para los actos de demostración y, en consecuencia, consagrando para el particular, un sistema mixto entre las actuaciones escritas y verbales⁴⁶.

En la audiencia única en la que se practican las pruebas, se impone la observancia de “... *los principios respectivos: inmediación, identidad física del juez, irrecusabilidad y ausencia de recursos obstaculizantes para el desenvolvimiento*

44 *Ibidem*, p.281.

45 VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. *op. cit.*, p.280; sobre este particular, *Vid.* también: PALOMO, DIEGO. Nuevo proceso civil español: sobre algunas de las más positivas consecuencias de la apuesta por un modelo oral, concentrado y sin intermediarios. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. No. 1. 2007, pp. 174; PALOMO, DIEGO. Oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo proceso civil español. Librotecnia. Santiago. 2008.

46 SAÍD, ALBERTO. Dossier - Hacia la oralidad en el proceso civil. Oralidad y Formalización de la Justicia. p. 25.

*de la misma; intervención verbal de las partes y de los testigos, careo entre unos y otros de ellos; información directa de los peritos al tribunal; discusión acerca de sus dictámenes y de los documentos y otras fuentes reales; producción oral de alegatos durante un lapso breve, y finalmente, pronunciamiento por parte del tribunal de los puntos resolutive de su fallo (artículos 385 a 399 CPCDF) ...*⁴⁷.

Finalmente, la implementación de la oralidad en el ordenamiento mexicano, implicó también el desarrollo de un novedoso régimen de transición en materia probatoria⁴⁸, que permitió el gradual ajuste de los cánones vigentes, con el propósito de llegar a un régimen que, *prima facie*, parece ser adecuado para la vigencia material de la oralidad.

Con todo, nótese entonces que, tanto la experiencia nacional, como la internacional y los estudios que se han hecho en sede doctrinal, develan que, si lo que se quiere es traer una verdadera oralidad, se hace necesario considerar cómo ajustar el régimen probatorio en general, con el propósito de que sirva, en efecto, para dicha oralidad. Esto permite entonces una conclusión parcial frente a la pregunta inicial, en el sentido de afirmar que, en efecto, parece necesario, a la luz de las anteriores consideraciones, hacer una reforma al sistema de pruebas vigente en la actualidad, para que se dé una verdadera oralidad.

Por lo demás, cumple acotar que esta necesidad ha sido ya reconocida por el legislador patrio, quien en el marco de la reciente reforma procesal contenida en la ley 1395 del 12 de julio de 2010 (Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial), modificó puntuales aspectos de la prueba en general, con el propósito de adaptarla a un sistema arquetípicamente oral, tal y como en los párrafos subsiguientes se mostrará⁴⁹.

47 MEDINA, IGNACIO. Oralidad y escritura en el proceso civil mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México. [En línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/10.pdf>

48 *Ibidem*. Sobre este tema, se pueden también consultar las obras citadas a continuación: OVALLE FAVELA, JOSÉ. Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. [En línea] <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip41mex.pdf>; GELSI BIDART, ADOLFO. Oralidad en todo proceso. En: Memorias del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1998. pp.477 y ss.

49 Así lo reconoce el doctor ULISES CANOSA SUÁREZ, quien en el marco del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, sostuvo que "... la bondad de la ley (refiriéndose a la 1395 de 2010) *está esencialmente en su avance hacia la oralidad, que es un acercamiento del proceso civil al presente y permitirá robustecer la ética y la responsabilidad en el aparato judicial. El regreso a la oralidad y la constitucionalización de las garantías procesales son los dos pilares de los sistemas modernos que pretenden desterrar los obstáculos excesivos e irrazonables y convertir el proceso en un escenario de diálogo y en una institución humana y justa, que garantice la efectividad de los derechos sustanciales, en procura del bienestar y la paz social ...*". CANOSA SUÁREZ, ULISES. Descongestión judicial. Ley 1395 de 2010. Aspectos probatorios del proceso civil. En: Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre de Colombia. Colombia. 2010. p.292.

Ahora bien, abordar el tema de la reforma al sistema probatorio en su integridad, pareciera ser bastante ambicioso, por lo que, en obsequio a la brevedad, nos hemos decidido centrarnos en dos medios probatorios en particular: la prueba documental y la prueba pericial⁵⁰, lo que obedece a dos principales razones, a saber:

- a. En primer lugar, a la importancia y la controversia que la prueba pericial y la documental suscitan de cara a la oralidad; en efecto, en cuanto a la prueba pericial hay un descontento mayoritario por la forma en que ésta se practica; se han identificado inconvenientes en la integridad y compromiso de los peritos, así como la metodología imperante para rendir su informe, factor que dilata el proceso y que, en consecuencia, puede afectar, con su configuración actual, los preciados principios de inmediación y concentración procesal⁵¹.

En lo que tiene que ver con la prueba documental, en la práctica lo que se ve es que, contrario a lo que sucedería en el caso de la pericial, ésta funciona sin mayores contratiempos, a pesar de que ciertos aspectos en particular, como la falsedad del documento o la aportación de los mismos, pueden ser objeto de revisión con el propósito de favorecer la agilidad. Habida cuenta de ello, en otras jurisdicciones como en la penal, se han tratado de implementar modificaciones que, en principio, procuraban justamente favorecer dicha agilidad, pero lo que tales modificaciones han generado, en realidad, es una paladina desnaturalización del documento como medio probatorio, por lo que en este aspecto debe procederse con suma cautela, evitando que por una buena intención se perjudique un medio probatorio

50 El régimen probatorio que se debe observar en un proceso es un tema que resulta, de suyo, sumamente amplio, razón por la cual no se puede agotar en una sola investigación o en un avance parcial de investigación, lo que nos ha llevado entonces a seleccionar los dos medios probatorios que, en nuestra opinión, requieren de primaria y especial atención frente a la oralidad –como son la prueba pericial y la prueba documental-, sin que ello quiera entonces significar que no estimamos oportuno referirnos a los otros medios de prueba señalados por el Código de Procedimiento Civil, sino que, para esta primera ocasión, consideramos prioritario ocuparnos de los antedichos medios probatorios. De hecho, el tema del régimen probatorio es tan amplio, que podría constituir toda una línea de investigación en la que se toquen los asuntos relacionados con las cargas probatorias, la valoración de la prueba, los principios inherentes a la práctica de pruebas, entre muchos otros temas más.

51 Es tal la relevancia de modificar la prueba pericial para la implementación de la oralidad que el profesor JOSÉ FERNANDO MESTRE afirma que “...sin lugar a dudas, el medio probatorio que requiere una transformación total es la prueba pericial. El dictamen escrito y la contradicción por escrito han hecho de la prueba pericial el más lento pesado y desconcentrado de los medios probatorios ...” MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *op. cit.*, pp. 20 y 22. Estudios de otras latitudes, particularmente españoles, reflejan también la importancia de reformar la prueba pericial –particularmente cuando se surte a través de actuaciones escritas- si se quiere implementar un sistema oral. Al respecto, *Vid.* GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias. Universidad de La Rioja. España. [En línea] [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf)

que, como la prueba documental, resulta de suma importancia en sede procesal⁵².

- b. En segundo lugar, nos referiremos a la prueba pericial y documental porque, *grosso modo*, los demás medios probatorios consagrados por el Código de Procedimiento Civil, no suscitan mayores inconvenientes frente a la implementación de la oralidad⁵³. Así, por vía de ejemplo, la prueba testimonial y el interrogatorio de parte parecieran no tener que sufrir grandes modificaciones en un sistema oral, en la medida en que su configuración actual, además de preponderantemente verbal, favorece la concentración y la intermediación procesal⁵⁴; similar situación puede predicarse de la inspección judicial, la que, en principio, no requiere tampoco de muchas modificaciones frente a la oralidad, particularmente porque se trata de un medio probatorio que, como es natural, favorece por completo el consabido principio de intermediación⁵⁵.

