

INFORME FINAL
IMPLICACIONES A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUEZ CIVIL EN
COLOMBIA, EN PERSPECTIVA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS QUE
ORIENTAN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Investigadores

ALEJANDRA MARÍA RESTREPO FRANCO
DAVID EMIGDIO CONTRERAS AVENDAÑO



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
COHORTE 34
MEDELLÍN
2019

INFORME FINAL
IMPLICACIONES A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUEZ CIVIL EN
COLOMBIA, EN PERSPECTIVA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS QUE
ORIENTAN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Investigadores

ALEJANDRA MARÍA RESTREPO FRANCO
DAVID EMIGDIO CONTRERAS AVENDAÑO

Asesor

LUÍS ORLANDO TORO GARZÓN



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
COHORTE 34
MEDELLÍN
2019

CONTENIDO

	Pág.
1. TITULO.....	15
2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	16
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	22
3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	28
4. OBJETIVOS	29
4.1 OBJETIVO GENERAL	29
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	29
5. MARCO TEÓRICO.....	30
INTRODUCCIÓN	30
5.1 CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO CIVIL: UNA MIRADA EN PERSPECTIVA DEL PAPEL DEL JUEZ.....	35
5.1.1 Importancia de la Historia en los Estudios de Derecho.....	35
5.1.1.1 En Grecia.....	38
5.1.1.2 Roma	41
5.1.1.2.1 Proceso de las Legis Acciones.....	42
5.1.1.2.2 Proceso Formulario	44
5.1.1.2.3 Proceso de la Cognitio o de la Extraordinaria Cognitio	47
5.1.1.3 El Proceso Germano	50
5.1.1.3.1 El Proceso germano del Periodo Primigenio	51
5.1.1.3.2 Proceso civil germano bajo medieval	52
5.1.1.3.3 El Proceso Romano Canónico.....	55

5.1.1.4 El Proceso Español	57
5.1.1.5 La Revolución Francesa: Auge del Principio Dispositivo	59
5.1.1.6 Procesalismo científico y Ordenanza Austriaca de 1895: puntos de partida de la Publicización del Proceso Civil.	61
5.1.1.7 Civil Law y Common Law.....	66
5.1.1.7.1 Características tradicionales del proceso civil anglosajón	68
5.1.1.7.2 Cambio de perspectiva en el proceso anglosajón: Surgimiento del Case Management (Gerencia Judicial de Casos)	70
5.1.2 El Proceso Civil en Colombia en el Siglo XIX, una mirada en retrospectiva desde su evolución.....	76
5.1.2.1 Estado Independiente de la Nueva Granada: Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855.....	79
5.1.2.2 Decreto 1400 de 1970 y Ley 1564 de 2012: Reformas en Latinoamérica a Finales del Siglo XX y Comienzos del Siglo XXI	86
5.1.3 Concreciones respecto de la evolución histórica del proceso civil y del proceso civil colombiano	90
5.2 CAPÍTULO II. EL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL: PODERES Y FACULTADES DESDE EL SISTEMA DISPOSITIVO E INQUISITIVO.	93
5.2.1 Concepto de Proceso y principios procesales	93
5.2.2 El Sistema Inquisitivo y Dispositivo y sus Implicaciones en los Poderes y Facultades del Juez Civil	97
5.2.2.1 Diversas acepciones.....	97
5.2.2.2 Sistema Acusatorio o dispositivo	98
5.2.2.3 Sistema Inquisitivo	102
5.2.2.4 Utilidad de la Distinción entre el Sistema Dispositivo y el Sistema Inquisitivo.....	106
5.2.3 Juez Civil, Justicia y Verdad	109
5.2.4 Concreciones respecto de los poderes y facultades del Juez Civil en el Sistema Dispositivo e Inquisitivo	111
5.3 CAPÍTULO III. TENDENCIAS PROCESALES CONTEMPORÁNEAS E IMPLICACIONES EN LOS PODERES Y FACULTADES DEL JUEZ CIVIL....	112

5.3.1 Concepto de Nuevas Tendencias o Tendencias Procesales Contemporáneas	113
5.3.2 Herramientas o Instrumentos Principales de las Nuevas Tendencias Procesales.....	117
5.3.3 Principio de oralidad	118
5.3.3.1 El principio de oralidad y sus implicaciones en el rol del juez.....	120
5.3.3.2 Principio de Eficiencia y Economía.....	123
5.3.3.3 Dirección del Proceso: Aumento de los poderes del Juez.....	129
5.3.3.4 Poderes procesales y materiales del Juez Civil en el Proceso ...	130
5.3.3.4.1 El Juez Como un Gerente o Administrador	133
5.3.3.5 El fenómeno de la desjudicialización	136
5.3.3.6 Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: MARC´s	137
5.3.4 Tendencias Procesales Contemporáneas e ideología: Publicismo y Garantismo	139
5.3.4.1 Teoría Publicista	142
5.3.4.2 Teoría Garantista	144
5.3.5 Elementos Estructurales del Debate garantismo vs publicismo.....	146
5.3.5.1 Componente Teórico o dogmático	146
5.3.5.2 Componente Histórico-ideológico	149
5.3.6 Concreciones respecto a las tendencias procesales contemporáneas e implicaciones en los poderes y facultades del Juez Civil	152
5.4 CAPITULO IV. LAS IMPLICACIONES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUEZ CIVIL, A PARTIR DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (LEY 1564 DE 2012) Y EN PERSPECTIVA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS PROCESALES	154
5.4.1 Recepción de nuevas tendencias Procesales en el Código General del Proceso.....	154
5.4.1.1 Antecedentes legislativos	155
5.4.1.2 El Código General del Proceso como parte de un proceso histórico	158

5.4.1.3 Base Ideológica del Proceso Civil Colombiano a Partir de 1970 en la Jurisprudencia Colombiana.....	163
5.4.1.4 Nuevas Tendencias en el Código General del Proceso	167
5.4.1.5 Teleología del Código General del Proceso	168
5.4.2 Implicaciones de las Nuevas Tendencias Procesales en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional del Juez Civil.....	175
5.4.3 Estructura del CGP en Perspectiva de las Nuevas Tendencias Procesales.....	175
5.4.3.1 Principios	175
5.4.3.2 Sistema Oral por Audiencias Concentradas	179
5.4.3.2.1 Etapa Escritural	180
5.4.3.2.2 Etapa Oral	180
5.4.3.2.3 Audiencia Inicial.....	181
5.4.3.2.4 Audiencia de Instrucción y Juzgamiento.....	185
5.4.3.2.5 Desjudicialización y flexibilización en el CGP: Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en el CGP y Funciones Jurisdiccionales a Autoridades Administrativas.....	187
5.4.4 Poderes de Dirección formales y materiales: Dirección judicial y Gerencial del Proceso.....	190
5.4.4.1 Rol del Juez en la Jurisprudencia Constitucional.....	194
5.4.5 Nuevas Tendencias y sus Implicaciones en perspectiva de los Jueces Civiles del Circuito de Medellín.....	198
5.4.5.1 Cambio Ideológico y Mentalidad del Juez.....	198
5.4.5.2 Dirección judicial del proceso y oralidad.....	205
5.4.5.3 La eficiencia, eficacia y economía del proceso.....	209
5.4.5.4 Eficiencia vs Garantismo	213
5.4.5.5 Triada: oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso.....	214
5.4.6 Análisis General de la Encuesta	218
5.4.6.1 En Cuanto a las Regularidades	218
5.4.6.2 En Cuanto a los Contrastes	224

5.4.7 Concreciones respecto a las implicaciones en la función jurisdiccional del Juez Civil, a partir del Código General del Proceso y en perspectiva de las Nuevas Tendencias Procesales.....	225
6. PROPÓSITO	229
7. HIPÓTESIS	231
7.1 HIPÓTESIS DE ENTRADA.....	231
7.2 HIPÓTESIS DE SALIDA	231
8. METODOLOGÍA.....	233
8.1 TIPO DE ESTUDIO	233
8.2 POBLACIÓN	233
8.3 DISEÑO MUESTRAL.....	234
8.4 DISEÑO DEL PLAN DEL DATO	234
8.4.1 Gestión del dato.....	234
8.4.2 Obtención del dato.....	234
8.4.2.1 Fuentes primarias	234
8.4.2.2 Fuentes secundarias	235
8.4.2.3 Recolección del dato	235
8.4.3 Control de sesgos	235
8.5 PLAN DE ANÁLISIS.....	237
8.6 PROCESAMIENTO DEL DATO.....	238
9. RESULTADOS	239
10. CONCLUSIONES.....	246

11. RECOMENDACIONES	254
12. ÉTICA.....	258
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	259

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. La ordo iudiciarum privatorum vs La extraordinaria cognitio	49
Tabla 2. Pregunta No. 5	199
Tabla 3. Pregunta No. 6	204
Tabla 4. Pregunta No. 3	206
Tabla 5. Pregunta No. 4 Con respecto a Dirección judicial del proceso y oralidad.	207
Tabla 6. Justificación a la pregunta No. 4 Con respecto a Dirección judicial del proceso y oralidad.	207
Tabla 7. Pregunta No. 8 con respecto a La eficiencia, eficacia y economía del proceso	209
Tabla 8. Pregunta No. 8 con respecto a Eficiencia vs Garantismo.....	214
Tabla 9. Pregunta No. 4 con respecto a oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso.....	215
Tabla 10. Pregunta No. 4 con respecto a oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso.....	215
Tabla 11. Desde el Código General del Proceso y su fin teleológico (ley 1564 de 2012), ¿Cuáles considera Usted son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil?.....	217
Tabla 12. ¿Cuál considera usted es el mayor aporte de las nuevas tendencias procesales, a la función que ejerce un juez civil?.....	219

Tabla 13. ¿Si ejerció como funcionario jurisdiccional bajo el CPC y el CGP. Indique qué diferencias ha encontrado bajo los postulados de ambas codificaciones a la hora de administrar justicia durante su función como funcionario judicial?	221
Tabla 14. Justificación a la pregunta No. 9	223
Tabla 15. Objetivos e hipótesis	237

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Proceso griego	40
Figura 2. Etapas del proceso Romano	42
Figura 3. Legis acciones y formulario.....	47
Figura 4. Proceso germano	54
Figura 5. Proceso canónico.....	57
Figura 6. Proceso Español	59
Figura 7. Proceso civil	61
Figura 8. Principales características del proceso civil en distintas etapas históricas	75
Figura 9. Esencia del proceso civil regulado a principios del siglo XIX	79
Figura 10. Proceso civil colombiano	88
Figura 11. Influencias del proceso civil colombiano desde los 70's.....	89
Figura 12. Evolución histórica del proceso civil	91
Figura 13. Sistema dispositivo.....	102
Figura 14. Proceso civil	108

Figura 15. Sistema dispositivo, inquisitivo y mixto.....	110
Figura 16. Estructura del proceso civil contemporáneo.....	123
Figura 17. Recursos mínimos de ejecución de un juez.....	135
Figura 18. Tendencias históricas del proceso civil.....	152
Figura 19. CGP.....	174
Figura 20. Estructura del CGP.....	174
Figura 21. Nuevas tendencias del CGP.....	193

LISTA DE GRÁFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Pregunta No. 5.....	199
Gráfica 2. Pregunta No. 6.....	204
Gráfica 3. Pregunta No. 8 con respecto a La eficiencia, eficacia y economía del proceso.....	210
Gráfica 4. Pregunta No. 8 con respecto a Eficiencia vs Garantismo	214
Gráfica 5. Pregunta No. 9.....	222

LISTA DE ANEXOS

ANEXO 1. ENCUESTA APLICADA

ANEXO 2. INFORME ENCUESTA A JUECES (CUADERNILLO)

ANEXO 3. FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

1. TITULO

IMPLICACIONES A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUEZ CIVIL EN COLOMBIA, EN PERSPECTIVA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS QUE ORIENTAN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El derecho está cambiando en el mundo, las teorías que sustentaron la práctica jurídica durante tanto tiempo y de manera tan incontestable están en proceso de evolución y reestructuración y ello en razón a la consolidación de un adecuado andamiaje normativo para garantizar el llamado acceso a la justicia y de suyo llegar a una verdad, paradigma este que ha venido evolucionando con las mismas necesidades de la sociedad.

De ahí que la revolución cultural que se extiende a la sociedad contemporánea está asociada al cambio de modelos que afectan al Derecho. Son innegables las transformaciones suscitadas en el orden político, resultantes de una crisis institucional progresiva, ante la falta de respuestas de una sociedad ceñida a estructuras rígidas y fragmentarias, en las que los hombres que la integran se resisten a continuar fundando la realidad en la que están inmersos en explicaciones parcializadas y a veces sin que se logre el ánimo de justicia que tanto se pregona, bajo una lógica ciega de argumentos sin sentido y anquilosados en paradigmas de antaño. Por ello, debe mirarse el derecho procesal desde una dimensión más dinámica, en la que el instrumento procesal, concebido tradicionalmente como medio de solución de conflictos, sea realmente garante de la seguridad jurídica y de la justicia sin que sean considerados como valores incompatibles de coexistir.

Colombia no ha sido ajena a todo este cambio cultural, y para ello ha optado por dejar de lado el formalismo riguroso que se plasmó en el Código de Procedimiento Civil inspirado en el Código de Procedimiento Civil Chileno y este a su vez de la ley española de enjuiciamiento civil de 1855, para abandonar esa rigurosidad paradigmática y adentrarse en un proceso civil, con una prueba que será practicada y valorada en forma oral, entendiéndose el mismo no solo como un asunto de partes donde el juez es un árbitro que se limita a resolver un conflicto

con las pruebas allegadas por cada una de las partes, sino que en él están involucrados los valores de la sociedad, ya que cuando se tramita un proceso, en él hay un segmento de la realidad que crea su propia atmósfera y donde los valores que pretendemos para la sociedad, adquieren una mayor tonalidad en aras de establecer una verdad material.

Así entendido, el proceso no puede ser explicado desde unas consideraciones meramente especulativas desprovistas de referentes prácticos concretos, ni tampoco puede ser reducido al horizonte limitado de descripciones de las diversas normas positivas existentes en el ordenamiento jurídico procesal. No se trata de meras reformas, sino de cambios por una actitud consciente que permitan afianzar técnicas eficaces de argumentación, en pro de la adopción de nuevas posturas en torno al derecho procesal -como lo ha pretendido el legislador con la entrada en vigencia del Código General del proceso- pero no reducido al comentario descriptivo de unas normas positivas que solamente puedan aprehenderse hermenéuticamente desde un criterio gramatical o literal.

Es por ello que nuestro país mediante la Ley 1564 de 2012 aprobó un nuevo estatuto procesal denominado “Código General del Proceso”, el cual entró a regir de manera plena a lo largo del territorio nacional el 1º de enero del año 2016¹. En esta nueva normatividad se asume como una ideología inderogable la disposición de una igualdad material de la mano de un juez potente e interventor, al cual se le reviste de deberes y poderes² en aras de emitir decisiones acordes con la verdad³.

Pretende la legislación colombiana regresar a los conocimientos antiquísimos remontándonos a la época del nacimiento del derecho civil en la cuna del Imperio Romano, donde se forjaba un proceso eminentemente oral, en la búsqueda

¹ Acuerdo No. PSAA15-10392, del 1º de octubre de 2015, artículo 1º, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Código General del Proceso. Título III. Deberes y poderes de los jueces.

³ Art. 4, 11 y 42 Nº 4.

permanente de un mecanismo eficaz que ofrezca una mejor aplicación del sistema judicial, que arroje como resultado final beneficios tales como: justicia material, que facilite a las partes llegar a una solución pronta, oportuna y eficaz en el litigio.

Para ello el legislador colombiano decidió compilar toda la normatividad dispersa en el ámbito civil, comercial, de familia y agrario en un único código denominado “Código General del Proceso”, el cual en su artículo 1 reza: “Artículo 1. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

De igual manera, la citada normatividad trae como piedra angular una finalidad, la cual es la tutela jurisdiccional efectiva – art. 2 ley 1564 de 2012- y propende por la igualdad real -artículo 4- y la distribución de la carga de la prueba – art. 167- que permitirá exigir su representación a quien le quede más fácil aportarla, es en ese entendido, que estas instituciones reflejan la corriente preponderante en el nuevo ordenamiento. Se destierra la concepción del proceso como “juego de partes”, esto es como el “estéril y árido juego de fuerza y de destreza de que hablaba P. Calamandrei (1973)⁴.

El Derecho procesal positivo, referido al ámbito de un ordenamiento jurídico estructurado, está habilitado para declarar y hacer efectivos los derechos

⁴ “Ahora bien, si nosotros queremos volver a considerar el proceso como instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza y destreza, hace falta estar convencidos de que el proceso ante todo, un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad, y que “los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y para fijar la verdad; no de las verdades últimas y supremas que escapan a los pequeños hombres, sino la verdad humilde y diaria, esa verdad de la cual se discute en los debates judiciales, esa que los hombres normales y honestos, según la sabiduría común y la buena fe, llaman y han llamado siempre verdad” (Calamandrei, 1973, p. 215)

Pero la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”

subjetivos de las personas frente a casos concretos, por lo que debe tener un referente social que permita su aplicación y efectividad; y, en consecuencia, la teoría en torno a tal referente normativo no podrá ignorar la alusiva realidad.

Siendo, así las cosas, está el funcionario jurisdiccional en consonancia con los axiomas esgrimidos por el Código General del Proceso, para que se llegue a la justicia material, o si, por el contrario, su papel al interior del proceso se limitará a las pruebas recopiladas por las partes, en detrimento de la búsqueda de la verdad, teniendo en cuenta que durante mucho tiempo el proceso civil estuvo regido por el principio dispositivo.

