

# PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO ¿PROCESO JUDICIAL O MÉTODO DE INVESTIGACIÓN?

DRAFT OF A GENERAL PROCEDURAL CODE: JUDICIAL PRO-  
CESS OR INVESTIGATION METHOD?

*Jovanny Boss Agudelo\**

Recibido: diciembre 7 de 2010

Aprobado: marzo 8 de 2011

## RESUMEN

El proyecto de Código General del Proceso que cursa en el Congreso de la República de Colombia, pretende la unificación de los procesos judiciales en materia Civil, Familia, Agrario y Comercial, bajo un mismo estatuto procesal y a través de la metodología de la oralidad. Tendencia reflejada en toda la jurisdicción colombiana y cuyo fundamento se encuentra en los principios de Celeridad, Concentración y Economía Procesal.

El desarrollo del artículo presenta un análisis del proyecto de Código General del Proceso desde una visión garantista. Expone una serie de críticas a las diferentes instituciones reglamentadas en él como lo son: las cargas dinámicas probatorias, las pruebas de oficio y su fundamentación dispositiva y publicista a la vez.

---

\* Abogado de la Corporación Universitaria Remington, Medellín, maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, docente Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria Remington. [jovanny.agudelo@remington.edu.co](mailto:jovanny.agudelo@remington.edu.co)

## **PALABRAS CLAVE**

Proceso dispositivo, proceso publicista, partes, juez, cargas dinámicas probatorias, medios de pruebas

## **ABSTRACT**

The draft of the General Procedural Code that is currently in the Congress of the Republic of Colombia, aims for the unification of the judicial proceedings in the Civil, Family, Agricultural and Commercial procedural statute through the oral process methodology. A trend reflected throughout Colombian jurisdiction and whose basis lies in the principles of fast trial, concentration and economy.

The following paper presents an analysis of the draft of the General Procedural Code from a garantist perspective. It exposes a number of criticisms of the various institutions it regulates such as: the dynamic allocation of the burden of proof, evidence collected *ex officio*, and their operative and publicist foundation.

## **KEYWORDS**

Dispositive procedure, public process, parties, judge, dynamic allocation of the burden of proof, means of proof.

## INTRODUCCIÓN

*“Yo hablo siempre de la verdad,  
No de toda porque a eso no se llega”  
J. Lacan*

El presente trabajo tiene como objeto realizar un análisis crítico del Proyecto de Código General del Proceso que se tramita ante el Congreso de la República de Colombia, para lo cual tendremos en cuenta su exposición de motivos y las figuras procesales establecidas en el referido proyecto de ley.

En la exposición de Motivos del referido proyecto se establece que:

El Código sigue inspirado por el principio dispositivo, pero sustentado en una concepción publicista del mismo. El proceso civil no es solamente un asunto de partes, sino que en él están involucrados los valores de la sociedad como son la justicia, igualdad, dignidad, veracidad, etc., que cuando se tramita un proceso, adquieren mayor importancia, por ello entre las varias instituciones que se consagran en desarrollo de este planteamiento, se da valor a la conducta procesal de las partes y se llega a ordenar que siempre en la sentencia el juez las califique con consecuencias probatorias. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Exposición de Motivos).

Para su desarrollo, se expondrá de forma sucinta la estructura de un proceso judicial, las obligaciones de las partes y la función de cada etapa procesal. Así mismo, se observará el trámite establecido en el proyecto de código referido para los procesos declarativos, con el fin de determinar si cada uno de los procedimientos consagrados se ajusta a una concepción dispositiva o publicista del proceso. Lo que se pretende demostrar es que no es posible -a partir de la mezcla de dos concepciones diametralmente opuestas frente a la idea de lo que debe ser un proceso judicial- la obtención de resultados óptimos.

### 1. EL PROCESO JUDICIAL

Pasaremos a describir de forma sumaria la estructura de un proceso judicial, para luego entrar a realizar un análisis entre un proceso dispositivo y un proceso publicista.

En primera instancia, tenemos que señalar que el proceso como forma de heterocomposición de conflictos está compuesto por tres sujetos principales. Estos forman una relación dinámica que permite desarrollar por intermedio de un debate dialéctico (Teoría de contrarios) el trámite procesal (juicio). Los sujetos referidos son:

- El actor, quien pretende le sea reconocido mediante la declaración final de la autoridad jurisdiccional un derecho que cree se le ha vulnerando o que no le ha sido otorgado.
- El accionado, a quien se le ponen en conocimiento las pretensiones del actor para que, en uso de su legítimo derecho a la defensa, las acepte o las niegue.
- El Juez, un tercero independiente al conflicto que está investido de jurisdicción y competencia para decidir, en forma independiente y definitiva, sobre el conflicto generado entre actor y accionado.

