

LA ORALIDAD Y LA PRUEBA¹

-una tarea y un desafío –

Diana María Ramírez Carvajal²

Sumario: Introducción 1) La oralidad y la prueba del hecho fragmentado. 2) Ideologías sobre la oralidad en el proceso 3) La prueba en el proceso oral y la responsabilidad del juez. Conclusiones.

Introducción

En el derecho contemporáneo se vive una sistemática transformación del proceso escrito por un proceso oral, con lo cual se espera que haya mayor celeridad, descongestión y una merma considerable en el inventario de expedientes en la administración de justicia.

La reforma más temprana en Latinoamérica, se dio en el proceso penal, que transformó el viejo proceso inquisitivo mixto por un proceso oral con tendencia acusatoria³. Posteriormente se continúa la transformación con los procesos de la denominada justicia no penal. En Colombia, por ejemplo, se adoptó la ley 1564 de 2012 –código general del proceso aplicable por remisión a todas las áreas- en cumplimiento de la promesa constitucional⁴ de una justicia más eficiente que garantice la tutela judicial efectiva. Explícitamente la reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia⁵ ordenó que la justicia debía ser pronta y eficaz, que las actuaciones deberían ser orales y los términos procesales perentorios. Además, hace un llamado explícito para que la tecnología haga parte del proceso. En el mismo sentido, hoy en Perú se avanza en la reforma de la justicia civil⁶, donde se espera una transformación del proceso escrito al proceso oral.

¹ El presente trabajo se deriva de la investigación denominada LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA CIVIL, con la participación de 17 países. Este proyecto es liderado por Michele Taruffo y en Colombia es financiado por la Universidad Católica de Oriente.

² Profesora e investigadora adscrita al grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, donde además se desempeña como Decana de Posgrados. Magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín y doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Correos: radiana2113@gmail.com y posgrados@uco.edu.co

³ <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257> Ver diagnóstico del sistema acusatorio en Colombia. BAYONA, Diana. Recuperado en marzo 12 de 2019.

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 229.

⁵ Ley 1285 de 2009, reformativa de la ley estatutaria de justicia de Colombia, artículo 22.

⁶ Bajo la coordinación de los profesores Giovanni Priori y Luis Alfaro, avanza una nutrida discusión, ver http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/133524/Reforma_proceso_civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado en marzo 12 de 2019)

En estas dinámicas de cambio, vale la pena poner de presente, que, si bien es cierto, un proceso oral puede ser más expedito, ágil e incluso efectivo, por las formas que adopta en audiencias concentradas, son superiores los retos epistemológicos que enfrenta, que ponen en el centro de la discusión, la calidad de la decisión judicial. Crear una nueva cultura jurídica significa mucho más, que cumplir por la forma, con el ideal de reducir el número de inventarios, descongestionar los despachos y simplificar los trámites.

Las verdaderas dinámicas que se dan en la transformación de la justicia oral, están signadas por la humanización del proceso, que representa la complejidad probatoria y la transformación dialógico-argumentativa de los encuentros de las partes con el juez.

Estas son las reflexiones que de una manera simple aborda el presente texto. El mensaje para académicos y juristas, es trabajar para trascender la forma y razonar sobre lo que procesa el proceso, fortaleciendo aquello que prueba la prueba.

1. La oralidad y la prueba del hecho fragmentado

Los hechos en el proceso, son determinantes para la elaboración de una decisión judicial justa, pues como afirma Taruffo⁷ la justicia en la decisión se identifica a partir de mínimo tres consideraciones: que el proceso haya respetado los principios del debido proceso, que la decisión se tome en sustento del ordenamiento jurídico y que los hechos sobre los cuales se funda la decisión hayan sido probados legítimamente.

Por ello, la comprobación de los hechos a través de una adecuada actividad probatoria, es cada más estudiada por la doctrina⁸, pues aporta directamente a la justicia, como ideal regulativo del derecho y valor ícono de las actividades jurisdiccionales. En este mismo

⁷ TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006. Pág. 199 a 208

⁸ Son referentes contemporáneos: Marina Gascón y su texto la prueba del hecho. Michele Taruffo, con textos como la prueba de los hechos, Sobre las fronteras y Simplemente la verdad. Jordi Ferrer, con el texto la valoración racional de la prueba y Susan Haack, Daniel González y Larry Laudan con importantes discusiones sobre los estándares probatorios.

sentido, se estudia el derecho a probar, como parte del debido proceso y como articulador de la verdad del hecho.

Esta construcción teórica resulta bastante lógica para el operador jurídico, sin embargo, se crean problemas prácticos cuando se trabaja sobre “los hechos”; aquellos sobre los cuales se fundamenta la demanda o la acusación, los mismos que se representan en las pretensiones y que están vinculados con la ley por su relevancia jurídica, ya que los hechos *no existen*.

En todo proceso se debe asumir una realidad, los hechos no existen (en tiempo presente de conjugación), los hechos existieron⁹, en pasado. Es decir, a los hechos los rodea una circunstanciación, de tiempo, modo y lugar, que ya pasó en el mundo material y que por tanto los deja fuera del alcance demostrativo inmediato. Y es también por esta realidad, que el derecho debe trabajar muy de cerca con la epistemología.