Ello implicaba un papel pasivo de un juez carente tanto de facultades de dirección del proceso y probatorias, sumado al carácter privado de los intereses en litigio, y bajo la ausencia de libertad de apreciación de la prueba, asociado a la búsqueda de una verdad formal, no obstante, lo verdaderamente importante del proceso era la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses.

Se debe ser claro en el entendido que el Código General del Proceso – ley 1564 de 2012- si bien no es del todo novedoso (Giacomette Ferrer, 2014)⁵, recoge una serie de reformas que comenzaron en Colombia a partir de 1970 – y también en América Latina y porque no decir en el mundo- con la expedición del Código de Procedimiento Civil – Atenúa el principio dispositivo- y una serie de normas que fueron introduciendo en nuestra cultura jurídica instituciones o principios foráneos – sistema acusatorio (oralidad, intermediación, concentración) , formas alternativas de resolución de conflictos (ley 640 de 2001), *case management*, etc.

⁵ “De ahí que, en términos generales, la propuesta del Código General del Proceso -CGP- no pueda verse del todo novedosa, por cuanto que, la práctica concentrada de las pruebas y la oralidad en las actuaciones que hacen más ineficiente el sistema, ya se introdujeron en el año 2010, al menos en términos formales.” (Giacomette Ferrer, 2014, p. 148)

Un análisis de las normas del CGP nos revela la importancia que le dio el legislador a un verdadero acceso a la justicia -tutela judicial efectiva, art. 2 CGP-. Ante ello, si bien se puede afirmar que la oralidad se ha venido introduciendo de manera paulatina en nuestro ordenamiento jurídico – ley 1285 de 2009, art. 4, que modificó la ley 270 de 1996, ley 1395 de 2010 respecto del proceso civil (oralidad y descongestión de los despachos judiciales), es evidente que la nueva normativa se enmarca dentro de tendencias procesales progresistas que brindan mayor posibilidad y obligación de participación al juez en la dirección del proceso y en la administración judicial.

Lo anterior es sumamente relevante, por cuanto en otros escenarios jurisdiccionales, se han planteado las consecuencias e implicaciones que puede tener en el proceso el papel del juez, por ejemplo, en la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal-, en el marco de un proceso de naturaleza adversarial, se plantea que la pasividad del juez penal no puede degenerar en la vulneración de derechos fundamentales en el proceso, se requiere un punto de equilibrio que permita un proceso acorde con el debido proceso pero a su vez garante de los Derechos Fundamentales (Montealegre y Pulido, 2013).

Otro ejemplo se encuentra en la justicia constitucional, en efecto en los últimos años se ha visto un papel activo de la Corte Constitucional a través de su intervención en ciertas problemáticas sociales que han implicado vulneración de Derechos Fundamentales -por acción u omisión- o que los ponen en riesgo, lo que ha generado que en la doctrina se discuta si las actuaciones de la Corte vulneran el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos -*check and balances*-. En conclusión, se observa que el juez, sus responsabilidades, poderes y facultades ocupan un lugar central en las discusiones sobre el proceso judicial, su estructura, fines y objetivos toda vez que en el fondo existen intereses por un proceso jurisdiccional que garantice decisiones acordes con la verdad y la justicia, pero en un tiempo oportuno, con costos razonables y con juez natural

imparcial e independiente que garantice la igualdad de las partes y sus derechos. En el fondo se busca un punto de equilibrio entre los intereses públicos y privados del proceso y la eficacia y eficiencia del mismo.

Bajo la exposición de las líneas precedentes es dable indicar que actualmente el interés y derecho de protección social es inherente al proceso civil y su publicización, sin embargo, por ello se hace necesario reflexionar sobre las implicaciones que comprometen el papel del juez como director e investigador en el proceso y como obligado a ser activo judicialmente para la respuesta efectiva a las controversias puestas a su amparo y como mediador de la justicia social prohijada normativa, sustancial y procesalmente. En el fondo como lo plantea Oteiza (2014) se debe reflexionar desde la perspectiva del juez de como balancear principios estructurales del debido proceso como la imparcialidad, imparcialidad, neutralidad, igualdad, y por otro lado la eficiencia y la eficacia de los procesos desde el punto de vista de su duración y los costos de los mismos. No en vano existe la incertidumbre de cómo su papel puede desequilibrar la balanza de decisiones justas, la averiguación de la verdad, el darle importancia a la eficiencia y eficacia del proceso judicial.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código General del proceso -CGP- expedido en el año 2012⁶ hace parte de una serie de reformas procesales – unas de carácter constitucional y otras de rango legal- que se han impulsado en Colombia en los últimos años – y en América Latina con el auge de los principios del sistema acusatorio para el proceso penal y del *case management* en el proceso civil-, comenzando por la ley 712 de 2001 que modificó el Código Procesal Laboral (y de la seguridad social) – Decreto ley 2158 de 1948-, después la ley 640 de 2001 que reguló aspectos relativos a la conciliación, luego con la reforma constitucional de 2002 – Acto Legislativo 03 de 2002- que sentó las bases constitucionales para instauración de un proceso penal acusatorio, y que se concretizó luego con la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal- la cual reguló un proceso penal adversarial de tendencia acusatoria,⁷ luego la ley estatutaria 1285 de 2009 que reformó la ley estatutaria de administración de justicia – ley 270 de 1996-, la ley 1395 de 2010 que reformó el proceso civil, la ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Con ese introito de reformas legislativas, se observa que en Colombia a lo largo de su historia se ha caracterizado por un continuo reformismo Constitucional (Valencia Villa, 2010) lo que indefectiblemente se ha reflejado en el campo legal.

En general, Valencia Villa (2010) considera que dicho reformismo se ha caracterizado por su respuesta a situaciones coyunturales y al oportunismo y populismo político, muchas reformas no han intervenido estructuralmente los diversos problemas jurídicos, políticos, sociales y económicos.

En todo caso, las últimas reformas procesales han compartido un núcleo común, el cual es la introducción paulatina de la oralidad – y por consiguiente de los

⁶ Publicado en el diario oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

⁷ Ver sentencia C 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

principios de inmediación, concentración y publicidad-, concibiéndose esta como un principio de optimización que permitiera mejorar la eficiencia y eficacia del sistema judicial (Giacomette Ferrer, 2014). El parangón salta a la vista en la ley 1285 de 2008 donde se estipuló en su artículo 4 la celeridad y oralidad de los procedimientos judiciales⁸. En ese orden, en la actualidad los procesos judiciales en Colombia obedecen a un sistema por audiencias orales, donde la presencia de las partes y del juez es fundamental para el funcionamiento del sistema. Se da por sentado que la oralidad ayudará a descongestionar los despachos judiciales y a mejorar sustancialmente el tiempo de duración de los procesos (Giacomette Ferrer, 2014).⁹

Aunado al auge de la oralidad, dichas reformas también han obedecido a lo que Alvarado Velloso (2014) denomina “nuevas tendencias procesales” (p. 82), las cuales se centran en reforzar las facultades probatorias y de dirección del proceso, promocionar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de manera que los procesos puedan ser más cortos y se puedan ahorrar recursos, con un equilibrio de las partes a través de una gerencia del proceso por parte del juez. El curso de estas tendencias se enmarca entonces en la relativización del principio dispositivo respecto del papel del juez, la dirección del proceso, la desjudicialización, y la instauración de la oralidad, todo esto como parte integrante de lograr una administración de justicia pronta y eficaz -celeridad y economía procesal.

⁸ ARTÍCULO 4: 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.

⁹ Giacomette Ferrer (2014) es pesimista del mito que trae aparejada la oralidad en los procesos judiciales, partiendo de estudios realizados en diversas normas procesales en Latinoamérica que se centraron en la oralidad, llega a la conclusión de que no ha habido mejora sustancial por diversos factores, como por ejemplo la falta de infraestructura, recursos, la mentalidad jurídica de los funcionarios judiciales que ha generado dificultades en la implementación de la oralidad.

Si bien no sería adecuado afirmar que la oralidad en el proceso civil se introduce con el Código General del Proceso – dado que ese procedimiento se introdujo al menos en términos formales con la ley 1395 de 2010- si podemos encontrar en sus normas la influencia de los principios del *case management*¹⁰ (Oteiza, 2014) con origen en los 90s en los Estados Unidos, los cuales con posterioridad fueron aplicados en la misma década en países como el Reino Unido, Australia, Francia entre otros.

Se pregunta en consecuencia: ¿Cómo se ha influenciado el CGP desde los principios del *case management*?, véase que, el CGP instaura un proceso civil de tendencia oral por audiencias – la primera parte del proceso se mantiene escritural, esto es, la demanda y su contestación, excepciones, demanda de reconvencción etc.-¹¹regido por los principios de inmediación, concentración¹², publicidad¹³ y el debido proceso¹⁴ en aras de garantizar la tutela judicial efectiva¹⁵. El nuevo Código refuerza los poderes de dirección de juez, convierte la prueba de oficio en un poder-deber, y le otorga un papel importante a la conciliación extrajudicial y judicial.¹⁶

En lo que se refiere a la Gerencia de los procesos-postulado del Case Management, el CGP trae un conjunto de normas que refuerzan notablemente el papel del juez en aras de la igualdad real de las partes y la economía de los procesos: el artículo 4 y el numeral 2 del artículo 42 del CGP disponen que el juez deberá usar los poderes que le otorga la norma para propender por la igualdad real de las partes y la economía procesal; el artículo 8 y el numeral 1 del artículo

¹⁰ Oteiza (2014) respecto de las reformas procesales en Latinoamérica de los últimos años han partido “(...) del desarrollo de las innovaciones sucedidas en periodo reciente en Francia, España, Alemania, Japón, Austria, Bélgica, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Italia y la Unión Europea” (p. 41)

¹¹ Artículo 3: Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.

¹² Artículos 5 y 6 del CGP

¹³ Artículo 3 CGP

¹⁴ Artículo 14 CGP

¹⁵ Artículo 2 CGP que regula el acceso a la administración de justicia.

¹⁶ EL CGP trae reformas en diversos aspectos, nos centraremos en aquellas que obedezcan a la lógica del Case Management.

42 del CGP orientan que el juez deberá impulsar los procesos, propendiendo por su rápida solución evitando las dilaciones en aras de la economía procesal. El artículo 121 del CGP como plazo para la duración del proceso, y 6 meses para la segunda instancia, lo que implica un papel activo del juez en el cumplimiento de los términos so pena de perder competencia. Debemos aclarar que estas normas también se encuentran en el CPC¹⁷, sin embargo, cobran mayor relevancia en el CGP debido a la introducción de otras estipulaciones -ausentes en el CPC- que refuerzan el papel del juez, por ejemplo, el artículo 42 regula los poderes y deberes del juez, facultándolo en su numeral 5 para tomar las medidas necesarias para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, facultad ausente en el CPC.

En lo tocante a las facultades probatorias como la prueba de oficio y carga dinámica de la prueba, el artículo 42 numeral 4, artículo 169, artículo 372 numeral 10 y el artículo 171 del CGP, regulan la prueba de oficio como un deber, a diferencia del CPC que establecía la prueba de oficio como una facultad, es decir, siempre que el juez lo considerara pertinente (Canosa Suarez, 2012)¹⁸. Ello revela una defensa del CGP de los fines públicos del proceso que trasciende de la mera disputa privada, dejando entrever el compromiso con la averiguación de la verdad, al disponer que la prueba de oficio se deberá decretar cuando sea necesaria para esclarecer los hechos.

Otro punto relevante es la introducción de la carga dinámica de la prueba, que introduce el artículo 167 del CGP, que le permite al juez de oficio distribuir la carga de la prueba en la parte que se encuentre en una mejor situación para probar los

¹⁷ No se debe olvidar que en su momento el CPC implicó un cambio importante al aceptar la lógica de la publicitación del proceso civil, además algunos principios del Case Management tuvieron eco en la ley 1395 que introdujo reformas en el CPC.

¹⁸ Por el mismo derrotero ideológico en el artículo 170 la expresión "*podrán decretarse pruebas de oficio*" se reemplaza por "*El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*" y se agrega que "*Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes*" (Canosa Suarez, 2012, p. 39).

hechos¹⁹, facultad ausente en la anterior codificación. Frente al particular, Alvarado Velloso (2014)²⁰ se refería a la carga dinámica de la prueba como uno de los puntos centrales de las reformas procesales en Latinoamérica en los últimos años.

Referente a la promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación en su artículo 372 el CGP dispone que el juez exhortará diligentemente a las partes para que concilien sus diferencias, teniendo la facultad de proponer fórmulas de arreglo sin que ello implique prejuizamiento, a diferencia del CPC que solo disponía posibilidad de realizar la conciliación.

Además de lo anterior, el artículo 621 mantuvo la conciliación extrajudicial o prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos declarativos, sin perjuicio de lo establecido respecto de las medidas cautelares. Lo anterior refleja una de las técnicas del Case Management de las que habla el profesor López Medina (2004), a saber, el papel activo del juez de cara a la cooperación de las partes y la posibilidad de llegar acuerdos consensuados con un papel activo del juez inclusive proponiendo fórmulas de arreglo.

Como se puede observar, con la nueva codificación procesal se hace necesaria la presencia de un juez que ordene, de un juez que impulse, de un juez que sanee, de un juez que cumpla con la intermediación procesal y cuyo único fin sea la justicia material, finalidad esta que solo se lograra con un cambio de concepción en torno a la idea del activismo judicial. Pero se pregunta: ¿Los jueces actuales están dispuestos para ese cambio de paradigma?, ¿Están en capacidad los funcionarios judiciales de acudir a toda la recursividad procesal en aras de lograr la justicia

¹⁹ La disposición no solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho. (Canosa Suarez, 2012, p. 39)

²⁰ Alvarado Velloso (2014) recoge en el siguiente inventario las novedades introducidas: 1. La institucionalización de los anticipos de sentencia, sin audiencia previa de los interesados en el litigio; 2. Proceso autosatisfactivo que a juicio del autor elimina el proceso como método de debate; 3. Imposición de los jueces del deber de probar de oficio; 4. Las cargas probatorias dinámicas; 5. Posibilidad de fallos *extra o ultrapetita*; 6. Relativización de la cosa juzgada.

material que tanto pregona el ciudadano colombiano? o por el contrario ¿puede ser interpretado por estos que el cambio de codificación no implica un cambio de mentalidad a la hora de resolver los casos que a diario se le ponen de presente para ser resueltos?, estos interrogantes son los que motivan la propuesta de investigación, desde la cual la pretensión es encontrar las respuestas adecuadas y consecuentes a la realidad procesal contemporánea, pues se considera que en este punto existe un vacío en la actualidad, al identificar las concepciones asumidas por los funcionarios judiciales como directores del proceso, en el escenario teórico y práctico.

Es así como se edifica la problemática de investigación, en cuanto al papel del juez civil contemporáneo en Colombia, desde las influencias que emergen para la dirección procesal y la administración de justicia otrora con ideología privatista y actualmente publicista, desde las dinámicas procesales que por inspiración y materialidad normativa fungen del Código General del Proceso de codificación en la ley 1564 de 2012, pues es claro que los supuestos en los que se basa el legislador para la producción normativa, se trasforman desde la gestión del juez. Mandato que adquiere protagonismo desde el ejercicio obligado de interpretar y de aplicar derecho con relación a la realidad social, y que de suyo podría verse influenciado en menor o mayor grado según la capacidad y voluntad de objetividad y de dimensión del juez respecto de la esencia y naturaleza del proceso en cuanto a los derechos sustanciales.

3.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil en Colombia, en perspectiva de las nuevas tendencias que orienta el Código General del Proceso?

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

- Analizar las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil en Colombia, en perspectiva de las nuevas tendencias procesales que orientan el Código General del Proceso.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir la evolución del proceso civil a lo largo de la historia y su evolución específica en Colombia, en perspectiva del Juez.
- Identificar los poderes y deberes del juez civil a partir de la configuración del proceso civil bajo el sistema inquisitivo y dispositivo.
- Describir las tendencias procesales contemporáneas y sus implicaciones en los poderes y facultades del juez civil.
- Analizar las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil, a partir del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) y en perspectiva de las nuevas tendencias procesales.

5. MARCO TEÓRICO

INTRODUCCIÓN

En el año 2012 se expide en Colombia la Ley 1564 de 2012 conocida también como Código General del Proceso - en adelante CGP-, estatuida con el fin de regular aquellas causas de naturaleza civil, comercial, agraria y de familia en nuestra legislación. La mencionada codificación puede entenderse como parte de un proceso de reformas a la justicia civil que en Iberoamérica empiezan a darse en la segunda mitad del siglo XX y que en Colombia puede ubicarse específicamente en los 70's con la expedición del Código de Procedimiento Civil -de ahora en adelante CPC.

Estos procesos de reforma al proceso civil, no obstante, deben ser entendidos como parte de un proceso más complejo y amplio que se gesta a nivel mundial, y que no pueden ser ubicados en un periodo de tiempo determinado y concluso, sin embargo, su punto de partida emerge hacia finales del siglo XIX como consecuencia de una serie de contribuciones que dieron nacimiento al denominado publicismo procesal, con diametrales diferencias de las ideas liberales propias de la Revolución Francesa, las cuales tuvieron incidencia en el campo del proceso civil del siglo XIX.

Dichos procesos de reforma están sustentados en la adopción de ciertos discursos estrechamente entrelazados, los cuales acogen herramientas integradoras a la legislación procesal civil de forma diversa. La esencia de esos discursos parte de la necesidad de asegurar una administración de justicia que sea pronta y al mismo tiempo más económica, sin que ello implique desmedro de las principales garantías procesales, las cuales, valga decir, han recogido elementos que históricamente ya se encontraban en el proceso civil desde tiempos antiquísimos, y asimismo en la adopción de otro tanto que no deben entenderse de forma

aislada, sino como parte de un mismo paquete de elementos que da cuenta precisamente de los fines del proceso civil contemporáneo.