Por otra parte, el debate dialéctico se desarrolla en diferentes etapas, cada una compuesta por una serie de procedimientos que deben ser impulsados por las partes bajo la observancia del director del proceso. Cada etapa cumple un objeto diferente y para su desarrollo se deben regir por los términos establecidos para ello. Dichas etapas son: etapa preliminar o de afirmación y negación. En ella, el actor narra los hechos que dieron origen al conflicto y que sirven de fundamento a sus pretensiones. Presenta sus pruebas como forma de confirmación y seguidamente, el accionado presenta oposición a las pretensiones del actor por intermedio de la proposición de excepciones, las cuales deben estar acompañadas de los medios para su confirmación.

Se continúa con la segunda etapa, la práctica de las pruebas propuestas por las partes. A posteriori, se presenta por cada una, los alegatos de conclusión, que es la última etapa donde las partes tienen la posibilidad de convencer al Juez a partir de lo evidenciado en la etapa probatoria. Y por último, la etapa donde el Juez, después de realizar una adecuada valoración de los hechos y las pruebas de cada una de las partes, profiere su decisión final a través de la sentencia.

En ocasiones, se presenta la necesidad de la intervención de terceros que son personas que se pueden ver afectadas por la decisión

final proferida por el Juez en el Proceso. Razón por la cual, se les permite actuar como sujetos intervinientes, actuaciones que deben estar regladas en cada uno de los estatutos procesales que rigen el proceso.

## **2. PROCESO DISPOSITIVO**

Tiene como fin principal la resolución del conflicto de forma civilizada. Para ello, el Juez garantiza la igualdad de partes mediante el desarrollo del debate brindándole a cada una equivalentes oportunidades para la práctica de pruebas, la formulación de los alegatos, la exposición de las afirmaciones y proscribiendo su intervención como sujeto supraordenado durante el desarrollo del proceso, debido a que su función está limitada a la dirección del mismo y posterior valoración de los argumentos probados. Esto significa que para el correcto desarrollo del proceso, se requiere necesariamente del impulso de las partes que son las obligadas en razón de la prohibición de la actuación oficiosa del Juez, establecida en aras de garantizar su independencia e imparcialidad, porque lo contrario desembocaría en la nulidad del juicio.

El Profesor Adolfo Alvarado Velloso, define el sistema dispositivo o acusatorio así:

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso sentenciar la pretensión discutida. (Alvarado Velloso, 2010)

## **3. PROCESO PUBLICISTA O ACTIVISTA**

Tiene como fin principal la resolución del conflicto mediante la búsqueda de la verdad, la cual es necesaria para poder garantizar con la decisión final la correcta aplicación de la justicia. Para ello, no solo se permite la intervención del Juez en el debate sino que se exige dicha intervención, debido a la obligación de encontrar la verdad. Esto, indiscutiblemente, llevará a la parcialización del proceso, al realizar procedimientos que son propios de las partes, tales como

el decreto de pruebas oficiosas o la obligación de autoincriminación de la parte, ordenándole la práctica de la prueba solicitada por el contrario y fundada en la mejor posición probatoria que considera el Juez tiene sobre el hecho a probar.

Se evidencia entonces una clara diferencia existente entre un proceso dispositivo donde las partes están encargadas de impulsar probar y alegar y un proceso publicista donde es el Juez el obligado a encontrar la verdad como única forma de llegar a la correcta administración de justicia.

#### **4. ANÁLISIS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

Para el análisis del proyecto de Código General del Proceso, nos limitaremos a la observancia del trámite establecido para los procesos declarativos que cambian su denominación por la del verbal y verbal sumario, dejando de lado las consideraciones referentes a los procesos declarativos especiales (Expropiación, Liquidación y Divisorio), el proceso ejecutivo y el proceso monitorio.

##### **4.1 Proceso Verbal**

El proceso declarativo que establece el proyecto de Código General del Proceso presenta un trámite mixto para su desarrollo. En primera instancia se presenta la demanda y la contestación en forma escritural y, posteriormente, se continúa con la etapa propia del juicio que se realizará de manera oral en dos audiencias, como máximo, denominadas: Audiencia Inicial y Audiencia de Instrucción y Juzgamiento. Se debe precisar que no será indispensable la realización de la segunda para todas las causas. Para su desarrollo, el proyecto reglamenta el siguiente trámite:

- Demanda y Contestación de forma escritural.
- Audiencia de Conciliación, interrogatorio a las partes, fijación del litigio, control de legalidad, alegatos de conclusión y fallo.
- En los procesos en los que sea necesaria la práctica de pruebas diferentes a las del interrogatorio a las partes por el Juez, se decretará fecha y hora para la realización de nueva audiencia denominada de instrucción y juzgamiento.