Pero, aunque los hechos no existen, en tiempo presente, el que hayan existido en tiempo pasado, los hace “re construibles”, parcialmente. Para ello los sujetos procesales deben realizar diversas actividades, que terminan con una acción intelectual de confirmación de los hechos, que se plasma en la sentencia.

Las acciones de reconstrucción que realizan las partes y el juez, sobre los hechos del proceso, son posibles porque cuando el hecho ocurre y tiene vida (aunque sólo sea un instante), deja una huella “fragmentada”, bien en el recuerdo de las personas que lo presenciaron o en documentos de las más diversas categorías. Esos múltiples fragmentos en que se esparcen los hechos, son recogidos por la prueba, en la modalidad de “fuente”.

Es así que la prueba, cuando se encuentra en el mundo de lo fáctico como fuente, es acción, es verbo, es actividad. Como cuando se toman la grabación o las fotografías de un accidente de tránsito, o las personas que presenciaron el impacto discuten sobre él, o cuando se levanta

⁹ A veces esta afirmación en el derecho, se toma como algo sin importancia. Pero el lector deberá reflexionar sobre aspectos cotidianos de la vida, para dar una correcta dimensión a la no existencia de los hechos. No es lo mismo tener un auto que haber tenido auto. Existe una diferencia enorme, entre tener y haber tenido. Esta diferencia está anclada en las leyes de la física, que no permiten dar marcha atrás al reloj del tiempo en el universo.

el croquis y el informe técnico por parte del agente. Todas ellas son acciones o actividades, bien físicas o intelectuales. Horas más tarde, el lugar de los hechos no tiene ningún rastro de la ocurrencia del accidente, los vehículos fueron retirados, el agente de tránsito levantó el informe y se fue a su trabajo y las personas que presenciaron los hechos ya se encuentran en sus casas.



Figura 1: La fragmentación y fijación de los hechos. (construcción propia)

Es así, como las fuentes de prueba permiten la fijación, custodia y contención de los hechos ocurridos, aunque lo hacen de forma parcial. Por ello las partes, deberán recoger tanta fuente de prueba como les sea posible, para unir el mosaico “más completo” del hecho ocurrido, y si se logra un mosaico suficientemente contundente, el juez podrá generar consecuencias jurídicas validas, en la sentencia.

Esta es la prueba que sirve a los fines de la justicia, porque permite la verificación de la verdad de los hechos, a través de la producción de conocimiento válido, sobre situaciones ocurridas en el pasado.

Sin embargo, no se puede desconocer que existen otras posturas en el derecho, que trabajan desde otra perspectiva de la prueba. Estas doctrinas relacionan la prueba con lo verosímil, con lo creíble y lo aparente. En este sentido, la prueba se desvincula de la verdad del hecho, pues la actividad probatoria en el proceso se centra a encontrar argumentos creíbles o plausibles que generen convicción. En esta perspectiva la prueba se entiende como un “sujeto adjetivado”, como una cualidad, como un decorado del hecho. El hecho es aparentemente verdadero, lo cual desde esta perspectiva sería suficiente para que el juez decida.

Por supuesto, es más simple trabajar sobre lo creíble que sobre la verdad de los hechos, en el proceso. Requiere un esfuerzo menor, articular argumentos y acciones probatorias, con el fin de producir “convicción” en el juez, que articular argumentos y pruebas para demostrar la verdadera ocurrencia de los hechos. Esto es así porque, *“no existe ninguna coincidencia o correspondencia entre verosimilitud y verdad. Un hecho que se considera verosímil (porque responde a la normalidad del contexto) puede ser falso, si la realidad de aquello que ha sucedido no se corresponde con lo que el enunciado narra”*¹⁰. Es decir, lo verosímil en relación con lo verdadero, se satisface con un estándar de comprobación más flexible.

A pesar de que esta perspectiva sea seductora, pues es más simple trabajar sobre lo verosímil que sobre lo verdadero, especialmente en la convulsión del mundo contemporáneo y en los tiempos que para cada audiencia se adjudican en el proceso oral; esta es una perspectiva que aleja al derecho, como ciencia o como disciplina, de discusiones sobre lo real y de la necesidad que tiene el juez de conocer los hechos, lo cual es inversamente proporcional a los parámetros de la justicia.

Y, aunque la seducción de lo creíble, lo verosímil y lo convincente, fuera la predilección de académicos y juristas en general, esta posición va en contravía de los principios constitucionales que informan las constituciones latinoamericanas; el ordenamiento jurídico peruano y también el colombiano en sus normas superiores entienden el derecho a probar como una garantía constitucional, que se relaciona directamente con la verdad y la justicia.

¹⁰ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág. 106 ss.

En este sentido, la Carta política del Perú declara como fin supremo de la sociedad y del Estado “ *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad*”¹¹, en igual sentido y como derecho fundamental inalienable de la persona, protege la “*legítima defensa*”¹² y promueve además el debido proceso, el cual según el código procesal constitucional, deberá ser interpretado de “*conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados sobre derechos humanos*”¹³. Normas que fundan el debido proceso como eje de la actividad judicial, y en él la prueba.

De igual manera, la carta política de Colombia adopta como fin supremo “*asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, y el conocimiento*”¹⁴, y de forma específica ordena como parte del debido proceso, el “*derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*”¹⁵.