En compendio, dos son las conclusiones parciales a las que se puede llegar a partir de las consideraciones expuestas en el presente acápite, a saber: en primer lugar, se debe afirmar que, en efecto, es necesario reformar el régimen probatorio imperante en la actualidad, para que sea viable la oralidad –tal y como lo muestra la

-
- 52 Sobre este particular, el profesor RAÚL TAVOLARI OLIVEROS plantea el asunto objeto de discusión con suma elocuencia; así, 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 antes) y ii) se deba leer, completa o resumidamente, en ella? ..." TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. La prueba entre la oralidad y la escritura. Universidad de Chile. Chile. [En línea] [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip28chil.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/informes/ip28chil.pdf)
- 53 Con ello no se quiere significar que los demás medios probatorios no requieran de ajustes o puntuales consideraciones en el marco de la oralidad; no: si bien es cierto que, probablemente, la prueba testimonial, el interrogatorio de parte y la inspección judicial necesiten de algunas modificaciones o reformas, estas no son tan estructurales como las consideraciones que se deben realizar en punto tocante con la prueba pericial y la documental, ora porque se requiera una reforma sustancial –como sucede en la pericial–, ora porque se requiera la preservación de su forma actual –como en la prueba documental–.
- 54 A pesar de que no serán objeto de análisis en el presente estudio, conviene retomar lo dicho por el doctor Mestre sobre este particular, frente al cual sostiene que "...parece importante un pequeño ajuste en los mecanismos para la comparecencia de personas y en los efectos por su inasistencia, pues en un sistema oral y concentrado no puede tenerse la misma actual indulgencia con testigos y partes que no se presentan a la audiencia respectiva. Dicha ausencia es bastante más grave y deben preverse adecuadamente las situaciones para no entorpecer el curso del proceso y procurar el completo recaudo de los medios de prueba ..." (MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, *op. cit.*, p. 20).
- 55 Sobre este particular, explica la doctrina que, si bien no son muchas las modificaciones que se deben realizar, "... deben modificarse las reglas de procedencia de la inspección judicial, pues su práctica claramente afectaría la concentración del proceso. Además, con la tecnología actual es posible documentar o registrar adecuadamente la cosa, lugar o persona objeto de la inspección para llevar el conocimiento pertinente al Juez, sin necesidad de practicar la diligencia de verificación directa. El Código de Procedimiento Penal limitó su procedencia a la imposibilidad de llevar la respectiva evidencia a la audiencia, sumada a otros criterios que han conducido a que prácticamente la inspección judicial no se realice en dicho sistema (art. 435 y 436) ..." *Ibidem*, p. 21.

doctrina y la experiencia de otras jurisdicciones, así como la del derecho comparado; de otra parte, tales modificaciones cobran especial valía o importancia frente a la prueba pericial y la prueba documental, razón por la cual éstas merecen una consideración en especial, tal y como pasa a exponerse a continuación.

3. LA PRUEBA PERICIAL⁵⁶:

a. El estado del arte de la prueba por dictamen pericial:

De entrada es preciso advertir que el dictamen pericial, en sí mismo considerado, cobra vital y renovada importancia en sede procesal –tanto en el proceso civil, como en el penal–⁵⁷, en la medida en que cumple una función estructural, como es la de orientar al Juez en aquellos asuntos que, por su complejidad técnica o especialidad científica, requieren de un especial grado de conocimiento o experticia que, en principio, es ajena a la autoridad judicial y cuya clarificación es función propia del perito⁵⁸.

Así las cosas, se trata entonces de un soporte vertebral en la estructura probatoria del proceso, toda vez que, en la mayoría de los casos, la discusión suele trabarse sobre asuntos complejos en los que el conocimiento ordinario no es suficiente para elucidar las minucias que darán la razón a una u otra parte, razón por la cual el conocimiento técnico se torna en un punto de obligatorio repaso para desentrañar tales minucias⁵⁹.

56 Es importante de entrada anotar que, en las consideraciones que en lo sucesivo se harán, no se pretende hacer una revisión conceptual exhaustiva de los medios probatorios que se van a abordar, sino simplemente identificar los problemas que tales medios de prueba generan frente a la oralidad y las alternativas de solución que contribuirían a conjurar tales problemáticas.

57 Sobre este particular, *Vid.* DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Temis. Bogotá. 2002, pp. 277-278.

58 Es mucho lo que se ha dicho en torno a la función de la peritación –en la medida en que no es un tema en el que la doctrina sea unánime–; sin embargo, las consideraciones del profesor Devis Echandía son, como siempre, muy ilustrativas sobre el particular; así, el citado maestro afirma que la peritación consiste en una “... actividad de personas especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos, o, simplemente, para su apreciación e interpretación ...” (DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Teoría general de la prueba judicial. *op. cit.*, p.278). Sobre este particular, *Vid.* FLORIÁN, EUGENIO. De las pruebas penales. Temis. Bogotá. 196, nums. 172 y 193; CARNELUTTI, FRANCESCO. La prueba civil. Arayú. Buenos Aires. 1955. pp. 17 y 18; LESSONA, Teoría general de la prueba en derecho civil. Reus. Madrid. 1928. pp.551 y ss.; GUASP, JAIME. Derecho procesal civil. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956-1962, pp. 394 y 398.

59 *Vid.* GUASP, JAIME. Derecho procesal civil. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956-1962, pp. 394 y 398. ; FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA. Lógica de las pruebas en materia criminal. Tomo I. Bogotá. Temis. 1964, pp. 302-305.

Ahora bien, la particular forma en que interviene el perito –encargado de rendir el dictamen pericial– en sede procesal, ha generado que sea mucho lo que se discute en torno a la naturaleza jurídica del dictamen pericial –sin contar los amplios debates que se han formado en torno a la labor del perito mismo⁶⁰–, razón por la cual es necesario determinar, en primer lugar y en forma somera, si se trata de un medio probatorio que, como tal, admita un estudio de cara a la pregunta estructural que orienta la presente ponencia, ya que, si no se le considera como medio de prueba en particular, su análisis no será pertinente frente a la temática abordada en el presente estudio.

Pues bien, con respecto a ello, resulta cardinal precisar que, para algunos, el dictamen pericial cumple una función de simple asesoramiento de la autoridad judicial que, en puridad, se circunscribe al reconocimiento de una prueba que ya existe, puesto que se limita a “... *colaborar en la investigación de los hechos, aportando el auxilio de su ciencia o de su técnica para su verificación total o parcial, cuando aquellos revistan especiales características técnicas, científicas o artísticas ...*”⁶¹; cumple destacar que, con esta posición se niega que el dictamen pericial sea, como tal, un medio de prueba, toda vez que, más que un instrumento para acreditar un hecho dentro del proceso, se le ve como una herramienta de soporte judicial, posición que no resulta insular como quiera que cuenta con importantes partidarios a su favor, como son los profesores Carnelutti, Piero Castro y Hugo Alsina.

Contrario sensu, hay quienes consideran al peritaje como un genuino y auténtico medio probatorio –la consabida prueba pericial–, “... *por cuanto sirve para llevarle al juez la información de hechos que requieren especiales conocimientos técnicos científicos y artísticos ...*”⁶². Esta postura, además de mayoritaria⁶³, es la

60 Es preciso distinguir entre dos debates que se han dado en esta materia: uno es el atinente al debate en torno a la naturaleza jurídica del dictamen pericial y otro es sobre la naturaleza jurídica del perito como tal; frente a ésta última, “... *la controversia es mayor, por cuanto para unos es un testigo, mientras que otros lo consideran un juez y la mayoría, con mayor asidero, como auxiliar de la justicia ...*” AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de Derecho Probatorio*. Temis. Bogotá. 1998. p.242. También lo exponen GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ y MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ, quienes sostienen que “... *mucho se ha discutido en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de esta prueba. Para unos es un testimonio, para otros el perito es juez, para otros es un árbitro, para otros es un mandatario, y para otros es un auxiliar del juez. Otros más creen que participa de varios de esos caracteres ...*” RODRÍGUEZ, GUSTAVO y RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA. *Derecho probatorio*. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá. 1997, p. 136.