Estos elementos o Instrumentos como los denomina López Medina (2004, pág. 15-19), son entendidos como parte de unas *nuevas tendencias procesales* o *tendencias contemporáneas* en materia de configuración del proceso civil, las cuales se edifican en la atenuación del principio dispositivo a través configuración de un proceso civil mixto -publicista-, y sustentado en la instauración de la oralidad, la dirección judicial del proceso, la desjudicialización y la eficacia y economía procesales.

Estos elementos que hacen parte de las *nuevas tendencias procesales* no tienen un origen histórico común, sino que hacen parte de procesos diversos que se van conectando a ese cambio ideológico que se presenta en la configuración del proceso civil de los tiempos actuales, por lo que valdría la pena preguntarse si ¿El operador jurídico colombiano es conocedor de esas nuevas tendencias que sustentaron el viraje teleológico y procedimental con el que se venía aplicando el proceso civil en nuestro país?, con razones de peso suficientes, tal como ha sido planteado por doctrinantes y académicos, que llevaron a que se expidiera la ley 1564 de 2012, o lo que es lo mismo, es conocedor el juez civil colombiano de las tendencias procesales que soportan la entrada en vigencia del Código General del Proceso, por cuanto las mismas repercuten de manera directa en la función jurisdiccional que ejerce al resolver los conflictos sociales que le son puestos de presente, y así administrar justicia.

En este orden de ideas, el presente trabajo está compuesto de 4 capítulos, los cuales metodológicamente están dispuestos de manera secuencial y organizada, así:

Un primer capítulo, que se encargará de hacer una descripción de la evolución histórica del proceso civil. Se partirá de un primer momento en el que se pretende

dar cuenta de los principales elementos y características de los diversos procesos que han existido en la historia, haciendo, eso sí, un especial énfasis en el papel del juez en cada uno de ellos. Allí el lector podrá observar como en el proceso griego antiguo, romano y germano, se hallan las bases de algunos de los elementos del proceso civil contemporáneo como lo son la oralidad, la libre apreciación de la prueba y el principio dispositivo.

Un segundo momento evolutivo- que se ubica en la década de los 90's- con el nacimiento del denominado Case Management el cual será consecuencia de una serie de contribuciones que dotarán al derecho procesal de independencia y autonomía respecto del derecho material y sustancial, y además le endilgara una naturaleza pública con directas consecuencias en el entendimiento de la función jurisdiccional y el proceso. Entre esas contribuciones se traerán las de Bulow, Menger y en el campo legislativo a Franz Klein quien con su famosa ordenanza de 1985 en Austria dará inicio a lo que en la actualidad se conoce como la publicización o socialización del proceso civil.

En este acápite, también se mostrará la evolución específica del proceso civil colombiano, trayéndole al lector los periodos históricos en los cuales tuvo su desarrollo, además de la influencia foránea en su estructuración, con un marcado aporte del derecho español a lo largo del siglo XIX y mitad del XX, hasta la recepción de las ideas publicistas europeas moldeadas en el Código de Procedimiento Civil de 1970. En este aparte el lector podrá entender la estructuración del proceso civil colombiano como parte de un fenómeno en auge en Iberoamérica.

El segundo capítulo se centrará en abordar desde la teoría y la dogmática el sistema dispositivo e inquisitivo. El estudio y análisis de las *nuevas tendencias* o *tendencias contemporáneas* y concretamente del concepto de dirección judicial del proceso como herramienta específica de aquellas, teniendo como punto de partida la manera como el legislador equilibra los poderes y facultades entre el

juez y las partes, bajo la atenuación del principio dispositivo como eje fundamental de un proceso civil publicista, tomando elementos de uno y otro lado.

El tercer capítulo se centralizará en abordar el concepto de *nuevas tendencias procesales* o *tendencias procesales contemporáneas*, para lo cual se describirán los elementos esenciales de aquellas, como son la oralidad, dirección judicial del proceso, desjudicialización y flexibilización, y la eficiencia y economía procesales. De manera sucesiva, se proyectara el debate publicismo y garantismo, que con las herramientas puestas de presente en el capítulo II, le permitirá al lector conocer los elementos fundamentales del debate, además de su politización e ideologización.

El cuarto y último capítulo abordara la recepción de las *nuevas tendencias* en el CGP. En este capítulo se mostrara que la recepción de las nuevas tendencias en el proceso civil colombiano debe entenderse como parte de un proceso histórico paulatino que en Colombia empezó a darse con la expedición del CPC de 1970, y que a través de diferentes reformas tanto constitucionales como legales fueron nutriendo al proceso civil de nuevas herramientas -aunque dispersas por las innumerables leyes que se promulgan- y que el CGP se encargó de continuar y si se quiere desarrollar, sin que sea dable argüir novedad al mismo, pues tal como se justificara, es una recopilación de elementos recogidos bajo el título de nuevas tendencias, las cuales valga cuestionarse, si son conocidas por el Juez Civil Colombiano a efectos de desarrollar una labor acorde con esos nuevos postulados que orientan la práctica procesal civil que recoge el Código General del Proceso.

Ahora bien, este análisis se hará a partir de un contraste con una encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín, de manera que se puedan plantear reflexiones que se nutran de elementos teórico-prácticos. Así las cosas, al finalizar las siguientes páginas el lector estará en capacidad de comprender la importancia del juez civil contemporáneo, que pese a la resistencia que aún existe en cuanto a su protagonismo al interior del proceso, requiere de elementos de

adaptación mental y cultural, que en el caso colombiano aún está en proceso de desarrollo. Por ello, una de las directrices fundamentales en el proceso de cambio es definitivamente la formación de los jueces bajo la nueva teleología del proceso civil.

5.1 CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO CIVIL: UNA MIRADA EN PERSPECTIVA DEL PAPEL DEL JUEZ

Con este capítulo se da respuesta al objetivo número uno que trata de: “Describir la evolución del proceso civil a lo largo de la historia y su evolución específica en Colombia, en perspectiva del Juez”.

5.1.1 Importancia de la Historia en los Estudios de Derecho

Desde los inicios de la cultura humana, se ha podido establecer que no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque las normas jurídicas que estatuyen los estándares de conducta son susceptibles de ser violadas, naturaleza esta que es innata al ser humano. La diferencia entre conducta y derecho fue anunciada por Kant (Kant, 1954. p.95). “Ser virtuoso, no dañar y retribuir son formas de vivencias. Sé virtuoso, no dañes, retribuye, son admoniciones normativas. No matarás, es una norma; no matar es una conducta. Castigarás al que mata, es una norma; castigar al que mata es una conducta” (Couture, 1990. p.481)

En virtud de ello, solamente se pueden establecer dos maneras de resolver tal dificultad; lo primero sería permitir que el ciudadano afectado propugne por la defensa de sus derechos de manera autónoma y busque emplear lo que su entendido le ha enseñado por justicia de una manera subjetiva y directa, o delegarle al Estado a través de sus instituciones la facultad de resolver las controversias que le están generando inconformidad al interior de la misma sociedad.

Bajo esos supuestos ha de entenderse el nacimiento del derecho procesal, que, en cuanto a su origen y bajo la primigenia razón de ser, responde a una necesidad que a diario busca el ser humano que es la de encaminar la acción de las personas que hacen parte de la comunidad en el deseo de proteger sus intereses

contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho que afecta la tranquilidad de aquél asociado. Como ejemplo de ello, señala Nino²¹ (2003. p.23-24), que en las sociedades contemporáneas las reglamentaciones jurídicas están en todas partes, incluyendo el devenir diario.

No en vano Julio Maier (1999. p.259) considera que el derecho, como materia de estudio, es un objeto cultural, y ello porque el hombre, a medida que va creando formas de organización social lo va reinventando, lo que implica que las reglas que el hombre va construyendo son contingentes y supeditadas a esas formas de organización social, que de igual manera son cambiantes en la búsqueda continua de ese ideal de una convivencia pacífica.

Podría afirmarse que el estudio de las instituciones del pasado sirve para comprender los institutos del presente (Vescovi, 1999. p.21). Entender el Derecho como un proceso evolutivo, dinámico e interrelacionado, ayuda a concebir como los cambios sociales, culturales, políticos y económicos, determinan e influyen la transformación del derecho, precisamente por la necesidad de adaptarse a esos cambios so pena de quedar convertido en un conjunto de reglas obsoletas superadas por formas de organización más eficaces, lo que valga decir, no necesariamente con las implicaciones jurídicas de adaptabilidad que se esperan.

²¹ “Pueda ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente, usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado varios contratos verbales de compraventa (al adquirir por ejemplo periódicos o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar por ejemplo sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la “coraza” normativa que proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea miembro de una sociedad ilícita) esta seguramente estructurada bajo una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescrito por normas jurídicas”. (Nino, 2003, p. 23-24)

En esa medida en la actualidad en el proceso jurisdiccional, parece existir cierto consenso en que el ideal de la jurisdicción está concretizado en la justicia de sus decisiones, y ello se logra a través de un proceso dotado de todas las garantías.

Además de lo anterior, se ha defendido por parte de la doctrina, y reflejada en las reformas procesales que se dieron a partir de fines del siglo XIX, que la oralidad, la inmediación y la concentración, contribuyen a ese ideal de justicia que subyace al proceso jurisdiccional.

Es curioso entonces observar como la oralidad, la inmediación, y la concentración, se erigen como una especie de mito²² dotadas de un aire de inobjetablez²³, y ello se ve reflejado en las decisiones por las que han optado los legisladores a la hora de regular el proceso y su estructura²⁴. No obstante, un proceso oral, con inmediación del juez no debe entenderse como un fenómeno nuevo tal como lo

²² Sobre el particular afirma Monroy Gálvez (1996): Los propulsores de la tesis conservadora tienen tan arraigada la idea del predominio o el privilegio de algunas categorías o instituciones de antaño, que estas adquieren -sobre la base de su difusión e indiscutibilidad-- la calidad de mitos. Estas categorías o instituciones pueden no ser correspondientes con lo que la nueva y distinta realidad exige de una norma procesal en una sociedad y en un momento determinado; sin embargo, a veces la defensa de la tradición es lamentablemente más intensa que cualquier propósito de cambio. Por otro lado, debe también reconocerse que muchas propuestas innovadoras están más imbuidas de entusiasmo por el cambio, que de sustento científico. (p.23)

²³ Lo anterior no quiere decir que no existan quienes consideren que la oralidad, la inmediación, y la concentración no pueden considerarse de manera aislada, sino que deben ser implementadas con toda la infraestructura que se requiere para un desarrollo eficaz de los mismos, por ejemplo, Giacomette Ferrer considera que las últimas reformas procesales en Latinoamérica, como respuesta a la ineficiencia e ineficacia del proceso, se han centrado en la introducción de la oralidad, la inmediación, y la concentración (además del reforzamiento de los poderes del juez), ya sea de manera paulatina o directa, pero que en todo caso las mismas han resultado contraproducentes, es decir, causantes de más congestión, y ello debido a factores como la falta de infraestructura, recursos económicos y de personal, y falta de voluntad política en su implementación. En similar sentido opina López Blanco (2016), destaca el autor que un ejemplo de lo anterior es el regreso a la oralidad con el CGP cuarenta años después de la promulgación del CPC, el fracaso de estas no se debe a que la oralidad sea inadecuada, sino también a la falta de recursos económicos y humanos que permitan implantarla con éxito.

²⁴ Giacomette Ferrer (2014) afirma citando a Cappelletti: “La obra del profesor italiano Mauro Cappelletti La oralidad y la prueba en el proceso civil nos expone, de manera sobresaliente, que el tema de la oralidad en el proceso “... en el marco de casi dos siglos, ha simbolizado, especialmente en el continente europeo, el aspecto central tanto de las críticas de soluciones superadas, como de proyectos de nuevas soluciones” ... Significa lo anterior que desde siempre el tema recurrente ha sido la “modernización del proceso” y esto implica liberarnos de las complicaciones, de los formalismos, de los ritualismos, la congestión y la lentitud de la actual administración de justicia, para superar “el defectuoso procedimiento” regulado en los códigos, que la hace ineficaz e ineficiente.” (p. 137)

pretende demostrar esta investigación, sino por el contrario, es el regreso a formas del proceso que históricamente pueden encontrarse inclusive, desde la Grecia antigua pasando por el proceso romano (con matización de la última fase del imperio, dónde se empieza a desmontar paulatinamente el proceso acusatorio), así como también por el proceso germano – aunque al final con la influencia del derecho canónico se empieza a introducir la escritura y en general el proceso inquisitivo-, hasta llegar a las reformas que se dieron a finales del siglo XIX con la revolución legislativa en Austria por Klein²⁵.

Sin ánimo de exhaustividad y buscando, únicamente, mostrar el largo recorrido histórico que ha tenido el papel del juez al interior de cada época, con pequeñas pero obligadas referencias en cada periodo de la labor que ejercía, se desarrollará a continuación el presente capítulo.

5.1.1.1 En Grecia

Al abordar el estudio de las fuentes históricas, suele acudir, quizá, de manera automática al derecho romano, no en vano se considera a éste como la base del derecho sustancial y procesal de aquellos países considerados depositarios de la cultura jurídica del *civil law*. No obstante, en Grecia pueden encontrarse instituciones bastantes novedosas -incluso en perspectiva contemporánea- en el campo jurídico-político y social.

En ese entendido, es ineludible hacer una descripción de cómo funcionaba la justicia civil en la cultura griega, como antecedente primigenio de instituciones que más adelante se enraizarán en el derecho romano, y además serán desarrolladas

²⁵ Afirma Monroy Gálvez²⁵ (1996):

“(…) el derecho contemporáneo no es necesariamente una expresión mejorada del derecho que tuvimos en el siglo XIX y este tampoco lo es respecto del que tuvo su apogeo en el siglo anterior. El derecho no está sometido a una "ley histórica" que impone su "mejoramiento" con el transcurso del tiempo. El derecho tiene ritmos propios de aprovechamiento de su pasado, los que en ningún caso se traducen en un proceso de modernización constante. Al contrario, son muchos los casos en que un aporte novedoso para el derecho del siglo XX, por ejemplo, termina siendo simple y llanamente la recuperación de una institución desarrollada por los juristas de la Alta Edad Media.” (p.23)

a lo largo de la historia, al punto que serán la base para la construcción de toda la cultura jurídica de Europa e Iberoamérica.

La organización judicial en Grecia²⁶ (ver gráfico 1) estaba integrada en primer lugar por el Tribunal Heliástico²⁷, el cual conocía de las causas civiles y penales que no estaba reservadas a otras autoridades especializadas²⁸., dicho tribunal estaba “(...) compuesto por 6.000 miembros, elegidos anualmente entre los ciudadanos mayores de 30 años, de buena reputación y que no tuvieran deudas con el fisco. El tribunal ejercía sus funciones por conducto de 10 secciones. (p. 181)

Además de la división de negocios antes mencionada, el órgano competente era el *phirintano*²⁹, tribunal que estaba compuesto por 500 miembros y en el que se evidenciaba un proceso oral, público y con tendencia dispositiva. Puede decirse adicionalmente que en Grecia imperó la oralidad tanto en el proceso penal como en el civil, el cual estaba regido por el principio dispositivo, que enseña que son las partes las que tienen la carga de iniciar el proceso, impulsarlo, incorporar los hechos y producir la prueba teniendo el juez facultades restringidas a este respecto (Echandía, 2002), lo que lleva a concluir la existencia de un papel pasivo del juez en el proceso griego y la preponderancia de las partes a la hora de dar continuidad a la actuación judicial, lo que se conoce en nuestra legislación como impulso procesal, lo que en suma corrobora la falta de actividad del juez en su papel de administrar justicia.

²⁶ Se considera importante destacar que en Grecia ya existía una distinción entre los negocios civiles y los negocios penales, lo que a juicio de Quintero de Prieto (2008. Pág.180-181) demuestra que el sistema regulador del proceso griego es parte de un avanzado grado de cultura, por lo que, para la autora, la organización jurisdiccional se basa en dos características a saber: especialidad y colegialidad.

²⁷ El nombre del tribunal obedecía al dios sol, debido a que se reunía a pleno día en la plaza pública (Quintero de Prieto, 2008)

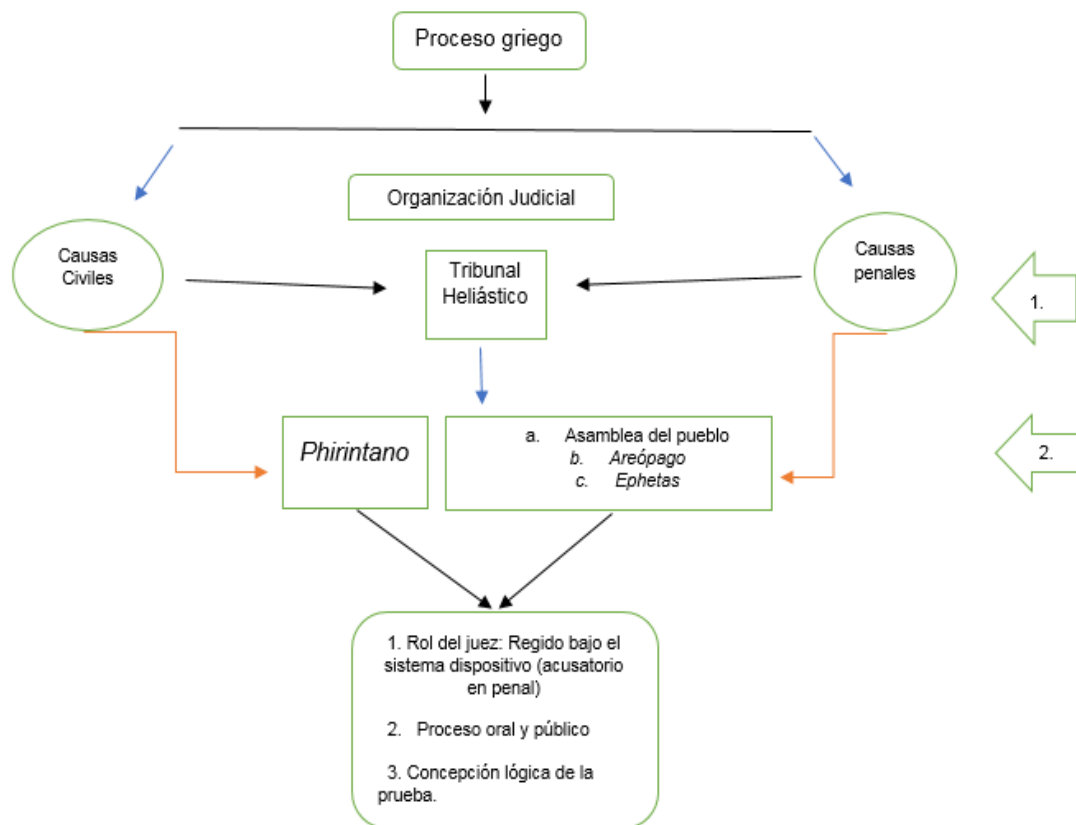
²⁸ Este tribunal estaba compuesto por 6.000 miembros, los cuales eran elegidos cada año de entre personas mayores de 30 años, sin deudas con el fisco y de buena reputación. A su vez, este tribunal se encontraba subdividido en 10 secciones.