Podría sostenerse que en general, en los países iberoamericanos¹⁶, hay un respeto superior por el debido proceso como derecho fundamental, y por tanto “*probar en el proceso judicial*”, no se corresponde con una emulación de lo creíble. Existe una responsabilidad declarada en las normas superiores, de asegurar la prueba, para que los hechos sobre los cuales debe fallar el juez, obtengan una decisión justa. Entonces, probar en el proceso, es un verbo de conjugación compleja, que se concreta en un conjunto de actividades reconstructivas para la demostración y el conocimiento verdadero del hecho, de tal forma que sobre él se pueda producir un resultado jurídicamente correcto.

¹¹ Constitución Política del Perú, 1993. Artículo 1.

¹² Constitución Política del Perú, 1993. Artículo 3.

¹³ Código Procesal Constitucional del Perú, artículo 5.

¹⁴ Constitución Política de Colombia, preámbulo.

¹⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

¹⁶ Para ampliar sobre el tema se recomienda el texto *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima, Palestra, 2018. Escrito por Mitidiero Daniel, Nieva Jordi, Oteiza Eduardo, Priori Giovanni, Ramírez Diana y Taruffo Michele.

En este sentido, *“el proceso se defiende como un método epistémicamente válido y racional para el descubrimiento de la verdad, no tiene por fin último alcanzar la verdad sobre los hechos, sino que está vinculado con el valor constitucional y social de la verdad”*¹⁷.

Esta proyección garantista del proceso, pende así, de un conjunto de acciones intelectuales, realizadas a través de inferencias. Distinto a lo que comúnmente se cree, la prueba por sí misma no arroja toda la información requerida sobre los hechos, se requiere la intermediación del cerebro humano, para producir enunciados intelectuales en torno a su demostración.

Esto significa, que tomando como base los argumentos declarados por el testigo, prueba bastante apreciada en el sistema oral, no todos ellos son demostrativos del hecho, la declaración del testigo es información, la cual indefectiblemente deberá ser contrastada, analizada y ponderada; este es todo un tamizaje intelectual de apreciación y valoración, para que pueda ser considerada parte del conocimiento del hecho.

En un sentido metafórico, probar desde la declaración de un testigo, es comparable con la acción de ver de un sujeto. Esto porque probar al igual que *“ver, no es una función primaria, como se cree, sino el resultado de comparar patrones (...) al recibir las sensaciones luminosas por primera vez este individuo reconoce los objetos, es decir no ve, y solo lo hará cuando relacione los patrones que descarga su vía visual, con patrones de memoria que tienen los datos recogidos por sus otros sentidos”*¹⁸.

Esto significa que el cerebro humano para ver, realiza varias actividades en capas, así entrega un resultado visual transmisible. Para ver primero se reflejan los objetos, en un segundo momento se reflejan objetos similares a los que por primera vez conoció el sujeto; en esta segunda capa de descarga visual, es propiamente donde se produce la acción de ver, porque el sujeto “analíticamente” reconoce el objeto y hace un discernimiento sobre él, es decir *lo ve*.

¹⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág.155 ss.

¹⁸ CORREA, Pablo. RODOLFO LLINAS, *La pregunta difícil*. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017.pag. 52-53

De igual forma probar, utilizando la declaración de un testigo, es una actividad intelectual que se da por capas, en una primera fase se recibe información desordenada, en una segunda fase se correlaciona esta información con los hechos que se discuten, en una tercera fase la información se contextualiza y controvierte por todos los sujetos procesales, para finalmente en otra capa analítica, producir conocimiento demostrado sobre el hecho.

Es así que, probar, es obtener conocimiento “suficiente” sobre la existencia verdadera de un hecho.

Por eso cuando el probar, erráticamente se relaciona con la convicción, se traslapa en lo verosímil o en la apariencia de ocurrencia, sólo importa que el juez considere que tiene subjetivamente suficiente seguridad. El hecho así es aparentemente verdadero. Pero, cuando para calificar el hecho como demostrado se requiere conocimiento, importa que haya ocurrido verdaderamente y por ello se contrastan las diversas versiones¹⁹ de la fuente de prueba, para que todas las porciones del hecho, unidas, den la versión más correcta del mismo.

Esta dinámica de construir conocimiento es compleja, y por tanto necesita ajustes y mediaciones en la educación para el éxito de la oralidad. Parte de lo que es importante reconocer, es que el ámbito jurídico se ha esforzado por una educación centrada en la norma y no en la epistemología, la educación de los juristas se ha ocupado más de la dogmática que de la hermenéutica. Estas son formas académicas, útiles para el proceso escrito pero muy deficientes, para el proceso oral.

Para lograr un adecuado nivel de conocimiento, a través de un proceso que pretende celeridad y eficiencia –como el oral-, en primera instancia se requiere de abogados bien formados, expertos en derecho, conocedores de la norma, pero tal vez lo más importante, abogados con capacidades interpretativas y argumentativas profundas. No se trata de comunicarse en

¹⁹ Es lo que se explica cómo, los narradores del hecho en el proceso. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Barcelona, Marcial Pons, 2010. Pág.57 ss.

retórica, propendiendo por un convencer sin fundamentos verdaderos, se trata de argumentar, de explicar los hechos, desde el conocimiento obtenido en la fuente de prueba.

También es muy importante superar los monólogos del proceso escrito. Enormes escritos hechos en la soledad de los despachos judiciales o en la soledad de los despachos de los abogados, en una introspección casi meditativa, dan paso a los argumentos, centrados en los hechos y la prueba, expuestos de viva voz para un conglomerado de personas.