## 4.2 El Interrogatorio de las Partes

Señala el Proyecto de Código General del Proceso en su Artículo 372 num. 7 que: “El juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. Estas podrán formular el interrogatorio a su contraparte y acudir al careo si fuere necesario”.

Esta figura prevista para realizarse en la primera audiencia, inmediatamente después de haberse cerrado el periodo estipulado para la conciliación, obedece a la obligación que tiene el Juez de interrogar de forma exhaustiva a las partes tal y como lo establece la norma precitada que, entre otras, no es nueva. La reforma realizada al Código de Procedimiento Civil por la Ley 1395 de 2010 la contempla en su artículo 7, que modifica el interrogatorio previsto en el párrafo tercero del artículo 101 del actual Código de Procedimiento Civil colombiano.

El interrogatorio referido se fundamenta en la necesidad de que el Juez conozca de la fuente primaria (las partes) los hechos que dieron origen al debate litigioso.

El interrogatorio a las partes, que se erige en una pieza de inigualable valor en cuanto permite al funcionario conocer de primera mano, en voz de los protagonistas, la versión de los hechos relatados y determinar aquellos que por defectos de confesión quedan demostrados, lo cual permitirá ir restringiendo el debate posterior y tomándose una idea más completa acerca de lo sucedido. Puesto que normalmente son las partes quienes mejor conocimiento tienen de la base fáctica del proceso, si el instructor dedica un poco de atención y esfuerzo en la percepción de estas pruebas, verá usualmente disminuidas la extensión de su actividad probatoria, así como la de su sentencia (Tejeiro Duque, 2012)

Se observa entonces, cómo el Código General del Proceso incorpora desde su inicio la participación del Juez en el debate probatorio al obligarlo a interrogar a las partes. No bastándole con tal imposición al Juez, la misma norma exige que el interrogatorio se realice de forma exhaustiva, aquí hay que tener en cuenta que el interrogatorio es una prueba que tiene como finalidad obtener una confesión y se rige por una serie de reglas que, en su instrumentalización, prohíben se formulen cualquier tipo de preguntas. Es una situación que en el

desarrollo del litigio limita al interrogador a ceñirse a las normas propias del interrogatorio para formular sus interrogantes. Ahora, la inquietud emergente se orienta a cuestionar el establecimiento de que es el Juez quien debe realizar el interrogatorio: “El juez oficiosamente interrogará de modo exhaustivo a las partes” (Artículo 372, núm. 7). Así las cosas, la norma en comento sitúa en posición de inferioridad a las partes, las cuales ven limitado su derecho a la defensa a pesar de estar asistidos por un profesional del derecho. Es un asunto en el que el abogado se encuentra coartado deliberativamente frente a la acción de objetar las preguntas en razón a la calidad o fuero que ostenta el interrogador.

Ahora bien, si es el Juez quien realiza el interrogatorio, es apenas lógico suponer que este realizará las preguntas sobre los hechos presentados en la demanda y su contestación y que le generaron alguna duda respecto del tema en litigio. Vale la pena hacernos la siguiente reflexión: ¿qué sentido tendrá el desarrollo de la serie procesal si el Juez ya tiene claridad frente a los hechos sujetos al debate?, más aún si la práctica de dicho interrogatorio está prevista para antes de la fijación del litigio y control de legalidad del proceso de acuerdo con el trámite establecido para la audiencia inicial. Sin lugar a dudas, la norma de referencia es una medida que desarrolla el principio de celeridad y economía procesal, sin embargo el costo de ello es que deja de lado principios tales como, la igualdad de armas y el derecho a la defensa.

### **4.3 Pruebas**

Las pruebas constituyen el medio de confirmación de los hechos y pretensiones del demandante así como de las excepciones del demandado, de ahí que sean elementos esenciales para la resolución de cualquier conflicto que se pretenda solucionar mediante un proceso judicial. Al respecto, se evidencia un código generoso en los medios de pruebas permitidos y se destacan dos instituciones propias de los códigos publicistas, tales como: la prueba oficiosa y las cargas dinámicas probatorias.