²⁹ En materia penal existían 3 tribunales, el primero era la asamblea del pueblo la cual conocía de los delitos políticos, el segundo era el *areópago* el cual conocía de los delitos cuya sanción era la pena de muerte, y finalmente el *ephetas* que conocía del homicidio simple y aquellos delitos considerados privados. (Maier, 1999)

Así las cosas, pese a que el punto de partida del derecho procesal iberoamericano ha sido el derecho romano³⁰, no debe perderse de vista al derecho griego como un antecedente inicial de las instituciones procesales del mundo contemporáneo, permitiendo reafirmar que la evolución del derecho procesal y del proceso como su principal herramienta, no ha transitado en una infinita e interminable línea recta, sino que se ha desarrollado en un continuo ir y devenir a instituciones del pasado como formas de fundamentación de las construcciones jurídicas del presente.

A continuación, la siguiente figura, nos ilustra lo dicho en precedencia.

Figura 1. Proceso griego



Fuente: Elaboración propia

³⁰ Al abordar el estudio sobre la evolución del proceso civil, autores como Walter (1985), Quintero de Prieto (2008), Monroy Gálvez (1996), Couture (1958), Vescovi (1999), Alcalá Zamora (2001), entre otros, encuentran en el derecho romano el punto de partida u origen de la gran mayoría de instituciones procesales vigentes aún en los tiempos contemporáneos, ello quizá no implica un olvido deliberado del proceso griego, sino que supone un desarrollo posterior más completo como consecuencia de la duración y pervivencia del imperio romano y de sus instituciones.

5.1.1.2 Roma

Si bien en el sistema griego se hallan algunos antecedentes de instituciones jurídicas actualmente vigentes, también es cierto que existe consenso en la doctrina al afirmar que el Derecho romano es la base del derecho del mundo, denominación dada por doctrinantes de nuestro país tales como López Blanco y Quintero de Prieto. Para lo cual, aseveran que solo es mirar el estudio obligado en las facultades de leyes de las instituciones romanas como base fundamental en el aprendizaje y estudio del derecho³¹.

Se afirma entonces que en el derecho romano se encuentra el origen de la mayoría de las instituciones del mundo contemporáneo (Vescovi, 1999. p.21-22), y ello lo demuestran innumerables estudios que se han realizado sobre sus instituciones jurídicas, los cuales dan cuenta de su vigencia, o que en su momento fueron el origen de las que posteriormente fueron perfeccionadas y desarrolladas. En todo caso, pareciera que el Derecho romano tuviese una vigencia eterna, y ello quizás porque su influencia no solamente se manifestó en sus territorios, sino en la de todas aquellas áreas conquistadas (Couture, 1958. p.18).

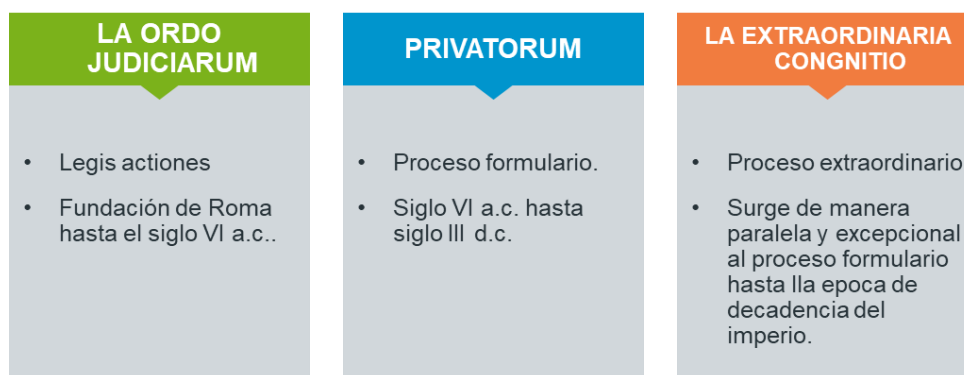
Esa pervivencia del derecho romano permite afirmar siguiendo a Rosenberg que muchas reformas que en el transitar de la historia se han presentado, no han implicado una ruptura respecto de un pasado que se quiera olvidar, sino que los

³¹ sobre el particular opina López Blanco: "Desde el punto de vista civil es innegable que el derecho romano es la base fundamental del derecho en el mundo occidental; no escapa a esa marcada influencia el derecho procesal civil y por eso continúan vigentes varias reglas de procedimiento de inspiración romana." (2016, p. 31)

mismos estudios históricos revelan un sorprendente regreso³² a tiempos supuestamente abandonados³³.

Para el efecto, Walter (1985. p.9 y ss.) -Posición que comparte en Colombia López Blanco (2016) divide el proceso romano en 3 etapas o periodos³⁴:

Figura 2. Etapas del proceso Romano



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.2.1 Proceso de las Legis Acciones

Este proceso fue el primero que se dio en la historia romana, Las *Legis Acciones* (acción de ley) eran procedimientos de uso exclusivo de los ciudadanos romanos. Se caracterizó por su división en dos etapas (Walter, 1985; Quintero de Prieto,

³² Los ejemplos pueden destacarse, al mirar el auge actual del proceso oral concentrado y público con intermediación del juez, tanto en materia civil como en el área penal, pensamiento acompasado por el maestro Monroy Gálvez (1996. Pág. 37), al considerar que el procedimiento extraordinario romano es muy interesante pues ha permanecido vigente desde el siglo XX en los países latinoamericanos.

³³ “(...) Más aún, se tiende a la aplicación de algunas que habían sido abandonadas, con lo que se confirma la aseveración de ROSENBERG, quien, frente a las modificaciones procesales, observa: “Toda reforma ha tenido siempre como consecuencia, luego de un tiempo más o menos largo, una propensión y hasta un retorno a los principios abandonados” (Rosenberg citado por Couture, 1958, p. 31)

³⁴ Autores como Quintero de Prieto (2008), Vescovi (1999), y Monroy Gálvez (1996) dividen el proceso romano en dos grandes sistemas procesales, el primero *La ordo iudiciarum privatorum* que se prolonga hasta el siglo III d. C- procedimiento ordinario en palabras de Monroy³⁴-, la cual contiene dos procedimientos, el procedimiento de *actio legis* y el proceso formulario; y la de la extraordinaria *cognitio*, que le sucede, pero que en suma no discrepa de lo planteado con anterioridad.

2008, Vescovi, 1999, Monroy Gálvez, 1996)³⁵ : la etapa *in iure* – *en derecho*- y *apud iudicem* -*ante el juez*. En la primera se comparece ante el pretor, y el demandante expone su petición³⁶.

En la segunda etapa del proceso, para los casos civiles, le correspondía al *iudex* (*jurado*) – *procedimiento apud iudicem (ante el juez)*- emitir la sentencia, el jurado se componía de particulares, lo que al menos en esta etapa muestra una similitud con el proceso arbitral contemporáneo. Esta fase se daba en un régimen de oralidad, inmediación y publicidad, en el cual el *iudex* recibía la prueba, escuchaba a las partes y emitía su decisión la cual no era susceptible de impugnarse, por lo que subyace la no existencia de medios de impugnación. Para el proceso penal, la segunda etapa le estaba reservada al jurado.

En perspectiva general, el proceso de las *Legis Actiones* se caracterizaba por su excesiva rigurosidad y formalismo³⁷, al punto que, si no se escogía la acción³⁸ correcta, el pretor no permitía o prohibía el conocimiento de la acción, por lo que

³⁵ “La primera fase, la *in iure*, se agota ante el pretor o magistrado. La jurisdicción del pretor se exterioriza como el poder de admitir el conocimiento de la acción que se propone, o de denegar ese conocimiento *ab initio*; el pretor permite o prohíbe el acceso a la segunda fase, el arbitraje de los jueces privados.” (Quintero de Prieto, p. 182)

³⁶ Es así como Walter señala:(...) le confiere al demandante la *actio*, siempre que las *leges* lo prevean. Con el otorgamiento de la *actio* y la institución de la *Litis* se establece el “programa procesal”, consistente en la afirmación de un derecho discutido por el demandado en cuanto a su causa y contenido. Así se terminaba la etapa *in iure*. Para que la sustanciación continuara, se remitía el litigio al *iudex*, quien no tenía más que practicar la prueba de las afirmaciones ya firmes y luego dictar sentencia. El *iudex* (“jurado”) era un particular al que se le encomendaba la función judicial” (1985, p. 10)

³⁷ “En su primera época, el proceso romano tuvo un carácter esencialmente privado, pues la controversia se decidía en forma familiar, con el desarrollo del derecho se produjo un importante cambio y fue así como surgieron las denominadas *legis actiones*, para los ciudadanos romanos, caracterizadas por ser eminentemente solemnes y precisas, por lo cual no es aventurado afirmar que se sacrificaba el fondo a la forma, influencia infortunadamente aún no desterrada de modernas decisiones judiciales.” (López Blanco, 2016, p. 32)

³⁸ Las mencionadas acciones estaban en poder de los pontífices, de manera que antes de acudir ante el pretor, se debía concurrir ante aquellos a solicitar la respectiva acción. En lo que respecta a la prueba, se caracterizó por la libertad de apreciación y valoración de las pruebas por parte del juez. En este punto es de destacar que el proceso estaba orientado por el principio dispositivo tanto en materia civil como penal, por lo que el impulso procesal se atribuía única y exclusivamente al interés de las partes en el desarrollo de este.

ha de entenderse que se sacrificaba el fondo sobre la forma³⁹ (López Blanco, 2016. p. 32), además, no se podían reclamar otros derechos diferentes a los contenidos en cada fórmula. Las acciones debían ser recitadas con palabras exactas y ritos precisos, por lo que deja entrever un procedimiento altamente formalista (Vescovi, 1999. p. 23.).

En lo que a la prueba se refiere, era a aquellos sujetos procesales entendidos como partes quienes tenían la carga de probar los hechos, por lo tanto, el tribunal “(...) no podía exigirlos compulsivamente, o sea, que regía el principio de la tramitación” (Walter, 1985, p. 12), además de ello, el proceso era público, oral, con inmediación en la recepción de la prueba y audiencia de las partes.

En consecuencia, el papel del juez en esta etapa estaba regido por el sistema dispositivo con las implicaciones que ya se conocen.

5.1.1.2.2 Proceso Formulario

El proceso formulario se desarrolló a partir del siglo III a. de. C con la expansión del imperio romano seguido de la expedición de las leyes *Abdulia* y las *dos julias*. Inicialmente aquél nace para resolver los conflictos entre los extranjeros, y posteriormente entre los extranjeros y los ciudadanos romanos. Según Pallares, citado por López Blanco “(...) el procedimiento formulario es, sin disputa, el que más nos interesa conocer, puesto que estuvo en pleno vigor en la época brillante de los jurisconsultos, cuyos escritos fueron más tarde utilizados por JUSTINIANO para la compilación del Digesto...” (2016, p. 35)

Este proceso se caracterizó por ser más amplio que el anterior -aunque no erradicó completamente el formalismo- en la medida que se le permitía al pretor⁴⁰

³⁹ En este punto coincide Monroy Gálvez (1996), el cual considera que el proceso de las *legis actiones* generó muchas injusticias y de paso inconformidad, toda vez que el derecho material podía perderse debido a un error procesal.

⁴⁰ A propósito de la función del pretor como creador de Derecho:

aceptar otras acciones, inclusive si no podían ser deducidas de la fórmula de la ley, “(...) a condición de que aparecieran verosímiles y admisibles”) (Quintero de Prieto, 2008, p. 183).

De esta manera el proceso de transición entre el proceso de las *Legis Actiones* al formulario, se produce por la emergencia de nuevas fórmulas un poco más flexibles, las cuales permitirían que el pretor pudiese admitir una petición que no estuviera contenida una fórmula legal.⁴¹

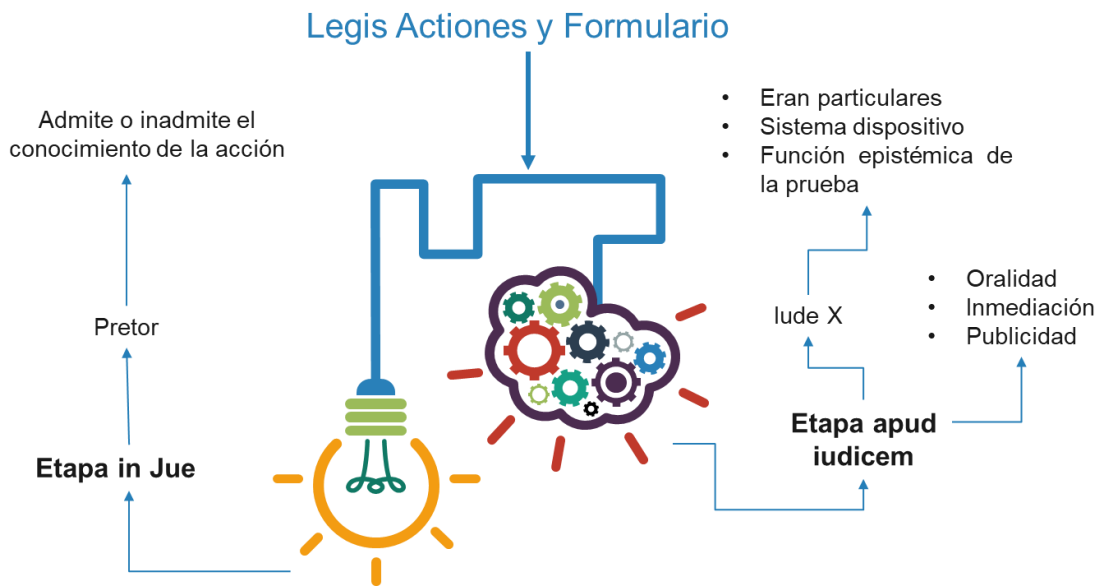
En resumidas cuentas, pese a que el proceso formulario significó cambios respecto del proceso anterior, este siguió manteniendo en esencia, las características principales del proceso de las *Legis Actiones*⁴², que de manera específica en cuanto al rol se refiere, se encontraba sometido por la naturaleza de un proceso civil de naturaleza estrictamente dispositiva.

Otra diferencia, tal vez la más importante, es que en el procedimiento formulario el pretor estuvo en aptitud de adecuar al proceso un conflicto que no estaba previsto en el derecho civil romano -lo que hubiera sido imposible en las *legis actiones*-; para ello creó una variante de la fórmula clásica. Esto equivale a salirse del sistema de derecho conocido, es como crear derecho. Por ello suele hacerse referencia a la justicia pretoriana, para describir aquellas teorías que consideran que la función judicial es en esencia una actividad creadora de derecho. Esta es la opinión también de MAXIMILIANO ERRÁZURIZ (Monroy Gálvez, 1996, p. 32)

⁴¹ Con el correr del tiempo se produjo un cambio decisivo, porque las pocas *legis actiones* que servían para la realización de las diversas pretensiones (de las cuales solo se admitían aquellas que pudieran fundarse en una *lex*), dieron lugar a una pluralidad de fórmulas, no rígidamente sujetas a la ley, de las cuales algunas ni siquiera hacían referencia a una regla legal, en las que el pretor admitía la acción a su criterio basándose en hechos que acababan de comprobarse. A los cinco rígidos esquemas de las *legis actiones* se les puso el esquema variable del proceso formulario. No cambió en tanto la bipartición del procedimiento, porque también en el proceso formulario el magistrado comunicaba a l juez su designación y le daba una fórmula por la cual la instruía acerca de sus funciones. Comenzaba así aquella parte del procedimiento probatorio, en la que la comprobación de los hechos, la relación jurídica misma y el criterio jurídico del magistrado iban insertos en la fórmula (Walter, 1985, p. 11)

⁴² Bien pareciera por todo lo anterior que, el proceso romano en su primera etapa se caracterizó por una preeminencia de la justicia privada, donde el titular del derecho subjetivo es el encargado de la tutela de este, situación que encierra dos aspectos, por un lado, la venganza privada, y por otro lado la defensa privada de los derechos (Monroy Gálvez, 1996), además el proceso era público, oral, con intermediación, y regido por el principio dispositivo. Cabe anotar que la primera etapa tuvo vigencia desde los orígenes de roma hasta el reinado de Diocleciano (siglo III d. de C.), ciclo que encierra el procedimiento de las *Legis Actiones* y el proceso formulario; y la segunda etapa la cual se caracterizó por “(...) una marcha hacia la justicia tutelada por el Estado, tendencia que no descarta algunos rezagos de justicia privada en su proceso de consolidación. Después de todo, la ley de Talión en su expresión romana es un avance respecto de la acción directa: es su atenuación.” (Monroy Gálvez, 1996, p. 26).