El proceso oral, requiere un trabajo dialógico, donde todos los sujetos procesales interactúen armónicamente, escuchando atentamente los argumentos y refutando con razones. Para ello es menester contar con un director del proceso con poderes. El proceso oral refleja eficiencia en la medida que lo dirija un juez capacitado para generar equilibrio entre las partes, sin suplantarlas. Ello implica según Trocker²⁰ establecer “*en cada proceso para su mejor funcionamiento, una alternativa entre libertad y restricción, entre certeza y arbitrio*”.

El juez que dinamiza un proceso oral, utiliza los poderes de dirección para impulsar las diversas etapas procesales, tener el control de las audiencias y además vigilar el cumplimiento de las garantías constitucionales. Paralelamente los poderes de instrucción, los usa para ordenar la prueba que, a su juicio, es requerida para que la decisión alcance parámetros de justicia. Estos poderes no pueden significar de ninguna manera, arbitrariedad en la actuación. Se otorgan al juez, para cumplir con dos finalidades 1) con las garantías constitucionales y 2) con los fines del proceso oral.

Para proteger las garantías constitucionales, el juez debe atender a la protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados en el trascurso del proceso y especialmente en la recolección de las fuentes de prueba. El juez debe asegurar a las partes, como afirma Comoglio²¹, unos mínimos, entre los que se cuentan: a) la garantía de ser oído, en condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso; b) la garantía de la

20 TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1974. p. 7: “La scelta tra un giudice sostanzialmente passivo e vincolato alle iniziative delle parti e dei loro difensori, e un giudice attivo e dinamico munito di ampi poteri di direzione formale e materiale del processo, appare come un’alternativa tra libertà e costrizione, tra certezza ed arbitrio”.

²¹ COMOGLIO, Luigi. *La garanzia costituzionale dell’azione dd il processo civile*, Padova, Cedam, 1970. p. 118.

defensa, para tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propios argumentos, y c) la garantía de la efectiva contradicción de los medios de prueba.

Vale aclarar que, si el juez encuentra confrontación entre derechos fundamentales, deberá activar la capacidad de decidir por ponderación de principios. Esta es una condición necesaria para superar el silogismo mediático de la subsunción de la ley, presente en todos los procesos escritos.

Este influjo de la norma constitucional sobre el proceso, es de suyo muy importante y edificadora. Ello es así porque “*la concepción del Estado tiene consecuencias directas sobre el rol de los jueces y sus poderes-deber. La concepción del poder del juez en Estados Unidos es muy diferente a la del civil law*”²². En tal sentido sostiene la Corte Constitucional colombiana, que:

“La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho”²³.

²² GEOFFREY, Hazard y TARUFFO, Michele. *La justicia civil en los Estados Unidos*, Navarra, Aranzadi 2006. pp. 85-86.

²³ Sentencia T-406 de 1992. Corte constitucional M.P. Ciro Angarita Barón.

Para que se cumplan estos fines, tanto los constitucionales como los del proceso oral, el juez cuenta con los necesarios poderes de dirección del proceso. Sin suplantar a las partes y sin coartar sus derechos, el juez actúa con autoridad y orden, *“el ejercicio de la jurisdicción constituye una actividad de naturaleza esencialmente cognoscitiva, no política, no representativa, sujeta exclusivamente a la ley, garante de los derechos fundamentales y, en esa medida con una inevitable dimensión de contrapoder”*²⁴.

Esta es la materialización del principio democrático en la justicia material, la que, en la relación entre el poder jurisdiccional y los poderes políticos, indica que debe prevalecer el primero, ya que *“la igualdad de los desiguales, se hace jurídica en el aserto que postula la “igualdad de los iguales en iguales circunstancias”, y la garantía de la libertad está condicionada por las leyes que reglamenten su ejercicio”*²⁵.

Ahora, en la perspectiva de proteger los fines del proceso oral, el juez se ocupará de la protección de unos mínimos: a) celeridad, sin descuidar la complejidad del caso a resolver, b) concentración, el proceso oral cumple eficientemente sus objetivos siempre y cuando haya continuidad y concentración, no obstante la saturación²⁶ debe ser inteligentemente evitada; y c) la oralidad, con lo cual se avanza en la interacción dialógica y razonada, entre todos los sujetos procesales, sobre la prueba y sobre los hechos.

El éxito del proceso oral hoy, está mediado por la capacidad de los sujetos procesales, para interactuar alrededor de los hechos, creando suficiente conocimiento. A estos indicadores se les refiere como la humanización²⁷ del proceso, que supera el formalismo rígido por el diálogo, con sentido.

²⁴ ANDRES, Perfecto La independencia judicial y los derechos del Juez.

<https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2015/seminaindependenciaeimparcialidad/material/Perfecto-A-Final.pdf> p.3-5. Consultado en enero 1 de 2018.

²⁵ QUINTERO Beatriz., & PRIETO Eugenio. Teoría general del proceso. 3ra edición. Bogotá, Temis, 2000. p. 89

²⁶ La neurociencia no recomienda audiencias de más de 3 horas, pues la capacidad de concentración del cerebro humano se pierde. Parte de los poderes de dirección del proceso, deben servir al juez para con argumentos racionales evitar audiencias interminables, interrogatorios vacíos y alegatos que superen al discurso político.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002. p.42- 45 “necesidad de que el proceso sea humanizado”.