61 AZULA CAMACHO, *Manual de derecho probatorio*, Temis, Bogotá, 1998.

62 AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho probatorio, op. cit.*, p. 242.

63 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales (tomo III)*. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 1994. pp.348-349. FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA. *Lógica de las pruebas en materia criminal. op. cit.*; RODRÍGUEZ, GUSTAVO y RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA. *Derecho probatorio. op. cit.*; PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2009. p.589.

que defiende el célebre procesalista Humberto Briceño Sierra, quien considera que “... la pericia es el medio de prueba al que se recurre, cuando para asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, se requieren conocimientos técnicos o cuando siendo esta la materialidad del hecho, es necesario para conocer su índole, cualidad o sus consecuencias, un conjunto de conocimientos técnicos o científicos ...”⁶⁴, posición que resulta también mayoritaria en Colombia, en la que se ve al perito como un auxiliar de la justicia⁶⁵ –en la jurisdicción civil- y al dictamen pericial como un genuino medio de prueba⁶⁶, lo que, en principio, habilita entonces para referirnos a este mecanismo probatorio en particular, de cara a la pregunta cardinal de la presente ponencia, la que justamente indaga por las modificaciones que es preciso realizar a ciertos *medios de prueba* como tal, para que sea procedente la oralidad en el marco del proceso civil.

Ocupándonos entonces de este asunto principal, sea lo primero acotar que, al menos en la generalidad de los procesos civiles, la aplicación que se le da a la prueba pericial refleja, *in claris*, el influjo que el sistema escrito ha tenido en sede jurisdiccional⁶⁷; no en vano, parte de la doctrina sostiene que “... las reglas vigentes que regulan la pericia o experticia fueron concebidas para el proceso escrito. Las partes pueden conocer el dictamen de los expertos y sobre él, podrán realizar las observaciones u objeciones que juzguen pertinentes, o pedir aclaraciones o adiciones. Es un procedimiento que de alguna manera tiende alargar (sic) la duración del proceso. No hay duda que hay diferencias notorias con relación al examen pericial en el proceso oral ...”⁶⁸.

64 BRICEÑO SIERRA HUMBERTO, Derecho Procesal, segunda edición, HARLA, 1995, México D.F., p. 1301.

65 AZULA CAMACHO, JAIME. Manual de derecho probatorio, *op. cit.*, p.243; DE SANTO, VICTOR. Diccionario de derecho procesal. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. 1991, p.341.

66 Sobre este particular afirma el profesor Jairo Parra Quijano que “... el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos. Tal como el testimonio, el documento, la inspección judicial, etc., le hacen conocer al juez unos hechos; así mismo, el dictamen pericial lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate. Si, verbigracia, se necesitara un dictamen pericial sobre un tema en el cual el juez se encontrara especialmente capacitado, de todas maneras habría que practicar la prueba, pues lo contrario, esto es, que el funcionario se atuviese a sus propios conocimientos, por profundos que sean, sería tanto como que sin necesidad de testimonios, documentos, etc., tuviera por acreditados determinados hechos; los conocimientos del juez le servirán para valorar en mejor forma la prueba, al igual que cuando conoce personalmente los hechos, para estimar el testimonio ...”. PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de derecho probatorio, *op. cit.*, p.589. También es la opinión de JAIME AZULA CAMACHO, para quien “... la tendencia mayoritaria –acogida en nuestro ordenamiento jurídico, con la cual nos identificamos-, lo considera como un medio probatorio, por cuanto sirve para llevarle al juez la información de hechos que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos y artísticos ...” AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho probatorio*, *op. cit.*, p. 242.

67 Se afirma que es en la mayoría de los casos, por cuanto la prueba pericial cambia sustancialmente su forma cuando se da en el marco de un proceso verbal.

68 RIVERA MORALES, RODRIGO. La Pericia en el Proceso Oral. Universidad de Salamanca. p. 7.

Por esa razón, en los procesos que, en la actualidad, se rigen por el sistema escrito, la prueba pericial se ha delineado de una forma tal, que resulta coherente y plenamente concordante con dicho sistema.

Ello sin perjuicio de las modificaciones que en esta materia en particular introdujo la Ley 1395 de 2010, la que, entre otras cuestiones más, dispuso que la rendición del dictamen pericial se realizaría de manera verbal en el marco de la audiencia contemplada en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, a la par que en los procesos ejecutivos, por una expresa remisión legal⁶⁹; lo propio consagró respecto de la contradicción del dictamen pericial, la que trasladó también a la oralidad. Pues bien, a pesar de estas modificaciones, la ley 1395 de 2010 se ocupó de consagrar un sistema oral en materia de prueba pericial solamente en lo tocante con la referida audiencia del artículo 432, a la par que con los procesos ejecutivos, lo que ha llevado a parte de la crítica a afirmar que se quedó corta en esta materia, toda vez que en el marco de otros procesos se podría afirmar que, en principio, el dictamen pericial mantiene su presentación y contradicción escritas⁷⁰.

69 c) Recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás. d) Decretará la práctica de inspección judicial cuando la parte que la solicite no pueda demostrar por medio de una videograbación los hechos sobre los cuales ha de versar aquella. 3. Concluida la práctica de pruebas el juez oírà hasta por veinte minutos a cada parte, primero al demandante y luego al demandado. 4. La sentencia se emitirá en la misma audiencia, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado. Si fuere necesario, podrá decretarse un receso hasta por dos horas para el Al tenor de lo previsto por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 “El artículo 432 del Código de Procedimiento Civil quedará así: **“Trámite de la audiencia.** En la audiencia se aplicarán las siguientes reglas: 1. El juez intentará la conciliación, hará el saneamiento del proceso, fijará los hechos del litigio, practicará los interrogatorios de parte en la forma establecida en el artículo 101, y dará aplicación al artículo 25 de la Ley 1285 de 2009. 2. A continuación decretará las demás pruebas y las practicará de la siguiente manera: a) Oírà el dictamen del perito designado y lo interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia. En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen. b) Interrogará a quienes hayan rendido los experticios aportados por las partes y hayan sido citados a la audiencia de oficio o a solicitud de parte, pronunciamiento de la sentencia. En la misma audiencia se resolverá sobre la concesión de la apelación. 5. La audiencia se registrará mediante un sistema de grabación electrónica o magnetofónica. En el acta escrita se consignará única-mente el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, los documentos que se hayan presentado, el auto que suspenda la audiencia y la parte re-solutiva de la sentencia. En ningún caso se hará transcripción del contenido de las grabaciones. Cualquier interesado podrá pedir la reproducción magnética de las grabaciones, proporcionando los medios necesarios. En todo caso, de las grabaciones se dejará duplicado que formará parte del archivo del juzgado. 6. La inasistencia de alguna de las partes hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones, según el caso. Parágrafo. El juez proferirá sentencia por escrito, sin realizar audiencia, cuando por disposición legal la falta de oposición del de-mandado determine la emisión inmediata de la sentencia”. Por su parte, el artículo 28 dispone que “El artículo 439 del Código de Procedimiento Civil quedará así: **“Artículo 439. Trámite de la audiencia.** La audiencia se sujetará a lo establecido en el artículo 432, en todo lo que sea pertinente, pero en ella no se practicarán más de dos testimonios por cada hecho”.

70 Es importante anotar que la anterior conclusión en torno al alcance de la reforma introducida por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010, se deduce de la ubicación misma del texto legal, el que, como en

Finalmente, las recusaciones contra el perito son también prueba de la estirpe escrita de la prueba pericial, en la medida en que se formulan también por escrito y, la actuación procesal subsecuente a dicha recusación, es también escrita (Código de Procedimiento Civil, art. 235)⁷¹.