Figura 3. Legis acciones y formulario



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.2.3 Proceso de la Cognitio o de la Extraordinaria Cognitio

El proceso de la Cognitio floreció de manera paralela al proceso formulario, durante el decaimiento del imperio romano. Como característica a tener en cuenta en esta etapa es la resolución de controversias en manos de los magistrados imperiales en causas en que, si bien debían ser tramitadas bajo el proceso ordinario, la fórmula no abarcaba ciertos elementos morales y éticos que debían ser ponderados en la sentencia, y que, por tanto, no debían ser dejados al criterio de un *iudex* ordinario⁴³.

⁴³ En ese proceso clásico, quienes pronunciaban la sentencia no eran los *iudices*, sino magistrados o funcionarios imperiales. Quiere decir que en este punto se quebró el orden tradicional, aunque se trataba de acusas (sic) puramente civiles que tendrían que haberse resuelto en el proceso ordinario por juicios por jurados (*ordo iudiciorum privatorum*), tales como el fideicomiso, acción alimentaria y recompensa por servicios de alta categoría. Se hizo esto porque se estimó que la fórmula no podía abarcar todos los elementos morales y éticos que había que ponderar para dictar sentencia y que, por lo tanto, ese juicio no podía dejarse a criterio del *iudex* ordinario. Por eso el mismo funcionario pronunciaba la sentencia y la dicotomía en las etapas *in iure* y *apud iudicem* desapareció” (p. 11)

Acá, el procedimiento ya es de naturaleza oficial dirigido por un funcionario público⁴⁴. En este proceso se produce la eliminación de las dos etapas de los procedimientos anteriores, situación que supone el surgimiento de un procedimiento inquisitivo, desplazando de esta manera el sistema acusatorio y también el principio dispositivo. Lo anterior supone una mayor preponderancia para el juez⁴⁵, en la medida que el mismo funcionario que conocía - fallaba, y quien además como contraprestación a su labor permanente recibía un salario por parte del Estado. Asimismo, el proceso deja de ser oral, con intermediación, público y con libre apreciación de la prueba para abrir paso a la escritura y a la tarifa legal en la apreciación de la prueba⁴⁶. (Vescovi, 1999. p. 24-25).

Todo esto significa que, durante esa época, en la fase del procedimiento “*extra ordinem*”, el juez deja de ser un árbitro y se convierte en representante del Estado, lo cual implica que este adquiere nuevas facultades como la posibilidad de interrogar a las partes y determinar la carga de la prueba, abriendo paso al principio inquisitivo, se pasa de la oralidad a la escritura, de la publicidad al secreto, y de la libre apreciación de la prueba a la tarifa legal.

⁴⁴ Sobre este punto afirma Monroy Gálvez:

Por otro lado, la organización judicial se torna directamente tributaria del poder central, asimismo, se nombran jueces competentes que se hacen cargo directamente de la solución del conflicto que se les encomienda. (p. 36)

⁴⁵ “Distinto es lo que ocurría en el proceso de cognitio o libelo, en el cual el predominio de las partes sobre los trámites procedimentales estaba limitado en favor del dominio del juez sobre el proceso.” (Walter, 1985, p. 12)

⁴⁶ “Aunque, continuaban rigiendo los principios de inmediatez y de la oralidad, se permitían ya más y mayores excepciones; la determinación de la sentencia se apoyaba, muchas veces, en ausencia de las partes, en actas y otros documentos.” (Walter, 1985, p. 13)

Tabla 1. La ordo iudiciarum privatorum vs La extraordinaria cognitio

La ordo iudiciarum privatorum (Legis acciones y Formulario)	La extraordinaria cognitio
Proceso oral y público 01	01 Proceso escrito y secreto.
Proceso formalista 02	02 Se tramitaban causas que no estaban contenidas en la fórmula
Proceso de dos etapas: I. In iure II. Apud iudicem 03	03 El proceso se realiza ante un mismo funcionario, se desvanecen las etapas del proceso ordinario.
La primera etapa le correspondía al pretor, la segunda al juez quienes eran particulares. 04	04 El juez es funcionario imperial quien funge como representante del Estado, con salario a cargo de este.
Proceso regido por el sistema dispositivo, hay una concepción privatista del proceso. 05	05 Proceso regido por un antecedente del sistema inquisitivo, el juez adquiere ciertas facultades oficiosas como el interrogatorio de las partes y la determinación de la carga de la prueba. También se produce una atenuación de la tutela privada.
Libre apreciación de la prueba 06	06 Surge el primer antecedente de la valoración de la prueba tarifada.



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.3 El Proceso Germano

A diferencia de lo que ocurre al hablar del proceso romano o el proceso griego, en el proceso germano no existía un proceso unitario, se tenía la existencia de diversos pueblos de cultura o raza germánica, cada uno con su propio ordenamiento. No obstante, la doctrina ha entendido que, pese a esa diversidad de ordenamientos, estos compartían rasgos comunes que permiten realizar un estudio del derecho germánico (Walter, 1985. p. 46).

Igualmente, se identificaba al proceso germano con las ordalías, los duelos y los juicios de Dios, y aunque ello es certero, su convicción se denota parcial, pues solo da cuenta de un periodo histórico de la larga historia germana caracterizada por un fuerte culto a lo místico y a lo divino. De manera similar al proceso romano, el proceso germano debe ser abordado a partir de una evolución por etapas donde cada una de ellas adquiere características propias y en las cuales como resultado se produce un acercamiento o recepción de las instituciones del derecho romano-canónico, todo esto en gran medida debido al redescubrimiento del derecho romano a partir del siglo XII en Italia.

Frente a ello, Walter indica (1985. p. 45-67) que la división del proceso germano o paleo alemán se dio en tres periodos históricos, de los cuales es de nuestro interés el desarrollo de las primeras dos etapas⁴⁷, a saber: el proceso germánico del periodo primigenio y el proceso civil bajo medieval.

⁴⁷ La tercera etapa se va a caracterizar por la recepción del derecho romano canónico, por lo que el proceso germánico se va a impregnar de las características de este proceso. La fusión del proceso germánico con el romano-canónico se suele denominar como derecho común. Escobar Fornos (1998) afirma que, pese a la disparidad de criterios en los autores, existen ciertas instituciones que claramente se le pueden atribuir a cada uno de los procesos que componen el derecho común, por ejemplo, al proceso germano se le atribuye la excesiva intervención de las partes y la solemnidad en la contestación de la demanda, al proceso canónico el sistema escritural y secreto y la tarifa legal, y al derecho romano las bases fundamentales de la prueba y de la sentencia.

5.1.1.3.1 El Proceso germano del Periodo Primigenio

Es caracterizado como un proceso oral, público y acusatorio, sin embargo, era regido por medios irracionales bajo un fundamento divino claramente definido, es en consecuencia, el proceso germano de las conocidas ordalías, juicios de Dios y los duelos, cuyo fin más que convencer al juez sobre la verdad de los hechos, buscaba que el demandado se librara del reproche que se había lanzado contra él (Walter, 1985. p.46-52).⁴⁸

Este proceso se caracterizaba por ser eminentemente oral y público, iniciaba con una sentencia religiosa, pues se esperaba que la divinidad proporcionara la justicia. El demandado podía confesar, sin embargo, si se oponía debían practicarse pruebas “(...) que se llevan a cabo en forma de rito, con gesticulaciones y palabras sacramentales, en audiencia pública y oral” (Quintero de Prieto, 2008, p. 186).

En esta etapa el juez era el director del debate⁴⁹, ante él las partes dirigían su petición y alegación, y emitía una sentencia interlocutoria de pruebas⁵⁰, la cual establecía que parte estaba autorizada para presentar pruebas. En cuanto a los medios de prueba, solo existían el juramento, los juicios de Dios y los duelos. Importante es destacar que estos medios de prueba no estaban encaminados a convencer a un juez de una afirmación o un hecho tal como lo entendemos en la actualidad y, en consecuencia, tampoco existía una valoración de la prueba como

⁴⁸ Quintero de Prieto (2008), define esta etapa del proceso germano en las siguientes palabras: “Es bien olímpico denominar proceso a una actividad dominada por concepciones sobrenaturales, con sistemas probatorios tan irracionales como las ordalías, primitivo y bárbaro. Es simple, oral porque el pueblo no escribe, público y muy formalista porque se tiene el concepto de que la divinidad administra justicia; el proceso, por tanto, es un rito y no son distintos el penal y el civil porque en ninguno de ellos hay reclamación de derechos, sino que en ambos se acusa a alguien por la infracción de una norma, por la comisión de una injuria. Por lo demás, se desarrolla como una verdadera lid entre el demandante y el demandado” (p. 186)

⁴⁹ López Blanco (2016) matiza el rol del juzgador en este proceso, pues afirma que no existía un funcionario especialmente asignado para administrar justicia, sino que las controversias eran resueltas ante la asamblea del pueblo, el rol del magistrado consistía en presidir las reuniones.

⁵⁰ Walter (1985) afirma que quien emitía la sentencia probatoria no era el juez, sino que éste acudía o consultaba a los sentenciadores (urteilsfinder), ver p. 47)

tal. Lo anterior, revela pues, un aspecto formal de la prueba pues no se buscaba la denominada “verdad material” sino más bien un convencimiento aparente (Echandía, 2002. p.52). En este orden de ideas, la sentencia no era resultado de un debate dialéctico en el cual el juez lograba su convencimiento luego de valorar la prueba, sino que la decisión o la sentencia, era precisamente el resultado de esa disputa física.

5.1.1.3.2 Proceso civil germano bajo medieval

Entre los años 770 y 780, Carlo Magno impulsa unas reformas procesales a la administración de justicia, encaminadas al fortalecimiento de la posición del juez y a la transformación de ciertas formas litúrgicas y procesales paganas en cristianas. Estas reformas se centraron sobre todo en un avance fundamental en materia probatoria, al producirse una transición al entendimiento del derecho probatorio desde la perspectiva tradicional, es decir, como vehículos para llevar al juzgador el convencimiento sobre un determinado hecho o hechos. Ello implica necesariamente consecuencias en materia de la percepción del juez en el proceso y sus facultades, entendido ahora como un funcionario al que hay que convencer a través de la prueba y de los hechos que fundamentan las pretensiones o defensas.

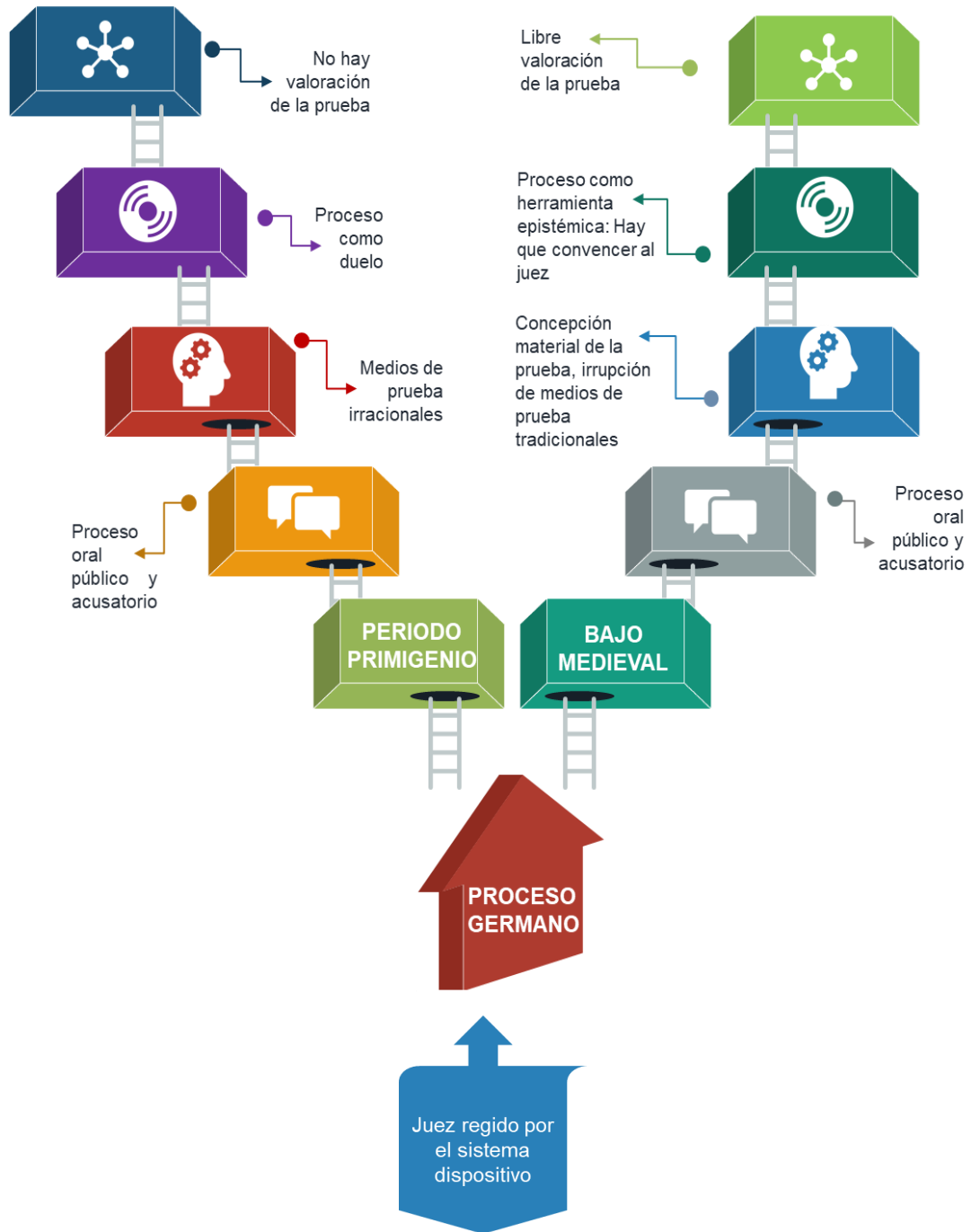
Así, en materia de derecho probatorio, se presentaron cambios importantes a saber: el primero, es el reemplazo de los medios irracionales por los medios de prueba tradicionales. La prueba testimonial y la prueba documental vienen a reemplazar los juicios de Dios. Este viraje en materia probatoria implicó que, a diferencia del proceso anterior, la prueba se librara de esa naturaleza formal, y fuera adquiriendo una naturaleza epistemológica, es decir, encaminada a la búsqueda de la verdad real.⁵¹

⁵¹ “Cuando hicimos el análisis de los distintos medios de prueba, señalamos que la finalidad del proceso se iba apartando cada vez más de la finalidad de vencer al adversario por medios formales para encaminarlo hacia el convencimiento del tribunal.” (Walter, 1985, p. 56)

En lo que atañe a la visión del funcionario judicial, existe una transformación sustancial. Si la irrupción de medios de prueba como vehículos para transmitir o dar cuenta de algo implica que el debate deja de ser una disputa física a la espera de la intervención de la divinidad, ello conlleva a que el juez deje de ser un mero espectador de aquella, es decir, como una persona a la que hay que convencer y que su decisión por tanto es el resultado de un ejercicio valorativo de esos medios de prueba allegados. La íntima relación existente entre la libre apreciación y la recepción inmediata de la prueba había vuelto a ponerse de manifiesto en este proceso (Walter, 1985. p. 52-58)

Todo esto parece confirmar que, en materia probatoria, el proceso civil seguía siendo cosa de las partes, y la evolución sistemática a una verdadera apreciación libre de la prueba por un juez juzgador. Este procedimiento tuvo como punto final de su evolución hasta finales del siglo XV, donde comienza el auge de la inquisición en el proceso germano.

Figura 4. Proceso germano



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.3.3 El Proceso Romano Canónico

Mucho se ha hablado de la influencia del derecho romano a nivel global, y de su capacidad de pervivencia en el tiempo, fenómeno similar que puede predicarse del derecho canónico. Lo anterior ayuda a entender el por qué de abordar en primera medida el derecho germano para inmediatamente entrar a estudiar el derecho canónico, y lo es en esencia para clarificar aspectos metodológicos y no cronológicos de ese proceso germano, el cual varía el análisis de la prueba de irracional a racional una vez entra en vigor el derecho canónico. Y lo es por cuanto al hablar de este último puede hacerse desde dos momentos históricos diferentes, el primero que se da en roma como surgimiento de una jurisdicción eclesiástica al margen de la estatal, y el segundo momento que se da a partir del siglo XII durante renacimiento del derecho canónico, fruto de su estudio en un primer momento en la universidad de Bolonia, y su consecuente expansión en la Europa continental.

Como punto de inicio debe decirse que el derecho canónico se gesta a la par de una jurisdicción al margen de la estatal en Roma, la cual tenía tribunales eclesiásticos propios⁵². Un segundo momento se da en el redescubrimiento durante el siglo XII, con el estudio del derecho romano y canónico en las universidades, principalmente en la de Bolonia.