2. Ideologías sobre la oralidad en el proceso

Es trabajo de los académicos y juristas reconocer, que la actividad judicial en buena parte del proceso, está signada –como herencia histórica²⁸- por modelos formales y aún bastante exegéticos.

También se debe reconocer como insuficiente, el tiempo que ha tenido la sociedad latinoamericana, después de la aparición de las constituciones materiales²⁹, para transformar el modelo jurídico y en especial las formas del proceso. Culturalmente se avanza en el cambio del formalismo, de la dogmática y de la lectura literal de la ley, y es altamente positivo que en general, los países de Iberoamérica sistemáticamente, impulsen la igualdad material, la verdad y la justicia.

En esta transformación, como es natural, se empieza despacio, aparece una creencia de que lo oral es equivalente a etapas más verbales y en este sentido se explora sobre el efecto de un mayor número de audiencias y sobre la presencia obligada del juez para la recepción de la prueba.

Si bien, tener mayor actuación verbal es importante, lo mismo que contar con la presencia del juez para la recepción de las pruebas, en el nuevo proceso oral estas dos perspectivas por sí mismas, no aseguran una desformalización de las actuaciones. De hecho, la doctrina da cuenta, de cómo la oralidad, en sus inicios, fue un fenómeno vacío. Al respecto afirma Cappelletti³⁰, que la implementación de la oralidad en Europa a finales del siglo XIX, fue un estéril concepto, pues concentró la atención en la presencia de los sujetos, como remedio para burlar los excesos de poder de los jueces.

²⁸ La gran conquista del estado de derecho en el siglo XIX, estuvo marcada por los principios de la revolución francesa: libertad, fraternidad e igualdad. Por ello el Estado adopta un sistema liberal, el famoso dejar hacer dejar pasar. La conciencia colectiva se centra en el modelo democrático representativo y lo más determinante para el modelo jurídico fue que “todos son iguales ante la ley”, aunque esta igualdad fuese una formalidad.

²⁹ Las actuales constituciones, para Colombia la constitución de 1991 y para Perú la de 1993, son el icono de la transformación a esta cultura, pero 25 años es muy corto tiempo para lograr una transformación real y efectiva

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002. Pág. 23 a 25.

Es decir, el proceso escrito, permite el control del juez a partir de la revisión de la actuación en autos. Es el control de la arbitrariedad, en torno a un objeto, el expediente. A diferencia, el proceso oral, indica que las actuaciones son verbales, por tanto, el control de las partes se reduce a presencia. Entender el proceso como expediente es un dogma vacío, pero igualmente, entender el proceso como un conjunto de audiencias verbales, es otro dogma vacío. En cada uno de ellos, se deja en segundo plano la razonabilidad de los argumentos y la verdad de los hechos, para concentrar la atención en cumplir con unas etapas presenciales, pero formalistas.

En este sentido la fórmula del proceso verbal permea la idea, como afirma Cappelletti³¹, equivocada por cierto, de que en las audiencias no se deben producir memorias para el proceso. Esta posición hoy se traduce en grabaciones extenuantes, pero completas, aunque en un alto porcentaje estén llenas de datos superficiales, sobre el entorno, sobre los sujetos o sobre el caso. No parece ello consistente con el principio de la celeridad.

La concepción formal³² esta llamada a ser reemplazada. Principios como celeridad, concentración y oralidad, generan procesos orales infértiles, si sólo se representan en audiencias interminables, donde desfilan por horas –mañana, tarde y madrugada-, testigos a los que poca atención se les presta –pues el cansancio es humano-. Todo lo ocurrido en la audiencia, queda recogido en un instrumento de horas de grabación, que por supuesto, nadie está dispuesto a repetir.

La transformación que es necesaria y que se representa en el proceso oral, no significa audiencias interminables, ni la recolección de audios y videos excesivos. La importancia del proceso, no está en la forma, que a veces tendrá momentos de escritura³³, sino en la materia que procesa, por ello es un imperativo trabajar en el sentido de la oralidad desde la prueba y el hecho, en el proceso.

³¹ CAPPLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.37 “citando a Chiovenda “el juez del proceso oral podrá meditar cuanto quiera”

³² Se trata del enfrentamiento contemporáneo entre las corrientes que se autodenominan publicistas o revisionistas o eficientistas con aquellas tendencias privatistas, algunas de las cuales se denominan garantistas. Un buen resumen de esta paradoja se encuentra en MADARIAGA, Luis. El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs publicismo): problemas y perspectivas de desarrollo. En Revista Iberoamericana de Derecho procesal garantista. Lima: impresores Antares, 2007. p.238-245

³³ CAPPLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.38. “negar la utilidad de las memorias escritas, significaría cerrar los ojos ante la complejidad y dificultad de los problemas que surgen en los ordenamientos modernos”

A este punto de la reflexión, nadie podría desconocer que resulta positivo, pasar del proceso de folios al proceso oral, pero esta transformación debe adquirir el verdadero sentido del término humanizado.

Para la consistencia en la forma oral, aporta construir argumentos sobre el objeto, la función y la finalidad, tanto del proceso como de la prueba. Son estos puntos de inflexión en la transformación del proceso escrito al oral.