Ello, sin duda, resulta absolutamente lógico de cara a un sistema que, en la mayoría de sus actuaciones, se rige por el procedimiento de naturaleza escrita; sin embargo, frente a un procedimiento oral, puede llegar a tener varios inconvenientes que, en rigor, afectarían la técnica procesal, como quiera que parte de las ventajas que se persiguen a través de la oralidad, a la par que de la operancia misma del sistema, pueden verse subvertidas por la subsistencia de ciertos trámites escritos –que no todos, en la medida en que algunos siguen resultando estrictamente necesarios–⁷².

Así las cosas, por vía de ejemplo, la intermediación procesal, adalid de la oralidad, pierde mucha fuerza cuando se impide que el perito intervenga directamente en la audiencia oral en el marco de todos los procesos y no, como parece haberlo consagrado la Ley 1395, solamente en el marco de la audiencia del artículo 432 y de los procesos ejecutivos, toda vez que el contacto con la experticia misma es menor cuando ésta se halla contenida en un escrito, a cuando se rinde personalmente en sede procesal. En efecto, 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 judicial⁷³, 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 éste 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

precedencia se acotó, sólo se refirió a la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y al trámite del proceso ejecutivo; también se puede colegir del hecho de que, en su regulación general –es decir, en los artículos que *in genere* se ocupan de este particular medio probático–, la prueba pericial no tuvo reforma alguna; en todo caso, en obsequio a la sinceridad, es preciso acotar que parte de la doctrina considera que con la reforma introducida por el artículo 25 de la referida Ley, quedo cobijada la integridad de la prueba pericial, como prueba que se practica en forma verbal, asunto que, en consecuencia, es objeto de debate en la actualidad.

71 PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de derecho probatorio, *op. cit.*, p.594.

72 No sobra recordar lo dicho por el doctor José Fernando Mestre sobre este particular, quien explicaba cómo "... El dictamen escrito y la contradicción por escrito han hecho de la prueba pericial el más lento pesado y desconcentrado de los medios probatorios .." MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, *op. cit.*, p.21.

73 Sobre este particular, *vid.* HERRERA ABIÁN, ROSARIO. La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal). Comares. España. 2006.

la prenotada contradicción procesal, en el sentido de permitir una verdadera discusión entre las partes, en el marco de la audiencia judicial⁷⁴; ello justifica, entre otros, que los recursos sean interpuestos y sustentados en el seno de la audiencia como tal, sin que se surtan actuaciones posteriores sobre el particular; asimismo, se refleja en la posibilidad de interpelar directamente a la contraparte, observando, claro está, las formas propias de cada juicio. En fin, la oralidad permite que la controversia sea más ágil y dinámica en sede procesal, ventaja esta última que, sin duda, puede verse afectada si, desde el punto de vista de la controversia respecto de la prueba pericial, se mantiene la preponderancia del procedimiento escrito, evitando entonces que se aproveche la presencia del perito en el marco de la audiencia, para controvertir, allí mismo, su actuación; resultaría muy provechoso que, estando el perito presente entre las partes, se puedan plantear las dudas y demás discusiones que su dictamen pericial puede generar.

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; así las cosas, por vía de ejemplo, en lo tocante con las recusaciones, no se justificaría surtir una actuación escrita cuando se puede formular la recusación en la audiencia y el perito, en esa misma audiencia, decide aceptarla, o se cuenta con el acervo probatorio y argumentativo suficiente para oponerse, permitiéndole al juez tomar una decisión; en casos como ese –que antes no eran posibles porque el perito, en la mayoría de los casos, no intervenía personalmente en la audiencia–, se vería claramente perjudicada la economía procesal, así como el principio de concentración, por cuanto se conminaría una actuación escrita cuando ésta no resulta necesaria.

En compendio, nótese entonces que la transición a la oralidad implica, como ya se anticipaba en acápites anteriores, la reconsideración de la forma en que opera la prueba pericial, toda vez que con ella, se abre una gran oportunidad para hacer ajustes estructurales a la intervención de los peritos que, siguiendo la experiencia de otras jurisdicciones –particularmente de la penal–, a la par que de otros países, permitirían potencializar las ventajas mismas del proceso oral –como son justamente la inmediatez y la concentración procesal–, las que, de lo contrario, se verían opacadas por la preservación de ciertos trámites que, en rigor, fueron diseñados en un contexto muy diverso al de la oralidad.

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

b. Algunas puntuales propuestas de reforma:

Pues bien, este es un propósito que, *prima facie*, se puede lograr a través de puntuales modificaciones o reformas a la prueba pericial que, sin subvertir su esencia misma, permiten capitalizar, como reiterativamente se ha dicho, las ventajas de la oralidad; así, entre otras más, resultarían pertinentes, a nuestro juicio, las reformas propuestas a continuación:

- a. En primer lugar, respecto de la amplitud, alcance u objeto de la prueba pericial, resulta conveniente mantener el que se refiera, exclusivamente, a cuestiones técnicas, científicas o artísticas, en la medida en que es parte de su genuina naturaleza, el que verse justamente sobre esas materias⁷⁵; en efecto, y como en su momento se acotó, la teleología que informa a la prueba pericial y al perito en sí mismo, es la de servir de soporte al juez, para ilustrarlo frente a una cuestión que requiere de un especial conocimiento para su comprensión, razón por la cual 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 peritaje⁷⁶.

75 Sobre este particular explica el profesor AZULA CAMACHO que “... la prueba pericial se impone cuando se 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, *op. cit.*, pp. 243-244.

76 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 éste, 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.*, pp. 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

Ello, de cara a la oralidad procesal, tiene una especial connotación, en la medida en que dentro de los ajustes que se deben realizar a la prueba pericial, es preciso subrayar el cuidado sumo que debe tener el juez 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.

Puesto en otros términos, la oralidad procesal no puede conducir a la desfiguración de la prueba pericial, en el sentido en que no se puede convertir en la oportunidad para que el perito entre a opinar sobre asuntos que, en principio, no le conciernen, por no ser asuntos técnicos, científicos o artísticos. Es por ello que el juez debe proceder *ex abundante cautela*, estando atento a lo dicho por el perito e interviniendo cuando dicho perito empiece a tener injerencia en asuntos ajenos al peritaje mismo, frente a los cuales esto no es procedente. De lo contrario, el perito se transformará en un abogado más de las partes.

- b. En cuanto al dictamen como tal, carecería de sentido, a la par que de técnica jurídica, que el momento estelar de la prueba pericial –como es justamente el dictamen– se rindiera por escrito, cuando todas las actuaciones se surten en forma oral; ello ya fue reconocido incluso por la propia jurisdicción civil, como quiera que en los procesos verbales que contempla el Código de Procedimiento Civil, se establece, de antemano, la oralidad también del dictamen pericial, justamente porque, se itera, sería insular, *a fuer* de antitécnico, el que el informe del perito se rindiera por escrito, cuando la grandísima mayoría de las actuaciones dentro del proceso, han sido desarrolladas en forma oral⁷⁷.

Justamente, habida cuenta de ello es que resultaría pertinente permitir la intervención personal de los peritos en el marco de la audiencia oral *para todos los procesos en general*, y no solamente para aquellos en los que lo prevé la ley 1395 de 2010 –esto es, el de la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y en los procesos ejecutivos⁷⁸-. Esta intervención permitiría

y ROBIN, JEAN. L'expertise comptable judiciaire. Presses Universitaires de France. París. 1961. pp.1-15; SICARD, JEAN. La preuve en justice. Librairie du Journal des Notaires. Comment Faire. París. 1960, p. 335; MICHELI, GIAN ANTONIO. Corso di Diritto processuale civile. Tomo II. Milán. 1952, pp. 16-21. MALLARD, LOUIS. Traité formulaire de l'expertise judiciaire. Librairies Techniques. París. 1955. Nums. 1-7.

77 Sobre este particular, *Vid.* MESTRE, JOSÉ FERNANDO. A oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, *op. cit.*, p. 21.