La jurisdicción eclesiástica fue expandiéndose a materias distintas a causas religiosas, ello cimentado en el fuerte poder político de la iglesia⁵³. Estos tribunales

⁵² “A esos tribunales estaban sometidos por lo pronto todos los clérigos, quienes lograron que en el año 1220 el emperador Federico II les concediera la ya largamente pretendida exención completa de la jurisdicción de los tribunales civiles. En este aspecto se seguía, pues, el principio de la personalidad. Además, la competencia de los tribunales eclesiásticos abarcaba también las llamadas causas espirituales, que podían darse en el campo civil como el penal.” (Walter, 1985, p. 26)

⁵³ “El auge de la iglesia como poder político hace que sus tribunales eclesiásticos, apenas competentes hasta entonces para el juzgamiento de clérigos y religiosos, extiendan su jurisdicción a todos y para todas las materias, aún las más ajenas a la religión: es ella el poder político más fuerte, aún contra reyes y emperadores y señores feudales. Discurren los siglos XII y XIII, y el proceso penal llega a la cúspide del sistema inquisitivo con el tribunal del santo oficio, o de la santa inquisición, cima de perversión, de la cual tuvo que redimirse el proceso, al principio por el

comienzan de esta manera, conociendo exclusivamente causas espirituales, sin embargo, con el paso del tiempo, aquellos empiezan a conocer de ciertas causas civiles como la filiación o el matrimonio (López Blanco, 2016. p.39)

En lo que toca a la naturaleza del proceso, puede indicarse que era escrito, de hecho, Walter (1985. p. 25-44) le atribuye a este proceso el origen del principio “*quod non est in actis, non est in mundo*” (lo que no está en las actas no existe en el mundo). El proceso era secreto por lo que se desplazó la publicidad en los procedimientos, aunado a la afectación del principio de inmediación por cuanto primo el trámite escritural.

Para este período se tenían como medios de prueba el testimonio -con sus respectivas inhabilidades para testificar-, el documento, los peritos, la inspección ocular, los hechos notorios, las presunciones y la confesión que al menos en materia penal era el medio de prueba más importante. Y ello se debía a que precisamente el derecho canónico creó las figuras de prueba plena y semiplena, por lo que la confesión se convirtió en el medio de valoración más importante para una declaratoria de culpabilidad, de allí la trascendencia que alcanzó la tortura en el proceso penal.

Pese a lo anterior, existen dos aspectos que diferenciaron sustancialmente el proceso civil del penal, situación que refleja la siguiente gráfica:

mismo derecho canónico, morigerado e influido por el derecho romano, en mezcla que fue gestando un nuevo proceso con características y lineamientos peculiares, proceso que se impuso en los países de Europa y que hoy se recuerda como el proceso común, o romano canónico, o ítalo-canónico.” (2008 p.189)

Figura 5. Proceso canónico

PROCESO CANÓNICO	
PROCESO CIVIL	PROCESO PENAL
<ul style="list-style-type: none">• Prohibida la tortura.• Sistema dispositivo (preponderancia de las partes, hechos y pruebas).• Proceso escrito.• Tarifa legal probatoria.	<ul style="list-style-type: none">• Permitida la tortura.• Sistema inquisitivo (preponderancia del juez).• Proceso escrito.• Tarifa legal probatoria.

Fuente: Elaboración propia

Ello nos ayuda a comprender, quizás porque inclusive hasta finales del siglo XIX en Europa, y comienzos de la segunda década del siglo XX en Latinoamérica, el proceso civil estuvo regido por el principio dispositivo y por tanto el juez asumió un papel pasivo, contrario sensu, a lo evidenciado en el ámbito penal donde el funcionario judicial tenía un papel activo en el proceso penal inquisitivo.

En conclusión, en busca de combatir los sistemas místicos y teniendo en cuenta la falta de preparación de los jueces, el derecho canónico estableció un sistema de reglas las cuales determinan de antemano el valor probatorio de los medios de prueba. Se abandona el proceso acusatorio y surge el inquisitivo, donde el juez tiene facultades para procurar la confesión, es aquí donde surge la inquisición del santo oficio, por lo que se observa como en ciertos países como España, Inglaterra, Rusia y Alemania, se reemplaza el sistema germano por el de la tarifa legal (Echandía, 2002. p.53)

5.1.1.4 El Proceso Español

El proceso germano en su evolución fue marcado por la recepción del derecho romano-canónico o ítalo-canónico. El derecho español se caracterizó por la influencia del proceso romano, canónico y germánico, no en vano, es la marcada

trascendencia que ha tenido como fuente de inspiración del derecho procesal iberoamericano (Quintero de Prieto, 2008. p. 180-190).

Según López Blanco (2016. p. 41), el Código de Tolosa y el Breviario de Aniano, expedidos en los años 466 y 484 respectivamente, son los primeros estatutos dignos de mención, teniéndose también en cuenta la ley de las siete partidas, expedida por Alfonso X en el siglo XIII bajo un contexto de multiplicidad de legislaciones, donde los señores feudales o los reinos existentes expedían sus propias normas, a las cuales se conoció como legislaciones forales.

Debido a la proliferación de legislaciones producto de las conquistas y como quiera que las colonias estaban regidas por cédulas reales, en 1567 Felipe II manda que se recopile esta diversidad de normas, compendio que se realiza en diversos momentos:

1. La recopilación de 1567⁵⁴.
2. La recopilación de las leyes de indias de 1860⁵⁵.
3. La Novísima recopilación de 1805

En conclusión, en su evolución el proceso español presenta un paso de legislaciones forales diversas al principio de la oficialidad, con todo lo que ello implicaba, esto es la centralización de la administración de justicia, pero también cambios como el paso de la oralidad a la escritura, del sistema de libre apreciación de la prueba a la tarifa legal, a la lentitud y complejidad de los procesos en general. Es de destacare que el proceso español ha sido la principal influencia del

⁵⁴ Una de las características del derecho español es la dispersión normativa. Hasta el siglo XIII en España existía una gran diversidad de legislaciones particulares, las 7 partidas de Alfonso X pueden entenderse como el primer ejercicio de compilación legislativa en España, por lo que la Recopilación de 1567, la recopilación de las leyes de indias y la novísima recopilación son los últimos ejercicios de compilación hasta la expedición de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

⁵⁵ Según López Blanco (2016), esta recopilación se erigió como legislación principal en las colonias, mientras que las leyes de castilla y la recopilación anterior adquirieron un carácter subsidiario.

derecho procesal iberoamericano, pero este a su vez se compone de una mezcla del derecho germano con el romano y el canónico.

Figura 6. Proceso Español



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.5 La Revolución Francesa: Auge del Principio Dispositivo

La Revolución Francesa es un punto de inflexión en la historia de la humanidad. Marcó el nacimiento del Estado de Derecho y del Estado Constitucional, situó al hombre como fin del Estado y no como medio, y, en consecuencia, constituyó los principios que se erigen en la base o telos del Estado, lo que marcó un punto de partida en cambios importantes en el proceso jurisdiccional. En materia penal, de manera superficial se puede destacar el cambio del proceso inquisitivo, por un proceso mixto, la concepción del procesado como un sujeto de derechos, y en sí, la concepción de una vista que garantizara el debido proceso. (Maier, 1999. p. 361-366).

Recuérdese que venía imperando el derecho ítalo – canónico- lo que hizo que naciera una corriente revolucionaria que se centró particularmente en la abolición de la tarifa legal de la prueba para ser reemplazada por la libre apreciación, se

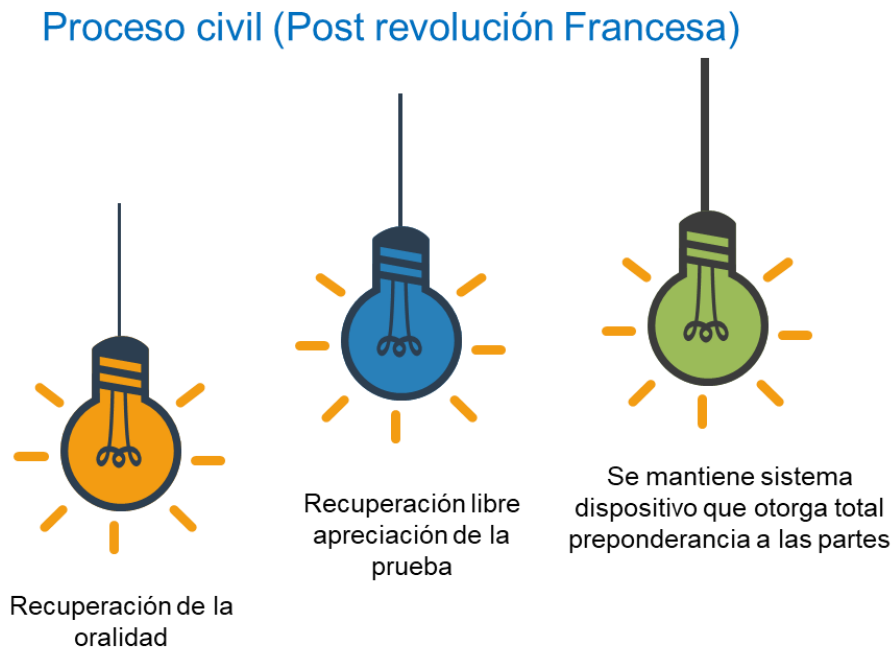
volvió al estudio del proceso romano clásico-oralidad y publicidad-aboliendo la escritura y el secreto de los procedimientos, implantándose un nuevo sistema procesal.

Lo que se quiere recalcar con estas líneas, es que, a partir de la Revolución Francesa, se iniciaron movimientos que dieron con la eliminación del sistema de la tarifa legal en las postrimerías del siglo XVIII (Walter, 1985), con la introducción de la oralidad, se mantuvo el principio dispositivo que entrega total protagonismo a las partes, en cabeza de las cuales estaba el impulso procesal y el despliegue de la actividad probatoria.

Para el profesor Vhan Rhee (2011), pese a que este código tuvo un éxito significativo, es curioso por cuanto en realidad no era tan innovador como podría pensarse, y ello se debe a que su aporte "(...) al derecho procesal civil tal como podía ser encontrado en la Ordenanza Real de procedimiento civil de Colbert del año 1667 fue promulgada bajo el imperio de Luis XIV" (p. 15).

Sin embargo, a juicio del mismo autor pese a lo anterior, el éxito alcanzado por el código francés se dio por cuanto fue el primer acercamiento que tuvieron los abogados a un sistema codificado de derecho procesal civil. En suma, dicha codificación defendía que los ciudadanos, que eran racionales, debían enfrentarse en completa igualdad, lo que trajo como consecuencia la posición pasiva del tribunal. No en vano, este código fue la base de reformas procesales que se dieron en Europa, debido a la expansión de Francia, ya porque anexara territorios o porque estos se volvieran dependientes de aquél.

Figura 7. Proceso civil



Fuente: Elaboración propia

5.1.1.6 Procesalismo científico y Ordenanza Austriaca de 1895: puntos de partida de la Publicización del Proceso Civil.

Con la revolución francesa nació la escuela procedimentalista, movimiento que implementa una revolución en el campo jurídico procesal, cuyos efectos irradian, incluso aún, el mundo contemporáneo. De igual modo, empieza a gestarse la concepción publicista del derecho procesal, y de manera paralela la publicización o socialización del proceso civil.

En Alemania, avanzado el siglo XIX empieza a darse el fundamento del procesalismo científico, entre cuyos autores destacados se cuenta a los austriacos Menger, Glaser y Klein, por Alemania están Bulow, Wach y Hagens; y como referentes italianos están Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei y Redenti. Para la segunda mitad del siglo XIX empiezan a producirse discusiones interesantes que van dando cabida a un estudio del derecho procesal más allá de la descripción o

exposición literal de la norma, contándose como ejemplo la polémica sostenida por Windscheid y Muther en 1856.

Pese a que se encuentran antecedentes remotos de la doctrina publicista del derecho procesal en los trabajos de los juristas italianos Sassoferato y Bernardo Dorna (Alcalá Zamora. 2001. p.72-73), se ha llegado a afirmar que el origen del procesalismo científico se encuentra en Óscar Bulow en Alemania, quien en 1868 publica su obra “la teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales” (Alcalá Zamora, 2001. p.73)

Se plantea que Bulow con su teoría sienta los cimientos de la autonomía e independencia del derecho procesal, al afirmar que el proceso es una relación jurídica de derecho público (Silva vallejo, 1989. p.27). Esta separación entre derecho material y proceso, Bulow la hace (...) a partir de la existencia de requisitos propios de formación y de desarrollo válido del proceso (los llamados presupuestos procesales)” (Mitidiero, 2016, p. 2)

Para ello Bulow tuvo como punto de partida el examen del derecho romano clásico, concretamente de las *Legis Actiones* y del proceso formulario, donde la figura jurisdiccional era bifurcada entre el pretor y el árbitro. De esta manera, el pretor se encargaría de aquellas cuestiones preliminares y el árbitro de la prueba y de la decisión final.

De lo anterior se desprende que con Bulow se da el primer paso para la construcción de la ciencia procesal, con su intento de sistematizar y de construir conceptos puros de derecho procesal intentando separar derecho y proceso a partir de una sistematización de las fuentes romanas, por lo que el jurista alemán intenta purificar el derecho procesal por un lado tratando de construir una ciencia ajena a cuestiones culturales, bajo el ideal de conceptos estrictamente jurídicos, es decir, una ciencia procesal neutra; y por el otro lado, rompiendo cualquier referencia al derecho material. Estos conceptos fueron más adelante consolidados

por grandes juristas alemanes, entre ellos Adolfo Wach quien en 1885 publica su obra más famosa Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, en la cual buscó desarrollar el derecho procesal civil a través de la relación jurídico procesal. (Mitidiero, 2016. p.18)

Con el anterior recuento, se logra comprender porque a Bulow se le atribuye el haber desarrollado la concepción publicista del derecho procesal que la dotó de independencia y autonomía respecto del derecho material y además de manera concluyente, haber iniciado un movimiento científico en el estudio del derecho procesal, que irradió primero a Italia y luego al resto del mundo.

Habría que decir también que otro personaje importante en el camino de la construcción de la concepción publicista o socialista del proceso es el jurista austriaco Anton Menger. Él publica su libro “el derecho civil y los pobres”, que redacta en un contexto de descontento político y social con las ideas del liberalismo francés basado en las nociones privatista e individualista de la Revolución Francesa. A finales del siglo XIX se produce el levantamiento del Estado de Bienestar el cual tuvo profundas consecuencias en el proceso al implicar el surgimiento del denominado proceso judicial social. (López Medina, 2004. p.49-52)

Menger cimenta la semilla de la dirección judicial del proceso, al considerar que el juez tiene una función social en el mismo. Esto obviamente conlleva una concepción del papel del derecho:

“Menger, un jurista socialista (que no comunista), sin embargo, no abogaba por la supresión del derecho como mera superestructura del modo de producción económica. En su lugar pensaba que el derecho podía ser *reformado* para atemperar aquellas características que permitían la dominación social. La misión del derecho y del Estado (a través de sus distintos funcionarios) consistía en *intervenir* (en procesos económicos, disputas judiciales, etc., etc.) para asegurar la protección e igualdad real de todos, pero especialmente de personas en posición de subordinación. El derecho, desde este punto de vista podía transformar la lucha de clases en cooperación de clases, el odio en solidaridad”. (López Medina, 2004, p. 49)

El jurista austriaco era un fuerte crítico del papel del juez al interior del proceso civil liberal que inspiraba toda Europa, pues no concebía la pasividad del juez con la idea de justicia, dado que bajo la concepción privatista que regía el principio dispositivo en su mayor extensión, el funcionario judicial era dominado por las partes y porque no decirlo, atado a la liberalidad aquellas al interior del proceso, por lo que consideraba que esa concepción solo salvaguardaba los intereses de las clases ricas.

Para Menger, a juicio del jurista López Blanco (2009), el interesado sigue conservando la libertad de acudir o no ante el órgano jurisdiccional, pero una vez decida hacerlo, el juez debería hacer todo lo posible para restaurar el derecho lesionado.

El tercer personaje determinante de lo que podría denominarse la triada de la concepción publicista del derecho y con ello la piedra angular de dicha concepción, al jurista austriaco Franz Klein, quien siendo Ministro de Guardasellos del imperio Austro-Húngaro, se le considera el creador de la ordenanza austriaca de 1895, la cual entró en vigor en 1898, fuente inspiradora de reformas en Europa y todo el mundo desde principios del siglo XX y hasta la actualidad.

Ante el nombramiento de Klein como Ministro de Guardasellos del imperio Austro-Húngaro, y frente a la evidente dispersión normativa que regía el territorio se hacía necesario un código que unificara el proceso civil, tarea que emprendió el jurista. Sin embargo, suele decirse que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso.

Los grandes interrogantes de la época se circunscribían al interés del legislador de erradicar aquellos males sociales que agobiaban la labor judicial como la lentitud de los procesos, altamente costosos por su extensión en el tiempo, lo que abrió el ideal que el poder de conducir el proceso no sea dejado en las manos de las

partes privadas y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso, velando por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones.

La expedición de la ordenanza austriaca se considera un triunfo legislativo en el campo del procedimiento civil pues reflejó las nuevas ideas imperantes en la época (Van Rhee, (2011. p.21). Klein había explicado sus ideas en una serie de artículos en los cuales mostraba su intento de buscar la “función social” de la litigación en la justicia civil. El autor apuntó por encontrar un nuevo equilibrio entre los poderes del juez y de las partes, defendiendo la idea de que aquellas deben cooperar con el fin de facilitar la toma de decisiones, considerando la disputa legal como un fenómeno social negativo, lo que daba pie a la premura del litigio civil con las características de economía, eficiencia y celeridad. Ello resultaría en casos que son resueltos sobre las bases de la verdad sustantiva o de los hechos, esto es, sobre la realidad sustancial y no sobre verdades fabricadas que serían plasmadas en la demanda. En consecuencia, desde su punto de vista las partes tenían que cumplir el llamado *Wahrheitspflicht*, que significa el cumplimiento de su obligación de presentar hechos verdaderos al tribunal.