Definir el objeto del proceso oral y el objeto de la prueba, es tanto como responder a las preguntas, ¿Qué procesa el proceso? ¿Qué prueba la prueba? Las respuestas son profundas, pero por lo menos en este escrito se pueden delinear.

El proceso tiene por objeto de conocimiento, procesar los hechos representados en las peticiones de las partes, las cuales toman su sentido, de la relevancia jurídica que sobre ellos se demuestra. Esta es la lógica del principio de autorresponsabilidad³⁴, que relaciona la actividad de parte con la demostración y con lo verdadero, para reclamar las consecuencias jurídicas deseadas.

Entonces, es plausible sostener que el proceso procesa los hechos, y las pruebas que los demuestran. Los hechos, son transformados por las diferentes audiencias en el proceso. Entre los hechos y las pruebas hay una simbiosis de necesidad, una codependencia que los hace indispensables uno del otro. El hecho existe si la prueba lo contiene y la prueba es útil si demuestra el hecho. Es evidente, en esta dinámica de procesamiento, que la norma no es procesada por el proceso. La norma es un agregado que acompañará a la decisión judicial, para derivar de ella la consecuencia jurídica que se ha de imponer. Es el juez, el que asigna el derecho.

³⁴ El principio de autorresponsabilidad se desprende del principio de la carga de la prueba, ver código general del proceso de Colombia, art. 167

Siguiendo esta misma lógica, la prueba, prueba los hechos, pero como los hechos son una descripción de lo ocurrido en el pasado, entonces la prueba, prueba las afirmaciones que sobre los hechos hacen las partes. La prueba tiene esa capacidad demostrativa, porque en el espacio temporal, donde existió el hecho, estaba la fuente de prueba y por ello, la prueba contiene un segmento, una parte de los hechos discutidos en el proceso.

Tanto el objeto de la prueba como el objeto del proceso oral, relacionan a las partes directamente con la consistencia y la verdad, de los hechos materia del conflicto. Por ello, la humanización del proceso oral, implica una verídica demostración de los hechos, entonces las afirmaciones de las partes en el proceso oral deben ser demostrables.

En otra perspectiva, la humanización refiere a la idoneidad del proceso oral, marcada por su función, esto es sobre la utilidad que tiene para la sociedad.

El proceso oral, se constituye en un método para construir tejido social. Para construir sociedad. Para establecer relaciones sociales seguras. Este es otro de los sentidos de la humanización del proceso, *“la idea de la oralidad, victoriosa, dentro de los límites en los cuales representaba (y representa) una exigencia válida del espíritu moderno”*³⁵. Es de tal importancia el proceso oral, que permite la comunicación directa entre los sujetos procesales, para que sus argumentos sean eficientemente escuchados y atendidos. Escuchar, entender y tomar en cuenta al otro es parte del principio democrático vivo, en el proceso judicial. Es pues el proceso oral, una estructura que aporta al Estado de Derecho.

En este entorno procesal, la prueba tiene también una función principal. La prueba es útil por dos funciones que cumple en el proceso oral: la capacidad de demostrar la existencia pasada de los hechos, y la capacidad de aportar a la fundamentación de la decisión del juez. Para demostrar la existencia del hecho, la prueba se convierte en el elemento central de la reconstrucción del caso. Para aportar a la función fundante de la sentencia, la prueba

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Traducción Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2002. P.14

explícitamente permite al juez cumplir con el principio de necesidad que reza, *“toda decisión debe estar fundada en prueba regular y oportunamente allegada al proceso”*³⁶.

Como un elemento más de contraste se encuentran los fines, que es tanto como discernir sobre el motivo último para el cual fueron concebidos, proceso oral y prueba, tanto por el legislador primario y como por el legislador secundario.

La prueba tiene un fin de valor constitucional y un fin operativo en el proceso. El primero se relaciona directamente con establecer la verdad de los hechos y el segundo con aportarle a los sujetos procesales elementos para el conocimiento de los hechos.

Estos fines se logran, porque la prueba es la materia que aporta información al proceso, para construir conocimiento sobre la ocurrencia de los hechos, aunque estos hayan ocurrido en el pasado lejano. Esto da a la prueba un estatus superior dentro del debido proceso, ya que la prueba se relaciona directamente con la justicia.

En la misma línea argumentativa, el fin del proceso oral es un fin superior, socialmente hablando. El proceso en general fue concebido para solucionar los conflictos de las partes, evitando fórmulas violentas como aquella del ojo por ojo. Sin embargo, en la época actual, este fin se complementa al lograr la humanización del proceso a través de la oralidad, en dos vertientes, la primera porque fortalece la argumentación de los sujetos en torno a los hechos y las pruebas que los demuestran y la segunda porque es útil para la protección y el respeto de los derechos fundamentales.

El proceso oral, centrado en el conocimiento de los hechos³⁷, es hasta ahora, el mejor sistema de procesamiento para lograr los fines del Estado Social de Derecho, porque permite abiertamente la discusión sobre las garantías constitucionales.

³⁶ Código general del proceso de Colombia, artículo 164.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.47 “los hechos (...) no como meros datos de un acontecimiento pasado, sino como el objeto de nuevos acontecimientos que se desenvuelven en el seno del proceso: o sea como objeto de las alegaciones y, en general, de todas aquellas declaraciones (manifestaciones, participaciones) que se refieren justamente a los hechos deducidos en juicio en cuanto se los tenga directa o indirectamente por relevantes para la decisión”.