78 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

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 Código de Procedimiento Civil; se trata, en síntesis, de permitir que el perito rinda su informe en forma oral en el curso de la generalidad de los procesos, 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, resultaría en todo caso 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, no constitutivo de la prueba en sí misma, sino con el propósito de que sirva de orientador a las partes, con el propósito de que puedan preparar la audiencia y conocer de qué se está hablando en el seno de la misma⁷⁹.

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.

79 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.

- c. En cuanto a la formulación de recusaciones, nada impide que, primigeniamente, ésta se pueda hacer verbalmente en la audiencia siguiente a aquella en la que se designen los peritos –y, en general, en el marco de la audiencia previa, con el propósito de favorecer la concentración-, con el propósito de dar la oportunidad de que el perito la acepte, sin necesidad de surtir ningún trámite adicional, ni de presentar ningún escrito en particular; ahora bien, si lo que sucede es que, formulada la recusación, el perito recusado se opone a ella, en ese caso sí será necesario surtir una actuación escrita –sustentación escrita de la recusación, traslado de la misma, entre otras- en los términos en que lo prevé el Código de Procedimiento Civil en la actualidad, toda vez que se requerirá de un tiempo prudencial, a la par que de las pruebas pertinentes, para que el juez pueda elucidar si debe o no abrirse paso a la recusación objeto de controversia.

Puesto en otros términos, con el propósito de permitir la posibilidad de evitar el trámite escrito como tal, la formulación de la recusación, en sede de oralidad, se deberá hacer, en primera medida, en forma verbal, de tal manera que, de aceptarla –también verbalmente- el perito recusado, no sea necesario surtir ninguna diligencia adicional, sino simplemente proceder a designar un nuevo auxiliar de la justicia; sin embargo, si presentada dicha recusación verbal, se traba una discusión con el perito, por haberse opuesto este último a la consabida recusación, sí será entonces necesario surtir la diligencia tal y como lo regula en la actualidad el Código de Procedimiento Civil, permitiendo la solicitud de pruebas, a la par que un término prudencial para resolver la cuestión; con ello se garantizaría el debido proceso y el derecho a la defensa y a la contradicción.

Nótese que, en todo caso, la recusación del perito ofrece algunos inconvenientes de cara a la oralidad, los cuales conducen a preservar ciertas actuaciones escritas, a pesar de la preponderancia verbal –como ya se acotó-; para evitar esta dificultad, existe una segunda posibilidad que es la de adoptar el sistema incorporado al ordenamiento procesal penal, en el cual se dejó de ver al perito como un auxiliar de la justicia y se adoptó el sistema del peritaje de parte, en el que, como su nombre lo indica, los peritos son de la partes, presentados por las partes⁸⁰ y, como tal, se les aplican las normas propias de la prueba testimonial

80 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 éste 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.

“... tanto en la conformación de su objeto y eficacia probatoria, como en su contradicción ...”⁸¹.

Así, en lo tocante con la contradicción, cuando el perito es 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, permitiendo entonces practicar un contrainterrogatorio para desvirtuar el informe pericial, a la par que presentar contraevidencias, también con dicho propósito⁸².

En ese sentido, el esquema del perito de parte evita incursionar en el tema de la objeción y por esa misma razón, al permitir una contradicción como la de la prueba testimonial –por excelencia verbal–, pareciera ser una buena alternativa de cara a la oralidad. Sin embargo, se trata de un tema abierto cuya decisión depende del legislador, quien, en principio, se ocupó ya de esta materia en particular, toda vez que en la Ley 1395 de 2010 reformó la prueba pericial de una manera tal, que consagró mantuvo el sistema del perito como auxiliar de la justicia, pero implementó también la posibilidad de que se aportaran peritajes de parte, en los términos anteriormente descritos⁸³. Ello, sin embargo, se hizo,

81 MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada. *op. cit.*, p. 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>). 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.

82 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.

83 Al tenor de lo previsto por el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 “El artículo 432 del Código de Procedimiento Civil quedará así: “**Trámite de la audiencia.** En la audiencia se aplicarán las siguientes reglas: 1. El juez intentará la conciliación, hará el saneamiento del proceso, fijará los hechos del litigio, practicará los interrogatorios de parte en la forma establecida en el artículo 101, y dará aplicación al artículo 25 de la Ley 1285 de 2009. 2. A continuación decretará las demás pruebas y las practicará de la siguiente manera: a) Oirá el dictamen del perito designado y lo interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia. En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen. b) Interrogará a quienes hayan rendido los experticios aportados por las partes y hayan sido citados a la audiencia de oficio o a solicitud de parte ...” (el subrayado no es original); nótese que en el literal a, la norma se refiere al perito como auxiliar de la justicia, es decir, al que tradicionalmente venía operando en la legislación procesal civil; sin embargo, en el literal b, habla del perito de parte, con lo que incorporó un sistema mixto. En todo caso, al eliminar la objeción y permitir que las partes aporten sus propias experticias, es previsible que el sistema del perito como auxiliar de la justicia caerá en desuso práctico, toda vez que si las partes en el proceso cuentan con la posibilidad de llevar un experto contratado por ellas, no acudirán al informe de un auxiliar de la justicia que ni siquiera se puede objetar.

como en reiteradas ocasiones se ha afirmado, en el marco de la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, a la par que en los procesos ejecutivos.

- d. Se encuentra además la contradicción frente al dictamen pericial; por los argumentos anteriormente expuestos, particularmente en lo tocante con la agilidad de la contradicción, es también pertinente que, al menos en lo concerniente a las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen pericial, éstas se puedan realizar en forma verbal dentro de la audiencia en que se rinde el respectivo informe; ello será posible en la medida en que las partes dispondrán, con anterioridad a la referida audiencia, de una versión escrita del mismo, por lo que podrán identificar, *ex ante*, los puntos en que, a su juicio, se requiere de aclaración o complementación; será el juez quien deba decidir, también en el marco de dicha audiencia, si hay lugar o no a la solicitud de aclaración o de complementación y, siendo ello medular, si el perito debe absolverlo de inmediato o dispondrá de un corto lapso de tiempo para preparar la nueva respuesta, por no contar con la información necesaria para hacerlo en ese momento; en ello deberá también ser sumamente cauteloso el juez, en el sentido de no permitir la desfiguración de la prueba pericial mediante solicitudes de aclaración o complementación que, en realidad, conviertan al perito en un testigo, y que, en consecuencia, subviertan la naturaleza misma de la prueba⁸⁴. En este punto es también preciso reconocer el avance logrado por la pluricitada Ley 1395, la que contempló la contradicción verbal del dictamen pericial, de nuevo, en el marco de la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y del trámite propio de los procesos ejecutivos.

Finalmente, en lo concerniente a la objeción frente al informe pericial –si se admite que ésta aún subsiste en procesos diferentes a los de la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y los procesos ejecutivos, como quiera que en éstos últimos la Ley 1395 de 2010 eliminó, de plano, la objeción, dado el contenido y la trascendencia jurídica de la objeción, a la par que la necesidad de acreditar la existencia de un error grave en el mismo, frente al cual el perito puede defenderse y que se resuelve, en la mayoría de los casos, mediante otro informe pericial, resulta oportuno mantener la regulación que en la actualidad existe para las objeciones en el seno de los procesos verbales y que permite formular la objeción “... *oralmente en la audiencia, pero la parte dispone de los tres días siguientes para sustentarlo por escrito y pedir las pruebas para establecerlo ...*”⁸⁵. Con esta posibilidad se abre un espacio para la agilidad propia de la oralidad, pero se evita que la sustentación

84 *Vid. Supra*, No. 64-65.

85 AZULA CAMACHO, JAIME. Manual de derecho probatorio, *op. cit.*, p. 258.

del error grave, así como la posibilidad de defensa a favor del perito cuyo informe fue objetado, puedan tomarse a la ligera y sin la posibilidad de surtir un trámite adecuado que permita esclarecer si, en efecto, el informe pericial ha incurrido en error grave por el cual no deba ser tenido en cuenta; permitir que esta actuación se surta en forma verbal, sin perjuicio de no resultar del todo inadecuada, sí podría perjudicar, entre otros, la rigurosidad de la sustentación del error grave, a la par que la defensa del perito, en la medida en que explicar todos estos asuntos en el seno de la audiencia oral, no solamente sería sumamente difícil, sino que impediría contar con las pruebas y el soporte técnico necesario para llegar a una conclusión más adecuada.