Es así como se pretende que el proceso tenga solución rápida, poco costosa y simple, tal como se ha trazado, y donde exista un juez que no se limite a juzgar, en tanto se procura dirección y conducción del litigio desde el inicio hasta el final.

La celeridad es otro elemento a tener en cuenta por Klein, en tanto si bien el Estado no tiene interés en el objeto del litigio, si le interesa la forma como este se desarrolla, debiéndose erradicar tardanzas inútiles, lo que se logra con un juez fuerte e independiente, por lo que se arrebató el impulso del proceso a las partes.

Como resultado de su impulso en Europa, el código austriaco tuvo influencia en las reformas que se realizaron en países como Alemania y los Países Bajos, en territorios lejanos tales como Escandinavia, Grecia, Lichtenstein y Zurich, incluso

la reforma procesal francesa se vio influenciada por el modelo austro-germano; por lo que allí se advierte el incremento de los poderes del juez y se le hace responsable de la duración del litigio:

“A comienzos del siglo XX, Austria se convirtió en el foco de atención, esto se evidencia en un anteproyecto de Código de Procedimiento Civil de la Comisión Real conformada en 1911 la cual, en honor a su presidente, se conoció como la Comisión Gratama. Esta comisión propendía a la división del juicio en una etapa preparatoria y una audiencia de juicio, al igual que en Austria, esta también apuntó a la ampliación de los poderes de dirección del proceso que poseía el juez”. (Van Rhee, 2011, p. 24)

Bajo esos postulados, fácil es colegir que lo pretendido por Franz Klein en punto al proceso civil, es aquello que requiere toda sociedad, esto es, su fin público, debiendo el Estado asumir un papel preponderante en la administración de la justicia, desarrollándose los procesos en la mejor y más racional de las formas, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles.

5.1.1.7 Civil Law y Common Law

El common Law puede entenderse como un sistema jurídico cuyas bases se cimentan en procesos históricos de diversas etapas, iniciando desde el periodo anglosajón, pasando por la conquista normanda en el año 1066, hasta llegar a la convivencia del *Common Law* con la *Equity* en el periodo moderno. Es esto, lo que justifica la necesidad de plantear algunas reflexiones en lo que al *Common Law* se refiere.

Tal como se ha visto a lo largo de décadas, el estudio del derecho Iberoamericano siempre ha sido mostrado como depositario de las construcciones teóricas de derecho continental, específicamente adscrita a la denominada cultura jurídica del *civil law*. Incluso al abordarse el estudio del denominado derecho continental, su exposición es afrontada por caminos completamente disimiles a los del derecho angloamericano o del *common law*.

Es así como *Civil law* y *common law* suelen aparecer tanto en la doctrina como en la literatura jurídica como dos culturas jurídicas diametralmente opuestas. En lo que atañe al papel del juez se han diferenciado a partir de la mayor o menor facultad con los que éste cuente en el proceso y su papel creador de derecho.

Es por ello por lo que la diferenciación entre *civil law* y *common law* suele plantearse acudiendo al carácter inquisitivo del primero y adversarial del segundo. Esto ha hecho que se proyecten discrepancias en las cuales se incluyen el compromiso con la búsqueda de la verdad y el papel del juez de cara a ese objetivo.

Como ejemplificación para tener en cuenta, desde hace un tiempo se ha venido planteando por algún sector de la doctrina lo inconveniente de esa diferenciación disminuyendo su eficacia más a un plano académico que a una descripción real de uno u otro sistema jurídico.

Taruffo (2006. p.76-77) por ejemplo, es uno de los que sostiene que dicha distinción debe ser superada, señalando que suponiendo que dichos modelos hayan tenido alguna capacidad descriptiva de la realidad normativa, hoy se ha producido un fenómeno inspirado por cambios profundos, que implica el intercambio de instituciones de uno y otro modelo, indicando que es un fenómeno de circulación de modelos.

Del estudio histórico mostrado a lo largo de este título, se puede observar cómo se plantea una historia del proceso civil, desde la perspectiva de su evolución en el derecho continental, lo que ha implicado que el estudio de la evolución históricamente del *common law* y el *civil law* se aborde de manera separada y sin puntos de contacto. Es así como el derecho común ha permeado a toda Europa e

Iberoamérica, pero el derecho inglés se ha mantenido inalterado a una tradición en principio libre de la influencia del derecho romano⁵⁶.

Esta distinción obviamente tiene consecuencias en el estudio histórico del derecho procesal iberoamericano, pues muestra en determinados periodos históricos la influencia de indistintas concepciones continentales en la construcción del derecho procesal iberoamericano. Del derecho español en el siglo XIX pasando al derecho austriaco, italiano y alemán de finales del siglo XIX.

5.1.1.7.1 Características tradicionales del proceso civil anglosajón

La historia de proceso civil desde la perspectiva del papel del juez, muestra una tendencia al aumento de los poderes de aquel a partir de finales del siglo XIX, teniendo como punto de partida los estudios científicos de derecho procesal en Alemania, y el código austriaco de 1895 inspirado en las teorías publicistas del derecho procesal y del proceso, a las que se conoce como teorías publicistas, moralistas o socialistas que le endilgan al proceso una función social con el juez como epicentro de ese nuevo concepto .

No obstante, esta tendencia no ha sido propia del derecho del *civil law*, sino que incluso en el derecho inglés también se ha observado a partir de los años 90's la tendencia a introducir reformas en los cuales los poderes y facultades del juez en el proceso han sido sustancialmente modificados. Estas novedades, han sido conocidas como el Case Management o gestión de casos en los cuales, si bien se mantiene la esencia del proceso, el juez tiene un papel mucho más importante. Por ello las consideradas nuevas tendencias en la dirección del proceso no solo deben mirar al derecho continental europeo, sino que deben tenerse en cuenta que las reformas en el derecho angloamericano a partir de los 90's han tenido un

⁵⁶ En su libro "el espíritu del derecho inglés" Gustav Radbruch (1958), muestra la influencia del derecho romano en la conformación del *common law*, por lo que, si bien el derecho continental y el derecho anglosajón históricamente se han mostrado como culturas jurídicas independientes, al menos en sus orígenes puede encontrarse un lazo que los une.

papel importante en las reformas inspiradas en una dirección del proceso por el juez. (López, 2006. p.57-58)

Sin entrar en un estudio detallado del proceso civil angloamericano, la literatura jurídica lo suele caracterizar como un proceso adversarial de carácter oral y público. En lo que tiene que ver con el juez, existe la institución del jurado cuya importancia aún se mantiene en el proceso penal, y cuya relevancia ha disminuido en lo que toca a las causas civiles. Al lado del jurado, están los jueces profesionales quienes se encargan de dirigir imparcialmente el debate.

La figura del juez, siempre se ha entendido en el proceso civil angloamericano como un árbitro cuya principal función es garantizar que las partes puedan litigar en igualdad de condiciones en el proceso (Cappalli, 1992. p.218), por ello el proceso civil adversarial tradicional se entiende como un proceso de partes en lo que tiene que ver con objeto del proceso, sin embargo, al juez se le ha endilgado un papel importante en la dirección formal del mismo, pese a ello, al menos en el proceso civil tradicional, se ha entendido como un proceso de partes.

En lo que toca con la estructura del proceso civil, éste se suele dividir en dos fases⁵⁷, una fase preliminar (pre-trial) y una fase del juicio (Trial). La fase *pretrial* o preliminar, se entendía sometida a la voluntad de las partes o en concreto a sus abogados (Palomo Vélez, 2006. p.190). Esta etapa a su vez se encontraba dividida en dos fases (Sirvent, 1998. p.473), la fase de las pretensiones y defensas (*Pleading Stage*) y la fase del descubrimiento. En esta primera subetapa o fase, el actor (*plaintiff o petitioner*) presenta la demanda (*complaint*) en la que da cuenta en términos muy generales de su versión de los hechos y los daños sufridos desde el punto de vista jurídico. Una vez notificado el demandante tiene un tiempo para contestar la demanda (*Answer*), sino lo hace el juicio se sigue en rebeldía siendo la principal consecuencia que se presume su responsabilidad y se le condene.

⁵⁷ Sirvent (1998) le añade la etapa posterior al juicio (post trial proceeding)

En la fase del descubrimiento el papel del juez se reduce a realizar los citatorios para los testigos, por lo que esta fase está directamente dominada por el impulso de los abogados, sin que exista injerencia del funcionario judicial. Al finalizar esta etapa se realiza una reunión (*Discovery pre-trial conference*) en la que se busca llegar a un arreglo y abordar ciertos hechos en procura de que el juicio sea más corto en la relación fáctica a probar.

Por su parte, la fase del juicio comprende desde la elección del jurado⁵⁸ hasta la sentencia. Se compone de 4 etapas: 1. Alegatos de apertura; 2. Práctica de la prueba; 3. Alegatos de conclusión; 4. Sentencia.

En general, en el juicio, las partes intentarán mostrarle al jurado su versión de los hechos, por lo que la función del juez se limita a resolver cuestiones que las partes le soliciten como por ejemplo objeciones o solicitudes de inadmisión o de exclusión de pruebas y garantizar el “*fair play*” o juego limpio. El juez no tiene ninguna participación en la práctica de la prueba, sino que son las partes las que se encargan de hacer los interrogatorios (*cross examination*) y en general aportar todas las pruebas que sustentan su teoría del caso. Al finalizar el debate, y una vez las partes hayan hecho sus alegaciones al jurado, el juez debe instruir a este sobre cómo debe enfocar su veredicto, por lo que se advierte evidente que el juez no interviene en las deliberaciones del jurado. Una vez este emita su veredicto el juez elabora la sentencia (*judgement*) en la que jurídicamente da forma al veredicto del jurado. (Sirvent, 1998. p.477)

5.1.1.7.2 Cambio de perspectiva en el proceso anglosajón: Surgimiento del Case Management (Gerencia Judicial de Casos)

De la misma forma que ocurrió a las críticas realizadas al proceso civil “privatista”, en Estados Unidos e Inglaterra se puso de manifiesto el alto protagonismo que tenían las partes, y los abusos de los abogados en las fases preliminares del

⁵⁸ Opera a petición de parte, y en los casos civiles depende de cierta cuantía. (Sirvent, 1998)

proceso. Es así como se llegó a misma conclusión que se probó en el derecho continental, un proceso lento y costoso, por lo que requería mayor intervención judicial.

En esa medida a partir de 1938 empiezan a generarse discusiones sobre la necesidad de una reforma al proceso civil, con los males que ya se han puesto de presente. Este movimiento reformador, conocido mundialmente como Case Management o Gerencia Judicial de los Procesos, se intensificó a partir de la década de los 90's llevándose a la práctica grandes reformas a la sistemática civil, lo que implicó cambios importantes en materia de la estructura del proceso civil, con ello el rol del juez al interior de este.

Las discusiones y reformas que empezaron a gestarse en los Estados Unidos tuvieron eco en Gran Bretaña, donde a partir de 1995 se realizaron una especie de balance de la administración de justicia, la cual fue sometida a fuertes críticas debido a la ineficiencia e ineficacia y los altos costos de los procesos judiciales. Se encargó a Lord Wolf de llevar a cabo un estudio de los problemas de la administración de justicia, el cual arrojó que las principales contrariedades de la justicia eran "(...) los excesivos costos del proceso, el retardo en la toma de decisiones judiciales y, finalmente, la innecesaria complejidad de las reglas de procedimiento" (López, 2004, p. 86).

La conclusión era incuestionable, la falta de facultades de dirección del proceso por parte del juez implicaba que prevalecieran los intereses privados de las partes sobre el interés público del proceso. Según la conclusión de Lord Wolf, tal como ocurrió en Estados Unidos, debía dotarse al juez de poderes de dirección, de manera que este pudiese impulsar los procesos con más eficiencia, ya que de esa manera sus decisiones serían más rápidas y en esa medida se ahorrarían costos, se alentaría la solución alternativa de los conflictos y se aseguraría la igualdad real de las partes, sumado a un deber de colaboración de las partes.

Es así como las reformas se enfocaron entonces en reforzar los poderes de dirección del proceso del juez o “*case management*”, el cual López Medina define así: “El *case management* consiste no solo en llevar un proceso; consiste en administrar la duración de cada una de sus instancias para que sea llevado en el menor tiempo posible y de la forma más eficaz” (López, 2004, p. 60)

Lo esencial de dicha práctica es que, a través de un papel activo del juez, los procesos son más eficientes y eficaces, tanto en la etapa preparatoria, como en la de juicio. Ello implica que es el juez quien debe manejar los tiempos del proceso, dependiendo de cada caso concreto.

Al igual que en Gran Bretaña, estas ideas también tuvieron eco en Australia y otros países depositarios de la cultura del *Common Law*⁵⁹. En todo caso, según el plurimencionado autor, las ideas principales del *case management* se concretaban en las siguientes técnicas: 1. Tratamiento diferencial de cada caso según sus propias características (*differential case management*); 2. Atención especial para todos aquellos casos que el juez designe como complejos; 3. Eficiencia desde el punto de vista probatorio, mayor colaboración de las partes a través de la cooperación y el intercambio de información; 4. Promoción judicial constante de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Sobre la primera técnica, según López (2006. p.74) el *Differential Case Management*, consiste en que el juez, dependiendo de la complejidad de cada caso concreto, decide que trámite darle al proceso. Para ello, se crean unas pocas categorías procesales, que le permiten al juez darles un trámite rápido a aquellos procesos de poca complejidad y viceversa. Estas categorías procesales, son

⁵⁹ Lo anterior resulta curioso por cuanto estos tres países, pertenecientes a la cultura jurídica de *common law*⁵⁹, consideraban que existía una diferencia radical entre los sistemas procesales respecto del derecho continental. Los primeros concebían su sistema procesal regido por el principio adversarial – para nosotros dispositivo- caracterizado por la poca intervención del juez, y un papel fuertemente activo de los litigantes, por otro lado, consideraban que el sistema continental era regido por el principio inquisitivo, donde el juez tenía un papel protagónico.

equivalentes a los tipos de procesos en que consagra la norma procesal y cuyas etapas varían dependiendo de la complejidad.

En todo caso es menester decir que los principios del *case management* han tenido influencia a lo largo del mundo -similar a la influencia del sistema penal acusatorio, por lo que Iberoamérica no ha sido la excepción⁶⁰, de hecho muchas reformas procesales en el continente⁶¹ han sido influenciadas por los principios del *case management*, ello debido al descontento social con los resultados de la justicia (Oteiza, 2014. p.31)

No cabe duda de que las discusiones centrales de las reformas esbozadas en precedencia se han enmarcado en el papel del juez al interior del proceso, partiendo de la dirección o gerencia del proceso – siguiendo con la introducción paulatina de la oralidad de la mano de la intermediación, concentración y publicidad de los procesos- (Pabón, 2014. p. 177)⁶², para terminar con el aspecto probatorio. Argumentos que no son más que la puesta en disputa del principio dispositivo – o adversarial en los países anglosajones- e inquisitivo, pues se cuestiona o se teme que reforzar los poderes del juez pueda afectar su imparcialidad, imparcialidad y

⁶⁰ Oteiza (2014) considera que los países de América Latina tienen una identidad común, eso hace que muchos contextos se repitan en cada país, como, por ejemplo, las dictaduras, el reformismo incluyendo también la reforma a la justicia. Por ejemplo, autor muestra que durante el auge de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos “la desjudicialización” fue núcleo decisivo de la reforma civil en toda América Latina a partir de la década de los 80s. Lo mismo podría afirmarse respecto del *case management*, en las cuales las principales reformas de América Latina han girado en el reforzamiento de los poderes del juez, la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y de las formas de terminación anticipada del proceso.

⁶¹ “La obra del profesor italiano Mauro Cappelletti *la oralidad y las pruebas en el proceso civil* nos expone, de manera sobresaliente, que el tema de la oralidad en el proceso “... en el marco de casi dos siglos, ha simbolizado, especialmente en el continente europeo, el aspecto central tanto de las críticas se soluciones superadas, como de los proyectos de nuevas soluciones” ... significa lo anterior que desde siempre el tema recurrente ha sido “la modernización del proceso” y esto implica liberarnos de las complicaciones de los formalismos, de los ritualismos, la congestión y la lentitud de la actual administración de justicia, para superar el “defectuoso procedimiento” regulado en los códigos que la hace ineficaz e ineficiente.” (Giacomette Ferrer, 2014, p. 137)

⁶² “Es precisamente este último Estado – el contemporáneo y tendencia procesal- gerencia del proceso, la que empieza a difundirse en América Latina, aunque de forma lenta. Circunstancia que se da porque las mayores facultades del proceso estaban en cabeza de las partes, a fin de proteger sus garantías individuales; razón por la que la justicia era lenta y se encontraba en crisis. Es ahí cuando se hace necesario, tal como lo indica López Medina, otorgarle al juez mayor dirección del proceso...” (Pabón, 2014, p. 177)

neutralidad, pero a su vez despojarlo de aquellos abre la posibilidad que el juez no tenga un verdadero conocimiento de los hechos.

De cualquier manera, se considera que las reformas en el proceso civil angloamericano implicaron un gran punto de convergencia entre el proceso civil angloamericano y el continental, el cual permite cuestionarse si hubo algún tipo de influencia de las corrientes publicistas de finales del siglo XIX en las reformas angloamericanas. Para Van Rhee (2011) ello es así, dado que:

En mi opinión, el CPR inglés podría ser visto como la culminación del desarrollo promovido por el Código de Austria. En la actualidad inclusive el Procedimiento Civil Inglés, con su larga tradición adversarial está dando paso a un tipo de litigio civil que pone cierto énfasis en la cooperación entre las partes y la dirección del proceso por el juez, los que bien podrían ser llamados actualmente el 'núcleo central' del Derecho Procesal Civil en Europa y tal vez puede ser visto como un intento de alcanzar un compromiso entre las concepciones social y liberal de los litigios civiles (p. 24)

En todo caso, ya es dable afirmar que las reformas procesales contemporáneas tienen como principal preocupación el estudio y puesta en marcha de una administración de justicia más económica y eficaz. Aunque aún existen importantes discusiones sobre estas reformas en perspectiva de la desnaturalización o no del fin del proceso, es menester resaltar la importancia del papel del juez y de sus facultades y poderes de cara a la consecución de los fines que se propone la actual administración de justicia.