En conclusión, el proceso oral articulado con un sistema político como el Estado social de derecho, da respuesta a las garantías constitucionales, y está estrechamente vinculado con los valores de justicia y de verdad. En él, la prueba es el sustento epistémico. Por ello sostiene Cappelletti que en la humanización del proceso, la oralidad *“no es un principio que haga referencia indiscriminada a todos los actos y fases del proceso, sino a la única fase de lo sustancial que comprende principalmente la instrucción probatoria”*³⁸.

3. Prueba oral y responsabilidad del juez en el proceso

Un proceso contemporáneo, exige, como en diversos documentos lo ha expresado la Convención de las Naciones Unidas, un órgano judicial más empoderado: autónomo, independiente, y capacitado. Ello en favor de uno de los derechos fundamentales más importantes, el acceso efectivo a la justicia.

Los estados deben, *“de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptar medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial, (...) la integridad, independencia e imparcialidad de la judicatura son requisitos previos esenciales para la protección efectiva de los derechos humanos y el desarrollo económico”*³⁹.

En este contexto, el proceso se constituye en una herramienta de eficiencia para la justicia, y por tanto es un imperativo que los procesos al transformarse de escritos a orales, adopten un sistema más flexible y dinámico.

Por ejemplo, se espera que el juez, dentro de sus poderes de dirección, active *“el estudio sobre la relevancia de la prueba para determinar la utilidad, la pertinencia y la conducencia; la ordenación de la prueba de oficio, para despejar dudas producto de la insuficiencia de la*

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.42- 45 Es la “necesidad de que el proceso sea humanizado (...) pero esa humanización no puede lograrse sino llevando la atención del juez sobre el hecho, sobre la relación de hechos concreta, restituyendo la ‘prevalencia’ a la búsqueda de los hechos sobre la aplicación de las normas jurídicas”. Es la “calificación jurídica de los hechos” p.45

³⁹ Consejo económico y social ONU. (2006). Resolución para el fortalecimiento de los principios básicos de conducta. ECOSOC 2006/23. https://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_s.pdf (Consultado el 20 de enero de 2018)

*actividad probatoria de parte, siempre que sean dudas determinantes para la decisión y que no se haya alcanzado el estándar de prueba de ley. Todos ellos coadyuvan a obtener un máximo nivel de conocimiento sobre los hechos”*⁴⁰.

Un proceso que persigue un encuentro humanizado, como el proceso oral, requiere de un juez con amplias cualidades, *“en general el principio de la oralidad pretende infaliblemente un presupuesto, una magistratura sana y preparada, que explique su función con la publicidad más abierta y con la fe y la confianza del público”*⁴¹.

Algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano⁴², demarcan estas responsabilidades del juez contemporáneo en línea de deberes. En estas normas se ordena a los jueces, dirigir el proceso y velar por su rápida solución adoptando las medidas necesarias para la mayor economía procesal; hacer efectiva la igualdad de las partes y emplear todos los poderes que se le conceden en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades. Los deberes-poderes del juez, relativos al proceso oral, significan armonía y sincronización de las actividades procesales, que guardan además un marco de eficiencia y razonabilidad, como verdadero aporte a la decisión, justa y veraz.

Esta propuesta es una garantía en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que afirma que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”*⁴³.

Entonces, los mayores poderes se traducen a su vez en mayor responsabilidad social. Significa que la judicatura debe realizar actividades en el proceso para producir decisiones justas, pero a la vez significa que el juez debe ser responsable y para ello debe ser

⁴⁰ RAMIREZ, Diana. La prueba de oficio. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008. p.162

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. El testimonio. Ob. cit. p.22.

⁴² Código general del proceso de Colombia, Ley 1564 de 2012 artículos 42 ss.

⁴³ Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (abril 30 de 2017) Recuperado en (abril 30 de 2017)

independiente. Así lo concretan los principios de Bangalore:

*“La independencia judicial exige tres condiciones mínimas: a) seguridad del puesto: vale decir, un nombramiento vitalicio, hasta la edad de jubilación, o por un tiempo determinado; b) seguridad económica: vale decir, derecho a un sueldo y una pensión establecidos por ley y c) independencia institucional: vale decir, independencia en los asuntos administrativos que guardan relación directa con el ejercicio de sus funciones judiciales”*⁴⁴.

La justicia, como servicio público esencial, requiere independencia plena respecto a los poderes políticos, no puede admitir influencias en su presupuesto, ni tampoco en las decisiones. Estos son requisitos fundamentales, para un juez que debe propender por la protección real de los derechos fundamentales, por el fortalecimiento de la humanización en el proceso y por una perspectiva de equilibrio económico, que impulsa el Estado Social de Derecho, ya que como afirma Turégano *“los mercados se basan en sistemas de derechos de propiedad y uso, distribución de recursos definidos y respaldados estatalmente, (...) no hay nada de natural en el laissez-faire”*⁴⁵.

La justicia del Estado social de derecho, debe reducir, en alguna medida, la desigualdad social. Una labor de suyo, muy compleja. Aporta en estos ideales la prueba, que a través de varios principios le da un marco de actuación claro al juez, para que su decisión sea más eficiente. Algunos de estos principios son, la necesidad de la prueba, la comunidad probatoria, la valoración individual y en conjunto y la intermediación.