Frente a los medios de pruebas que se consagran en el estatuto procesal en comento, se destaca la restricción para la práctica de la

prueba de inspección judicial, la cual debe ser aportada en video por la parte interesada. De lo contrario, deberá fundamentar, para que pueda ser decretada, la necesidad de ella y la imposibilidad de que la misma se realice a través de este medio tecnológico. Estos parámetros restrictivos son acordes al principio de concentración del juicio por audiencias, así mismo, la obligación de utilizar los medios tecnológicos posibilitan la agilidad y celeridad que deben tener los procesos judiciales y evita la contaminación del Juez, que puede llegar a darse mediante el desplazamiento de este al lugar de los hechos.

Por otro lado, es importante destacar los procedimientos establecidos para la práctica de la prueba pericial. Al respecto, se mantiene lo estipulado en la Ley 1395 de 2010: la pericia de parte y la practicada por el perito auxiliar de la justicia designado por el Juez. La primera se refiere al dictamen aportado por la parte interesada que contrata su propio perito y presenta, junto con su demanda o contestación, el dictamen pericial. Para la controversia del mismo, se establece el interrogatorio al perito en la audiencia de instrucción y juzgamiento. Este procedimiento -propio de un sistema acusatorio, debido a que es la parte quien está aportando y costeando su prueba- lo que conlleva es la parcialidad del experto y permite la controversia frente a dos experticios realizados por diferentes sujetos. Exige de los abogados un perfecto dominio de la técnica del interrogatorio, ya que es este y solo este el momento procesal oportuno para desvirtuar lo señalado por la contraparte en su dictamen. Así las cosas, adquiere suma relevancia la audiencia de interrogatorio al perito, las consecuencias de su no asistencia dejará sin valor el dictamen, de esa forma expresamente lo señala el Artículo 228 del proyecto de Código General del Proceso.

A solicitud de la parte contra la cual se aduce el dictamen, formulada dentro del traslado respectivo, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuanes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

En ningún caso habrá lugar a la objeción del dictamen por error grave.

Asimismo, se mantiene la prueba pericial de oficio realizada por el perito auxiliar de la justicia con las restricciones propias de este procedimiento. Dicha prueba exige, debido a la calidad en que actúa, la imparcialidad del experto en la práctica de la prueba. Igualmente desaparece la objeción por error grave frente al dictamen, en aras de evitar los extensos debates que frente al tema se generan en los diferentes procesos y que en muchas ocasiones, se convierten en maniobras dilatorias que extienden el proceso por años. En este sentido, se estipula que el dictamen debe permanecer en la secretaría a disposición de las partes hasta la realización de la audiencia para que las mismas puedan enterarse de lo dictaminado y puedan preparar un buen interrogatorio, que es el medio establecido para la controversia de esta clase de prueba.

Además de los ya comentados medios de prueba, el proyecto de Código consagra los siguientes: testimonios, documentos, informes, interrogatorios, entre otros. Los cuales no varían en su procedimiento sino que, simplemente, se ajustan a lo que debe ser su práctica en el proceso por audiencias.

Ahora bien, la prueba oficiosa se consagra como un deber poder por parte del Juez. Se fundamenta en alcanzar la igualdad real de acuerdo con el Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia: prevalencia del derecho sustancial. De forma tal, que se deja de lado la imparcialidad del director del proceso permitiéndole su participación en el decreto de las pruebas oficiosas y además, se le insta para su práctica como medio para terminar con las desigualdades entre las partes, las cuales pueden ser determinantes en el resultado del proceso de acuerdo con la exposición de motivos del Código General del Proceso.

Para lograr los fines indicados, el código consagra la facultad-deber de decretar pruebas de oficio, que es una manera de romper con la “divina Igualdad” y afrontar la realidad que nuestra Constitución reconoce en el artículo 13 cuando dice: “*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...*”. El mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la prevalencia del derecho sustancial (Art 228 C.P), no se logrará, en determinados

casos, si el juez no utiliza sus poderes y evita que esas desigualdades determinen el resultado del proceso.