Las anteriores serían, en rigor, las principales propuestas de reforma que se podrían incorporar a la prueba pericial y que contribuirían, de una manera u otra, a que el proceso oral no sea ilusorio en sus ventajas, por no contar con una estructura probatoria adecuada a las necesidades y a la agilidad que le es propia. Se itera que se trata de reformas que, con fundamento en la experiencia nacional e internacional, parecieran ajustar ciertas particularidades de la prueba por peritos sin desfigurarse, en línea de principio rector, la naturaleza y genuina estructura de la prueba pericial, la cual, en pureza, debe ser mantenida, justamente por su trascendencia.

4. LA PRUEBA DOCUMENTAL

Analizada, como está, la prueba pericial, podemos ahora ocuparnos de lo concerniente a la prueba documental, segundo medio probatorio que, en pureza, y dadas su características, merece unas consideraciones en especial, como quiera que la implementación de la oralidad, de forma casi inmediata, genera la pregunta por el futuro o el porvenir de la prueba documental, la cual, por su naturaleza material, pareciera, en principio, chocar con el sistema oral⁸⁶.

Ello ha conducido entonces a que se suele preguntar por el *modus operandi* que debe asumir la prueba por documentos en el marco de la oralidad procesal, no sólo habida cuenta de la estructura actual que, al menos en la jurisdicción civil, tiene la prueba documental, sino también de la importancia que dentro de los procesos civiles reviste este medio probatorio en particular.

Las propuestas, *prima facie*, son disímiles, en la medida en que no faltan ideas que procuran sintonizar la prenotada prueba documental con la forma en que se

86 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 antes) y ii) se deba leer, completa o resumidamente, en ella? ...". TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. La prueba entre la oralidad y la escritura, *op. cit.*

surten la mayoría de las actuaciones en el marco de la oralidad; así, a primera vista se puede pensar en mantener inalterada la metodología actual con la que se da trámite a la prueba documental; o se puede proponer una reforma estructural que permita la compatibilidad entre la naturaleza material del documento y dicha oralidad; o simplemente sostener que habrá ciertos aspectos de la prueba documental que se deben mantener, mientras que habrá otros que se deben modificar.

Pues bien, esta discusión tuvo lugar ya en el marco de la jurisdicción penal, en el que, con ocasión de la implementación del sistema penal acusatorio, se tuvo que elucidar cuál era, en principio, la forma en que se debía regular la prueba documental, ocasión en la cual, entre otros aspectos más, se dijo que se entendía por documento, todos aquellos textos manuscritos, mecanografiados o impresos, grabaciones magnetofónicas, discos de todas las especies que contengan grabaciones, grabaciones fonópticas o vídeos, etcétera⁸⁷, los cuales deben ser pertinentes al caso en concreto y deben ser presentados junto a la demanda. En materia de autenticidad el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal establece que *“se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento”*⁸⁸; asimismo, en el citado artículo 425 se dispuso que *“también lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de*

87 Artículo 424. Código de Procedimiento Penal: Prueba documental. Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes:

1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.
2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.
4. Grabaciones fonópticas o vídeos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos.
8. El télex, telefax y similares.
9. Fotografías.
10. Radiografías.
11. Ecografías.
12. Tomografías.
13. Electroencefalogramas.
14. Electrocardiogramas.
15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores

88 Artículo 425. Código de Procedimiento Penal

presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad."⁸⁹

Ahora bien, debido a la implementación de la oralidad en materia penal, se da un cambio estructural en lo concerniente a la prueba documental, como quiera que, en aras de compatibilizar dicha prueba con la oralidad, se dispuso que en el momento del juicio los documentos deben ser leídos y expuestos al juez y a las partes, para que ellos conozcan su contenido y forma (Código de Procedimiento Penal, art. 431)⁹⁰. 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 mismo⁹¹.

Nosotros, sin embargo, estimamos que tal modificación a la prueba documental no fue, en realidad, una modificación muy afortunada, en la medida en que ha conducido a una suerte de artificiosidad en lo concerniente a la prueba documental, toda vez que se ha recurrido a ciertos purismos jurídicos que, como la lectura del documento, son síntoma de una creciente desnaturalización del mismo. Es por ello que, en línea de principio rector, no estimamos conveniente hacer este tipo de galimatías con el propósito de extralimitar el alcance de la oralidad a confines frente a los cuales ella misma es ajena, sino que, muy por el contrario, creemos que debe mantenerse la primigenia estructura de la prueba documental –permitiendo su aportación como documento que es–, con el propósito, de una parte, de no afectar o subvertir su naturaleza jurídica y, de la otra, de no perjudicar, por la prenotada extralimitación, las ventajas mismas de la oralidad, como son la concentración y la eficiencia procesal.

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:

89 *Ibidem*.

90 Sobre este particular, *Vid.* FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público. Leyer. Bogotá. 2005.

91 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.

- a. En primer lugar, desnaturaliza, *in radice*, la prueba documental, la cual, a la luz del criterio doctrinal mayoritario, se caracteriza por su naturaleza material⁹², 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 acreditar⁹³, razón por la cual, 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.

Por ello consideramos que, incluso en el marco de la oralidad, se debe mantener el esquema tradicional con el que ha venido operando la prueba documental, el cual, en rigor, no es más que una lógica consecuencia de la naturaleza misma de este medio probatorio en particular, la cual exige de la materialidad, tal y como en precedencia se acotó.

- b. 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 procesal⁹⁴, 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 en particular, por lo que sería necesario fraccionarla en diferentes oportunidades procesales – perjudicando la concentración– o 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,

92 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.*, pp.180-181). *Cfr.* DE SANTO, VÍCTOR. Diccionario de derecho procesal, *op. cit.*, p. 109.

93 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 simil 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, *op. cit.*, p. 507. *Cfr.* DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Teoría general de la prueba judicial, *op. cit.*, p. 504; DENTI, VITTORIO. La verificazione delle provee documentali. Torino. Utet. 1957, pp. 41-45; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Clínica procesal. Porrúa. México. 1963, p. 381.

94 Sobre este particular, *Vid.* MESTRE, JOSÉ FERNANDO. La oralidad procesal. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada, *op. cit.*, p.21.

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.

Puesto en otros términos, parte de las ventajas propias de la oralidad podrían verse radicalmente perjudicadas por el hecho de modificar, en los términos descritos, la prueba documental, toda vez que leer y exhibir el documento en el marco de una audiencia judicial, además de que puede resultar sumamente dispendioso, puede también afectar la inmediación en el sentido de evitar que la autoridad judicial tenga un contacto más directo e inmediato con la prueba misma, claro está, si la cuestión se limita a la lectura y no se permite la revisión física y la aportación al expediente –como sí se permite en materia penal–.

Por lo anterior, no se estima entonces pertinente que, so pretexto de acomodar la prueba documental al esquema propio de la oralidad, se adopten modificaciones artificiosas que, en puridad, lo que hacen es desnaturalizar la prueba documental y perjudicar las que, en principio, son las ventajas del sistema oral; no: la prueba documental tiene una naturaleza material y, como tal, se itera, debe aportarse y valorarse en sede judicial, favoreciendo así la concentración y la inmediación procesal.

Tampoco estimamos oportuno adoptar purismos jurídicos en materia de autenticidad documental, que impliquen el reconocimiento verbal, de parte del autor, de los documentos aportados al proceso; ello también perjudicará la eficiencia del mismo y la concentración procesal, ya que se exigiría que los autores de la mayoría de los documentos comparecieran al proceso con el propósito de hacer el reconocimiento documental, dilatando así el trámite mismo⁹⁵. Muy por el contrario, consideramos que modificaciones como la introducida por la Ley 1395 de 2010 resultan muy apropiadas, toda vez que al disponer *que “En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación ...”* (Ley 1395 de 2010,

95 No sobra recordar 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 (Art. 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 materia⁹⁵. 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.*, p. 21.

art.11), evitó engorrosos y burocráticos trámites que, en muchas ocasiones, dificultaban el proceso mismo⁹⁶.