El principio de necesidad de la prueba⁴⁶ exige al juez fundamentar sus decisiones en la prueba, regular y legítimamente allegada al proceso. Con este principio se fortalece el principio de legalidad pues no es admisible una prueba que violente la ley y menos aún los principios del debido proceso, como el derecho a probar y la contradicción. Igualmente, este principio le establece unos límites al juez en la argumentación y la decisión jurisdiccional, pues ésta debe guardar coherencia con la prueba recogida en el juicio.

⁴⁴ UNODC Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2012). Comentario a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf (Consultado enero 20 de 2018)

⁴⁵ TURÉGANO, Isabel. (2010). Justicia Global: Los Límites del Constitucionalismo. Lima: Palestra. p.145., propone, citando a Karl Polanyl, un giro radical en la justicia distributiva del Estado Liberal.

⁴⁶ Código general del proceso de Colombia, art. 164

En estricto sentido el principio de comunidad⁴⁷ de prueba, se desprende de dos preceptos legales, el primero es el derecho a probar según el cual, al juez se le exige fundamentar la decisión en las pruebas legítimamente arrimadas al proceso, de tal forma que el legislador no distingue si las pruebas fueron aducidas por el pretensor, por el resistente o fueron recogidas de oficio. El segundo, es que las pruebas “*deben ser apreciadas en conjunto, indicando el mérito que se asigne a cada prueba*”⁴⁸, con estas reglas el juez tiene herramientas para enfocar los hechos, centro de la decisión y realizar la finalidad del proceso.

Por último, el principio de inmediación⁴⁹ es una regla probatoria de gran importancia, que mantiene al juez presente, activo y concentrado, ésta permite que el juez se relacione con las partes, las pueda escuchar y entablar un diálogo jurídico con ellas a través de la prueba. El principio de inmediación, también funge como garantía de un juez protector de los derechos fundamentales, durante toda la actuación.

En conclusión, una de las mayores ventajas que puede presentar un sistema procesal oral, es tener un juez presente, atento a lo que dicen las partes y consciente de la responsabilidad que le significa su cargo, para lograr una mejor sociedad. Todo ello a partir de un proceso oral flexible y de una decisión que interpreta adecuadamente el sentido de la prueba y del derecho.

Conclusiones

Debe reconocerse, que hay muchas ventajas operativas y cognitivas en la transformación del proceso escrito, al proceso oral. Pero esta transformación debe asentarse prontamente, en la reflexión profunda de la cualificación de la discusión jurídica probatoria, superando la forma de las audiencias y los tiempos.

Uno de los mayores retos del proceso oral está en la protección efectiva de las garantías constitucionales; se espera que la igualdad de las partes se fortalezca y que en las audiencias,

47 Código general del proceso de Colombia, art. 173-175

48 Código general del proceso de Colombia, art. 176.

49 Código general del proceso de Colombia, art. 171

la legítima defensa, el debido proceso, la verdad de los hechos y la economía procesal, sean una constante.

Por último, pero tal vez lo más importante. El proceso oral tiene el reto de mantener la dimensión de la verdad de los hechos, “*la humanización del proceso*”, está referida de manera prevalente a la discusión probatoria, la cual pone los hechos al centro del interés de los sujetos procesales. En tanto el proceso escrito, tiene una marcada discusión sobre la norma y sobre el derecho, el proceso oral concentra sus esfuerzos en los argumentos de las partes y se centra en los hechos y las pruebas. Finalmente, estos son lo que procesa, el proceso.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

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

COMOGLIO, Luigi. La garanzia costituzionale dell'azione dd il processo civile, Padova, Cedam, 1970.

CORREA, Pablo. RODOLFO LLINAS, La pregunta difícil. Bogotá, Ediciones Aguilar, 2017.

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

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

QUINTERO Beatriz & PRIETO Eugenio. Teoría general del proceso. 3ra edición. Bogotá, Temis, 2000.

RAMIREZ, Diana. La prueba de oficio. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Bogotá, Temis, 2006.

TARUFFO, Michele. Simplemente la verdad. Barcelona, Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica. Lima, Palestra, 2018.

TROCKER, Nicolás. Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano, Milano, Giuffré Editore, 1974.

TURÉGANO, Isabel. (2010). Justicia Global: Los Límites del Constitucionalismo. Lima: Palestra.

Sentencias

Sentencia T-406 de 1992. Corte constitucional M.P. Ciro Angarita Barón.

Web grafía

Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica.

UNODC Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2012). Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Principios de Bangalore.

https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf Principios de Bangalore.

Consejo económico y social ONU. (2006). Resolución para el fortalecimiento de los principios básicos de conducta. ECOSOC 2006/23. Recuperado de

https://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_s.pdf

ANDRES, Perfecto La independencia judicial y los derechos del Juez. <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/seminaindependenciaeimparcialidad/material/Perfecto-A-Final.pdf>

BAYONA, Diana. Diagnóstico del sistema acusatorio en Colombia. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257>

PRIORI, Giovanni y ALFARO Luis. Informe sobre la reforma al proceso civil en Perú. ver http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/133524/Reforma_proceso_civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Normas

Código general del proceso de Colombia, Ley 1564 de 2012

Constitución Política de Colombia

Ley 1285 de 2009, reforma a la Ley estatutaria de la administración de justicia de Colombia

Constitución Política del Perú

Código Procesal Constitucional del Perú