Las pruebas de oficio sirven para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, porque difícilmente se puede concebir el proceso como justo cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. (Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Exposición de Motivos)

Igualmente, el Proyecto de Código General del Proceso consagra las Cargas Dinámicas Probatorias como un deber de solidaridad de la parte que se encuentra en mejor posición para probar un hecho. Faculta al Juez para que sea este quien determine a cuál de las partes le corresponde la carga de la prueba, apartándose de la doctrina tradicional que al respecto ha sido reiterativa frente al tema y que señala que quien afirma un hecho está obligado a probarlo “*onus probandi*”. Lo que no se compadece con los principios de un proceso dispositivo donde son las partes las obligadas a confirmar sus obligaciones, además, termina por exigir la autoincriminación de la parte que por decisión del Juez se ve obligada a demostrar los hechos realizados por la contraria. Todo en aras de encontrar la tan anhelada verdad para poder garantizar la administración de justicia.

Acertadamente lo expone el profesor Alvarado Velloso: “Se ha perdido de vista la imparcialidad que requiere esencialmente la idea de debido proceso”. (Alvarado Velloso. 2006)

#### **4.4 Alegatos**

Los alegatos se realizarán en audiencia en forma oral y posteriormente a la finalización de la etapa probatoria. Lo cual exige de los apoderados de las partes absoluta concentración durante el desarrollo del juicio y además, los obliga a tener un excelente poder de síntesis, máxime -si se tiene en cuenta- que los mismos están limitados en el tiempo hasta por veinte minutos, que solo serán prorrogables si el Juez determina la necesidad de ello.

#### **4.5 Sentencia**

La sentencia deberá ser dictada por el Juez en forma oral, para ello, podrá decretar un receso hasta por 2 horas. Si no fuere posible

dictar la sentencia en forma oral, el Juez deberá proferir el sentido del fallo con una breve exposición de sus consideraciones y emitir la decisión por escrito dentro de los 10 días siguientes, teniendo en cuenta que la duración de los procesos está limitada en el tiempo.

Lo anterior quiere decir que, después de escuchadas las alegaciones de las partes, el Juez cuenta con dos horas, como plazo máximo, para emitir, por lo menos, un sentido del fallo. En ese tiempo, el Juez debe realizar la valoración de las pruebas practicadas y el análisis de los alegatos de las partes, además de estructurar, así sea de forma sucinta, los fundamentos que motivan el sentido del fallo, como si se tratara de una carrera contra el tiempo y no de administración de justicia.

## **CONCLUSIONES**

De acuerdo con lo establecido por el proyecto de Código General del Proceso, se evidencia la necesidad de la pronta administración de justicia y se presenta la oralidad como la solución a los problemas de morosidad y congestión judicial. De tal forma, que se crea un proceso fundamentado y diseñado para proferir gran cantidad de decisiones en muy corto tiempo, dejando de lado las formalidades propias de la norma procesal y los principios de un proceso dispositivo. No es posible pretender obtener buenos resultados mediante la combinación de sistemas y principios publicistas y acusatorios.

La intervención permanente y obligatoria del Juez en el decreto y la práctica de las pruebas termina con la independencia de su función. No puede ser el director del proceso el llamado a velar por la igualdad de las partes, para ello se cuenta con la asistencia letrada y es el abogado y solo el abogado a quien le corresponde realizar todas las funciones necesarias para que se garanticen los derechos de su prohijado. No es posible que quien está llamado a resolver el conflicto de forma imparcial e imparcial termine por convertirse en parte y posteriormente profiera una decisión independiente. Recordemos que la norma superior en su artículo 29, delimita los parámetros para la existencia del debido proceso y claramente establece la obligación de absolver frente a la duda.

Por último, si la única forma de poder asegurar la correcta administración de justicia es mediante el hallazgo de la verdad perfecta, no debemos crear procesos judiciales sino procesos de investigación. Los jueces no deben estar obligados a proferir una sentencia en derecho sino una decisión producto de su investigación y de esa forma, nos evitaríamos las restricciones establecidas por la norma procesal.

No es limitando las actuaciones procesales en tiempo, ni dejando de lado las formalidades del proceso, ni mediante la intervención del Juez en el debate probatorio, como se puede garantizar una correcta administración de Justicia.

## REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, A. (2010). *El Garantismo Procesal*. Rosario: Juris.
- \_\_\_\_\_. Garantismo Procesal versus prueba Judicial Oficiosa. Rosario. Ed. Juris. 2010.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Código General del Proceso, Proyecto de Ley 196-11. Plenaria de la Cámara de Representantes. Texto Aprobado en Segundo Debate.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Proyecto de Código General del Proceso: Exposición de Motivos.
- Peyrano, J. (2007). *Problemas y Soluciones Procesales*. Rosario: Juris.
- Tejeiro Duque, O. (2012). El Juez Director del Proceso Civil. Módulo de Aprendizaje Auto dirigido: Plan de Formación de la Rama Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.