Ahora bien, donde sí se puede introducir una reforma que permita una mejor adecuación de la prueba documental al sistema oral, es en lo concerniente a la tacha por falsedad, en la medida en que, en la actualidad, la petición de la prenotada tacha se hace a través de escrito en el que se señalan, en forma precisa, los aspectos que constituyen la falsedad, se solicitan las pruebas para demostrarla, y del cual se corre traslado a las otras partes para que éstas, a su vez, soliciten las pruebas que acrediten la autenticidad⁹⁷. Éste, sin embargo, es un trámite que en el marco de la oralidad podría, como lo sugeríamos también de cara a los trámites de la prueba pericial, surtirse en forma verbal, de tal manera que en la audiencia de juicio, se pueda 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 juicio, resultan conducentes para acreditar la autenticidad del documento, y, con base en lo dictaminado por las pruebas que decreta el juez, éste 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.

Idéntica es la situación frente al desconocimiento del documento, 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–,

96 Hay quienes, sin embargo, consideran que en esta materia no fue mucho el avance que logró la Ley 1395 de 2010, en la medida en que no consagró una presunción absoluta, sino que mantuvo 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., p. 292.*

97 El trámite de la tacha por falsedad, se encuentra en los artículos 289 y 290 del Código de Procedimiento Civil; PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de derecho probatorio, *op. cit.*, p. 574.

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 intermediación 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.

Ahora bien, se itera que las anteriores propuestas no se pueden transformar en la desnaturalización de la prueba documental, por lo que la implementación del desconocimiento y la tacha por falsedad verbal, debe ser acorde con la teleología misma de tales actuaciones, en el sentido de estructurarse de tal forma que permitan, en realidad, aportar las pruebas suficientes y necesarias para acreditar una u otra posición, a la par que exponer los argumentos medulares por los que se considera que el documento está o no afectado por una u otra situación; así, debe procurarse una configuración que, considerando integralmente todos los factores, contribuya a que la discusión, aun cuando verbal –y con todas las ventajas que ello implica–, se dé con el pleno de las garantías para que el juez pueda elucidar, en realidad, a quién le asiste la razón en la tacha por falsedad o en el desconocimiento.

Finalmente, siguiendo un poco la experiencia del derecho penal, la audiencia oral permitiría una ventaja adicional que, a nuestro juicio, debería ser también considerada en el marco de la reforma al sistema: la posibilidad de solicitar, en el marco de una audiencia judicial en particular, la aclaración de aspectos que no sean claros o que sean dudosos y que tengan que ver directamente con el contenido de la prueba documental⁹⁸; 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.

98 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.

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 en una oportunidad procesal que, en lugar de aclaración, se erija como oportunidad para controvertir o interpelar asuntos como la autenticidad o la veracidad del contenido, cuestiones éstas últimas que se reservan a otros instrumentos procesales.

En compendio, estimamos entonces oportuno, en primer lugar, que se mantenga la esencia de la prueba documental, en el sentido de permitir su aportación material, sin que sea necesaria la lectura en el marco de la audiencia judicial toda vez que, se itera, ello implicaría importantes problemas desde el punto de vista de la concentración y la inmediación procesal, a la par que de la naturaleza misma de la prueba por documentos; en todo caso, consideramos que existen tres escenarios en los que, contrario a lo anterior, es recomendable introducir algunas reformas, a saber: el de la tacha por falsedad documental, el desconocimiento del documento y la posibilidad de formular, en forma verbal, la solicitud de aclaración de la prueba misma.

5. CONCLUSIONES

Las anteriores son, en esencia, las consideraciones que, a nuestro juicio, deben ser tomadas en cuenta a la hora de evaluar o examinar el régimen probatorio vigente, con el propósito de incorporar, en la realidad, el sistema oral; insistimos que se trata de una cuestión vertebral, en la medida en que constituiría un imposible jurídico y práctico, pensar en la posibilidad de contar con un sistema oral si, en forma previa, no se han hecho los ajustes necesarios a las diferentes instituciones del procedimiento civil en general –muy especialmente en lo relacionado con las pruebas–, para que dicha oralidad pueda, en efecto, tener viabilidad.

Es por ello que en el anterior estudio se procuró abordar los aspectos más álgidos o descollantes de la cuestión de la prueba y la oralidad en el marco del proceso civil, llegando a tres grandes conclusiones que, en lo medular, identifican los puntos más importantes de las consideraciones antes expuestas, a saber:

- a. En primer lugar, no se puede perder de vista jamás que, si se quiere implementar una verdadera oralidad, se hace necesario hacer concretos ajustes al régimen probatorio como tal, en la medida en que no se puede pensar en tener un genuino sistema oral, cuando subsiste un sistema probatorio de estirpe preponderantemente

escrita. Ello, sin duda, es lo que refleja la experiencia de la jurisdicción laboral, así como los diversos casos del derecho comparado y el criterio doctrinal mayoritario.

Ahora bien, dentro del examen general que se debe realizar al tema de las pruebas en sede procesal, requieren de especial y prioritaria atención la prueba pericial y la prueba documental, en la medida en que han implicado especial controversia de cara a la implementación del consabido sistema oral, ya sea porque se ha identificado la necesidad de una reforma estructural o porque, *contrario sensu*, se ha considerado que debe mantener su estructura actual – como sucede en la prueba documental–.

- b. En lo concerniente a la prueba pericial, es claro que, de todos los medios probatorios, es el que requiere una revisión más amplia y exhaustiva, en la medida en que su diseño actual, de estirpe escrita, no resulta ser muy afortunado para la oralidad; en efecto, la prueba por dictamen pericial implica adelantar una serie de actuaciones escritas que se reflejan, especialmente, en lo tocante con la práctica de la prueba, la recusación de los peritos, las solicitudes de aclaración y complementación del dictamen pericial y la formulación de oposiciones frente al mismo, trámites estos últimos que, por su estructura actual, pueden llegar a perjudicar la inmediación, la concentración y la economía procesal.

Para conjurar tales inconvenientes se proponen algunas puntuales modificaciones que harían más compatible la prueba pericial con el sistema oral; entre otras cuestiones más, podría pensarse en permitir que el dictamen pericial sea rendido verbalmente por los peritos en la audiencia de juicio y en la generalidad de todos los procesos –esto es, no solamente en los reformados por la Ley 1395 de 2010–, sin perjuicio de la entrega previa del informe escrito a las partes, con el propósito de que éstas lo puedan conocer y preparar las inquietudes y recursos a que haya lugar; también debe considerarse la posibilidad de hacer del trámite de la recusación un trámite verbal, con una serie de precauciones –señaladas en el marco de la ponencia– para evitar su desnaturalización; lo mismo sucede frente a las solicitudes de aclaración y complementación, mientras que en lo tocante con la formulación de oposiciones parece conveniente mantener el trámite que actualmente se les da en los procesos verbales, sin perjuicio de considerar la opción de adoptar el sistema del perito de parte –adoptado ya en materia penal–, para conjurar los inconvenientes que la oposición puede traer consigo.

- c. Finalmente, en lo tocante con a prueba documental, se deben evitar galimatías jurídicos –como la lectura del documento en el marco de la audiencia verbal–

que, so pretexto de oralizar el proceso, conduzcan a la desnaturalización de la prueba –afectando el elemento material que la caracteriza-, y perjudiquen la inmediación y la concentración procesal. El documento debe preservar su estructura actual en lo medular, para evitar tales inconvenientes.

Lo que sí resultaría pertinente reformar, con el propósito de sintonizarlo frente a la oralidad, es la forma en que se surte el trámite de la tacha por falsedad y el desconocimiento documental, os que admiten una reforma que los haga más acordes con el sistema oral. También puede aprovecharse la audiencia verbal, para permitir a las partes solicitar la aclaración de aspectos confusos o dudosos de la prueba documental, preguntando directamente al autor por el real contenido de lo que representa o figura en dicha prueba documental.

Con todo, no falta sino subrayar que la discusión en esta materia, dada su amplitud y relevancia práctico-jurídica, es una discusión abierta y, en consecuencia, más que sentar pétreas conclusiones, con la presente ponencia se dejan planteadas también múltiples preguntas que, como tal, suscitan controversia y constituyen una invitación para que la academia en general –investigadores, grupos y semilleros de investigación- se unan a las indagaciones que es preciso realizar en aras de encontrar los ajustes que parece conveniente efectuar para hacer de la oralidad una realidad material. Al fin y al cabo la oralidad es una cuestión que, como lo advertía Chiovenda, más que una disposición legal, requiere de la formación de una conciencia jurídica apta para la oralidad, la que, como tal, no se forma sino a través de la educación y el estudio mismo del sistema oral, razón por la cual, el esfuerzo académico en esta materia en particular, además de fundamental, resulta imperativo y, sin duda, necesario.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Clínica procesal*. Porrúa. México. 1963.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Evolución de la doctrina procesal, en: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo II. Universidad Autónoma de México. México. 1992.

ALSINA, HUGO. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001.

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal-Culzoni Editores. Santafé, 1995.

ARMIENTA CALDERÓN, GONZALO. *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*. Porrúa. México. 2003.

AYDALOT, MAURICE y ROBIN, JEAN. *L'expertise comptable judiciaire*. Presses Universitaires de France. París. 1961.

AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de Derecho Probatorio*. Temis. Bogotá. 1998.

BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. Del tránsito de la nueva ley de descongestión judicial. En: *Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre de Colombia. Colombia. 2010. p.327.

BELLO, ANDRÉS. *Codificación del derecho civil*, en *Op.jur.*, Junio 28 de 1833.

BONET, JOSÉ. El proceso civil español como modelo procesal de oralidad. En: *Revista de Derecho Procesal* de la Universidad de Chile. No. 21; pp.151-172.

BRICEÑO SIERRA HUMBERTO, *Derecho Procesal*, segunda edición, HARLA, 1995, México D.F.

CANOSA SUÁREZ, ULISES. Descongestión judicial. Ley 1395 de 2010. Aspectos probatorios del proceso civil. En: *Memorias del XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre de Colombia. Colombia. 2010. p.292.

CAPPELLETTI, MAURO. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo se hace un proceso*. Temis. Bogotá. 2007.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Arayú. Buenos Aires. 1955.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. L'oralità e la prova. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. I. 1924.

CHIOVENDA, JOSÉ. *Principios de derecho procesal civil*. Reus. Madrid.

COUTURE, EDUARDO. *Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*. Depalma. Buenos Aires, 1999.

COUTURE, EDUARDO. *Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*. Depalma. Buenos Aires, 1999.

DE LA RÚA, FERNANDO. *Teoría General del Proceso*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1991.

DE SANTO, VÍCTOR. *Diccionario de derecho procesal*. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. 1991.

Defensoría del Pueblo de Colombia. *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá. 2005.

Defensoría del Pueblo de Colombia. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. 2009. [En línea] <http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/WEB/11%20-Pruebas.pdf>.

DENTI, VITTORIO. *La verificazione delle prove documentali*. Torino. Utet. 1957; 41-45.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal - Teoría general del proceso*. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1994.

- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales (tomo III). Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 1994.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Temis. Bogotá. 2002.
- ESPITIA GARZÓN, FABIO. *Instituciones de derecho procesal penal sistema acusatorio*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. La ciencia del derecho procesal constitucional. En: *Dikaion*, Vol. 22, No.17, diciembre de 2008,
- FIERRO MÉNDEZ, HELIODORO. *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Leyer. Bogotá. 2005.
- FLORIÁN, EUGENIO. *De las pruebas penales*. Temis. Bogotá. 196.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Tomo I. Bogotá. Temis. 1964.
- FRANCOZ RIGALT, ANTONIO. *La oralidad en el proceso civil*. Codhem. [En línea].
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias. Universidad de La Rioja. España. [En línea] <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf>
- GELSI BIDART, ADOLFO. Oralidad en todo proceso. En: *Memorias del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1998. pp.477 y ss.
- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas. Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En: *Revista Justicia*. No. 116. 2007.
- GUASP, JAIME. *Derecho procesal civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1956-1962.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009.
- HERRERA ABIÁN, ROSARIO. *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*. Comares. España. 2006.
- HITTERS, JUAN CARLOS. El derecho procesal constitucional. En: FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (coordinador). La ciencia del derecho procesal constitucional. En: *Dikaion*, Vol. 22, No. 17, diciembre de 2008.
- LESSONA. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Reus. Madrid. 1928.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Procedimiento civil. Parte General*. Tomo I. Octava Edición. Dupré Editores. Bogotá, 2002.

- MALLARD, LOUIS. *Traité formulaire de l'expertise judiciaire*. Librairies Techniques. París. 1955.
- 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>.
- MATURANA, CRISTIÁN. Un moderno sistema probatorio para el proceso civil. En: *Revista del Colegio de Abogados de Chile*. No.24. 2002.
- MEDINA, IGNACIO. Oralidad y escritura en el proceso civil mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México. [En línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/10.pdf>
- MENESES, CLAUDIO. *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*. En: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14. No.2.
- MESTRE, JOSÉ FERNANDO. *La oralidad procesal*. De sus postulados teóricos a su reglamentación adecuada.
- MICHEL, GIAN ANTONIO. *Corso di Diritto processuale civile*. Tomo II. Milán. 1952.
- MONTERO, JUAN. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del Juez y la oralidad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
- 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.
- NIEVA, JORDI. Los problemas de la oralidad. En: *Revista Justicia*. No. 1 y 2. 2007. pp.101-130.
- OVALLE FAVELA, JOSÉ. Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal. Universidad Nacional Autónoma de México. [En línea] <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip41mex.pdf>;
- OVALLE FAVELA, JOSÉ. *Teoría general del proceso*. Oxford. México. 2004.
- PALOMO VÉLEZ, DIEGO. *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*. Libromar. Chile. 2008.
- 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;
- PALOMO, DIEGO. Nuevo proceso civil español: sobre algunas de las más positivas consecuencias de la apuesta por un modelo oral, concentrado y sin intermediarios. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. No.1. 2007.
- PARRA QUIJANO, JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2009.
- RAMÍREZ GÓMEZ, JOSÉ FERNANDO. *Principios constitucionales del derecho procesal colombiano*. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991. Señal Editora. Medellín. 1999.

- RIVERA MORALES, RODRIGO. *La pericia en el proceso oral*. Universidad de Salamanca.
- ROCCO, UGO. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Volumen II. Temis y Depalma. Buenos Aires, 1976.
- RODRÍGUEZ, GUSTAVO y RODRÍGUEZ, MARÍA CAROLINA. *Derecho probatorio*. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá. 1997.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE. *La Teoría del Proceso*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002.
- SAÍD, ALBERTO. Dossier. *Hacia la oralidad en el proceso civil*. Oralidad y Formalización de la Justicia.
- SCHNEIDER. *Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweis in burg. Rechtssachen*, 2a. ed.
- SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ejea. Buenos Aires. 1979.
- SICARD, JEAN. *La preuve en justice. Librairie du Journal des Notaires*. Comment Faire. París. 1960.
- TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. La prueba entre la oralidad y la escritura. Universidad de Chile. Chile. [En línea] <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip28chil.pdf>
- VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. En: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, MANUEL, *et al.*, Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Vol. 2. 2008.
- VON TEVENAR. *Theorie der Beweise im Civilprozess*. 1ª ed. Introd. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. La oralidad procesal en Iberoamérica. Brasilia.