La siguiente figura ilustra las principales características del proceso civil en sus distintas etapas históricas, lo que permitirá al lector armarse una imagen de aquellas características del proceso civil contemporáneo que están cimentadas en instituciones antiguas, así como los cambios que el paso del tiempo fue introduciendo a la justicia civil en distintos aspectos.

Figura 8. Principales características del proceso civil en distintas etapas históricas

<p>PROCESO GRIEGO</p>	<p>PROCESO ROMANO ORDINARIO</p>	<p>PROCESO ROMANO EXTRAORDINARIO</p>	<p>PROCESO GERMANO PRIMIGENIO</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral y público • Sistema dispositivo y de aportación de parte • Los jueces son particulares • Las partes tienen el impulso procesal y la dirección del proceso • Ausencia de facultades materiales: La aportación de hechos y de prueba corresponde a las partes. • Concepción lógica de la prueba • Concepción privada de la tutela de los derechos • Libre apreciación de la prueba 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral y público • Sistema dispositivo y de aportación de parte • Los jueces son particulares • Las partes tienen el impulso procesal y la dirección del proceso • Ausencia de facultades materiales: La aportación de hechos y de prueba corresponde a las partes. • Concepción lógica de la prueba • Concepción privada de la tutela de los derechos • Libre apreciación de la prueba 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso escrito y secreto • Sistema inquisitivo • El juez es funcionario oficial • Iniciativa del proceso sigue siendo de las partes. El impulso del proceso es oficial. • Facultades materiales: Las partes aportan los hechos de prueba, pero el juez puede interrogar a las partes y determinar la carga de la prueba. • Concepción lógica de la prueba. • Concepción pública de la tutela de los derechos. • Tarifa legal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral y público. • Sistema dispositivo • Los jueces eran la asamblea del pueblo. • El proceso comienza por iniciativa de parte. Existe un funcionario diferente a la asamblea cuyo deber es presidir las reuniones. • Ausencia de facultades materiales: La carga de la prueba está radicada en el demandado. • Concepción irracional de la prueba. • No hay valoración de la prueba.
<p>PROCESO GERMANO BAJO MEDIEVAL</p>	<p>PROCESO ROMANICO CANÓNICO</p>	<p>PROCESO CIVIL SIGLO XIX: REVOLUCIÓN FRANCESA</p>	<p>PROCESO CIVIL FINALES SIGLO XIX: PROCESO AUSTRIACO</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral y público. • Sistema dispositivo y de aportación de parte. • Los jueces eran la asamblea del pueblo. • Inicio e impulso del proceso en cabeza de las partes. • Ausencia de facultades materiales: Los hechos y la prueba los aportan las partes. • Concepción material o epistémica de la prueba. • Concepción privada de la tutela de los derechos. • Libre apreciación de la prueba. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso secreto y escrito. • Sistema dispositivo y de aportación de parte. • Jueces oficiales. • Inicio e impulso del proceso en cabeza de las partes. • Ausencia de facultades materiales: Los hechos y las pruebas los aportan las partes. • Concepción material o epistémica de la prueba. • Concepción privada de la tutela de los derechos. • Tarifa legal. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral y público. • Sistema dispositivo de aportación de parte. • Jueces oficiales y profesionales. • Inicio e impulso del proceso en cabeza de las partes. • Ausencia de facultades materiales: Los hechos y la prueba los aportan las partes. • Concepción lógica de la prueba. • Concepción privada de la tutela de los derechos. • Libre apreciación 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral (audiencias concentradas y público). • Sistema mixto: Atenuación del principio dispositivo e incorporación de ciertos elementos del Sistema inquisitivo. • Jueces oficiales y profesionales. • El inicio del proceso les corresponde a las partes como regla general, la iniciativa de oficio es excepcional. • Impulso procesal le corresponde al juez y las partes. • Facultades materiales: Interrogatorio a las partes – Prueba de oficio. • Concepción epistémica de la prueba. • Concepción pública de la tutela de los derechos. • Libre apreciación.
<p>PROCESO ANGLOSAJÓN: TRADICIONAL</p>	<p>PROCESO ANGLOSAJÓN: CASE MANAGEMENT</p>		
<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral concentrado y público. • Sistema acusatorio o adversarial. • Jueces oficiales y particulares (Jurado). • Inicio de parte, el juez es director formal del proceso en la fase de juicio (impulso procesal). • Ausencia de facultades materiales: Hechos y prueba corresponde aportarlo a las partes. • Concepción epistémica de la prueba. • Concepción privada de la tutela de los derechos. • Libre apreciación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso oral concentrado y público. • Sistema acusatorio o adversarial. • Jueces oficiales y particulares (Jurado). • Inicio de parte, el juez director formal del proceso en la fase previa y de juicio, gestión de casos por parte del juez, gestión de casos diferencial por parte del juez. • Ausencia de facultades materiales: hechos y prueba corresponde aportarlo a las partes. • Concepción epistémica de la prueba. • Concepción privada de la tutela de los derechos. • Libre apreciación. 		

Fuente: Elaboración propia

Es así como en el gráfico que antecede se plasman aquellos aportes que pueden detectarse de diversas fuentes a la construcción del proceso civil actual, el cual puede entenderse como un complemento de la tabla anterior, pues permitirá al lector comprender las bases históricas de aquellas características del proceso civil del presente que se entienden como fundamentales y al mismo tiempo elementos de las consideradas *nuevas tendencias procesales*.

5.1.2 El Proceso Civil en Colombia en el Siglo XIX, una mirada en retrospectiva desde su evolución

La historia del derecho procesal colombiano se ha ido desarrollando en diferentes épocas, con marcada influencia proyectada por el derecho español, el cual a su vez se nutrió del derecho romano germánico y canónico, hecho este que ha sido notorio a lo largo de este capítulo para los códigos iberoamericanos.

Como punto de partida el estudio se debe remontar a la independencia de la corona española, esto es el año de 1819, entendiéndose que con la mentada liberación no se produjo una ruptura total respecto de la legislación española vigente en la colonia, sino que aquella continuó rigiendo paulatinamente hasta que se fueron expidiendo normas bajo la égida del nuevo estado neogranadino. En efecto, La constitución de Cúcuta de 1821, considerada por algunos autores como la primera Constitución de Colombia (Valencia Villa, 2012), dispuso que seguirían rigiendo las normas españolas⁶³ siempre y cuando no se opusieran directa ni indirectamente a lo dispuesto en la carta constitucional ni a los decretos o leyes que expidiera el congreso (Hinestrosa, 2005. p.5)⁶⁴.

⁶³ “Solo años después de concluidos los movimientos independentistas, se iniciaron los intentos codificadores propios de las repúblicas nacientes. Esto significa que en casi todas las naciones sudamericanas -como el Perú continuaron rigiendo los ordenamientos españoles después de declarada la independencia.” (Monroy Gálvez, p. 51)

⁶⁴ Dispuso la Constitución de Cúcuta en su artículo 188: Se declaran en fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el congreso. (Citado por Hinestrosa, 2005, p. 3-4)

A pesar de que el congreso empezó a expedir normas propias, ello no implicó una demarcación de la legislación española, por el contrario, el espíritu del proceso español siguió influyendo de manera determinante en la regulación del proceso civil, no solo en Colombia, sino en toda Iberoamérica.

En este orden de ideas, se debe comenzar por describir cuál era la naturaleza y las características del proceso civil regulado en la colonia o en el conocido Derecho indiano. Los virreinos, provincias y capitanías pertenecientes a la nueva granada de indias estuvieron regidos en aquella época por las leyes españolas e indianas compuestas por las 7 partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, La novísima Recopilación y la Recopilación de Indias (Hinestrosa, 2005. p. 5) y concretamente a comienzos del siglo XIX se encontraba regulado entonces por la partida III y el libro XI de la novísima recopilación de 1805. (Couture, 1958. p.21)⁶⁵

De estas normas, debe destacarse las 7 partidas, expedidas en el siglo XIII, y de las cuales, la tercera partida regula el aspecto procesal. Dicha norma es de relevancia, toda vez que “Es un antecedente de importancia en el derecho procesal de la colonia americana, cuyos principios se repiten después en las leyes de indias” (Quintero de Prieto, 2008, p. 192).

Las partidas de Alfonso X, cuya autoría se le endilga al jurisconsulto español Jacobo de las leyes (Alcalá Zamora, 2001. p.64) son consideradas a juicio de Montero Aroca (2000. p.585) como el monumento jurídico más importante de la historia española y sus colonias, pues tuvieron una vigencia de aproximadamente unos 6 siglos, siendo una de las principales fuentes del derecho iberoamericano incluso hasta el siglo XIX

Destáquese que en cuanto a las características o a la naturaleza del proceso regulado en la partida III, se establece que el Derecho Común o *ius commune*

⁶⁵ “Producida la conquista de América, el derecho indiano estuvo constituido por las Recopilaciones y las Leyes de Indias. La primera disposición orgánica del Río de la Plata fue la Real Cédula de Aranjuez, de 30 de enero de 1744” (Couture, 1958, p. 21)

partía de la idea de que el proceso era cosa de las partes o que ellas eran las dueñas del proceso, a partir de ahí el *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para siempre con dicho pleito, de modo que la sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Lo anterior iba unido a la creencia que tal procedimiento se anclaba bajo bases complicadas, lentas y formalistas y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa.

De la mano con lo dicho en precedencia, el proceso se caracterizaría por un sistema escritural, con un juez autómatas, ideales que se encontraban afianzados en que lo escrito generaba seguridad jurídica. La consecuencia fue la consagración de un brocardo que implica toda una manera de ver el proceso: *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en el expediente no está en el mundo). (Montero Aroca, 2000, p. 587)

Como corolario de lo anterior, las características del proceso que para la época defendían los juristas hispanoamericanos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Un proceso lento, formalista, complicado y completamente escritural, pues se pensaba que estas características dotarían a las partes de amplias herramientas de defensa, además de dotar al proceso de seguridad jurídica.
- Se consideraba que las partes eran las dueñas del proceso, nadie estaba obligado a demandar.
- En relación directa con lo anterior, se rechazaba la posibilidad de concederle al juez facultades procesales de dirección o de impulso del proceso, ni muchas menos facultades materiales toda vez que se quería evitar que su imparcialidad resultara comprometida.

Esta era entonces la esencia del proceso civil regulado a principios del siglo XIX en España e Iberoamérica, situación que refleja el siguiente gráfico:

Figura 9. Esencia del proceso civil regulado a principios del siglo XIX



Fuente: Elaboración propia

5.1.2.1 Estado Independiente de la Nueva Granada: Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855

Una vez se obtiene la independencia de España, comenzó un duro reto para la elite nacional de principios de siglo XIX, desafío que a juicio de la escritora Vázquez Alfaro consistió en la consolidación de un proyecto de Estado-Nación fundamentado en la división de poderes con el imperio de la ley como principal herramienta de organización social e institucional.

El mencionado proyecto no fue producto de un corte definitivo con la herencia hispánica, sino que este pasado se entendió como parte del patrimonio cultural del

ahora nuevo Estado, por lo que en esta primera etapa del nuevo Estado hubo una fuerte defensa de la tradición.

En esta primera parte de la historia procesal colombiana, tiene inmedible importancia la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, inspirada en la partida III y fuerte defensora de la tradición existente, pero siendo esta norma la principal fuente a la que acudieron los países de Iberoamérica a la hora de estatuir sus propias normas procesales.

Según Montero Aroca (2000. p. 595-597), la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 descansaba en los siguientes principios:

- ❖ El proceso se concibe como un instrumento a través del cual se solucionan contiendas privadas, el juez es un mediador y son por tanto las partes las que tienen todas las facultades. Es un proceso regido por el principio dispositivo en su máxima expresión.
- ❖ En lo que tiene que ver con las facultades de dirección, el impulso procesal es exclusivo de las partes, eran estas quienes determinaba cuando concluía una fase procesal, ellas determinaban la duración de los procesos.
- ❖ El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales, todo se dejaba al interés de las partes.

En cuanto a las características del procedimiento:

- ✓ Proceso escritural, el juez dictaba sentencia con solo aquello que estaba documentado, “El brocardo *quod non est in actis non est in mundo* reflejaba exactamente la concepción de que el juez, para dictar sentencia se basaba en lo que se encontraba en el expediente” (Montero Aroca, 2000, p. 596)

- ✓ Secreto en algunas actuaciones, sobre todo en la práctica de algunas pruebas, como la confesión o la testifical, lo que afectaba el derecho a la contradicción, tampoco se permitía una publicidad general, en lo que tiene que ver con el acceso del público a las vistas.
- ✓ Proceso ordinario, era el proceso por excelencia para todas las clases de procesos, si bien se introducen algunos cambios en lo que tiene que ver con reducción de plazos y simplificación de trámites, este mantiene incólume su esencia.
- ✓ En lo que tiene que ver con el Derecho Probatorio, rige el sistema de la tarifa legal o de la prueba legal⁶⁶, uno de los principios que caracterizaba al proceso común romano canónico, es decir, la confluencia del derecho ítalo canónico con el derecho germano era la desconfianza ante el juez, la tarifa legal en su momento implicó una defensa contra la arbitrariedad del juez (Walters, 1985. p.25-44)

Tal como lo dispuso la Constitución de Cúcuta, se dejaron vigentes las normas españolas hasta tanto el congreso no iniciara su labor legislativa. Esta situación no es predicable solo para Colombia, sino que fue una situación recurrente en todos los países hispanoamericanos una vez lograda la independencia. Una vez se empezó a legislar en Colombia, se intentan expedir diversas normas como resultado de una comisión según habilitación del decreto 5 de 1822, para lo cual a partir de esa época se empiezan a despachar un cúmulo de normas que regulaban temas diversos:

- a. Ley del 10 de julio de 1824 que regulaba el modo de conocer las causas de comercio y lo relacionado con su sustanciación.

⁶⁶ No existe consenso en la doctrina en cuanto a la denominación de este sistema, los autores concuerdan en cuanto lo que implica, es decir, un establecimiento ex ante del valor probatorio de los medios de prueba, ver Echandía, 2002.

- b. La ley del 28 de julio de 1824 regulaba el arancel que debía cobrarse en todos los tribunales y juzgados.
- c. La ley del 2 de mayo de 1825 regulaba lo referente a la incorporación de abogados.
- d. La ley del 11 de mayo de 1825 regulaba lo concerniente a la organización del poder judicial.
- e. La ley del 13 de mayo de 1825 se le considera como el primer estatuto civil colombiano pues se encargaba de regular el procedimiento civil en los juzgados y tribunales de la república (López Blanco, 2009)

Ahora, estas normas eran el reflejo del *ius commune* que ya estaba en las colonias a través del derecho hispánico, por lo que se considera que dicha normatividad consolidó aquellas formas medievales del derecho español. De hecho, Vásquez Alfaro (2015. p.22) destaca como la ley del 13 de mayo de 1825 establecía como fuentes de derecho para el juez civil además de las leyes nacionales, la recopilación de indias, la nueva recopilación de castilla y las 7 partidas.

De otro lado, en lo concerniente a las normas expedidas a partir de 1821, se destaca la ley 29 de 1858 orgánica del poder judicial, expedida por el Estado soberano de Cundinamarca⁶⁷, la cual regulaba lo concerniente al procedimiento civil. Esta norma según López Blanco (2016. p.47) era una copia textual del código de procedimiento civil chileno, que a su vez había sido tomada de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855.

Se torna importante tomar en consideración la mencionada ley de 1858, pues aquella pasaría a erigirse como la base de normas posteriores, por ejemplo, el código judicial de la unión en 1872 y la ley 57 de 1887 la cual adopta como código

⁶⁷ En 1858 se expide la Constitución de 1858 la cual crea la Confederación granadina, la cual marca el ingreso federalismo en Colombia, que se perfeccionará con la Constitución de Rionegro de 1863.

judicial el estatuto de 1872, que es el mismo de 1858 y en esencia la ley de enjuiciamiento civil española de 1855⁶⁸.

A partir de la codificación de estas normas, empieza a gestarse un proceso encaminado a lograr una ruptura con el derecho colonial, al menos en el sentido formal y ello por la razón de que el espíritu del derecho español siguió influenciando la legislación hispanoamericana hasta el punto de que los estatutos promulgados a partir de 1858 se basaron en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855. Esta ley trae en esencia el espíritu de las 7 partidas⁶⁹, específicamente de la partida III.

En efecto la III partida tuvo la virtud de influenciar no solo el derecho español del siglo XIX al ser o de alguna manera contener el espíritu de las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y de 1881 que fueron indudablemente la fuente de partida para las codificaciones procesales iberoamericanas en todo el siglo XIX.

Posterior a la expedición de la ley 57 de 1887, que acogió el código judicial de Cundinamarca de 1872, se expidieron múltiples normas que reformaron aquél, ello produjo "(...) una situación confusa, pues nuevamente a causa de tantas normas resultaba más difícil saber cuál era la vigente" (López Blanco, 2016, p. 49).

⁶⁸ "Ya en 1872 Colombia pasa por una de sus tantas épocas federalistas, esta vez consagrada por la Constitución de 1858 gracias al cambio de régimen en el poder. Todos los Estados Soberanos adoptaron sus propias legislaciones y la Nación, para todos los asuntos de la Unión, también acogió el suyo o mejor dicho copió el suyo, pues el cuál determinó como propio en ese fue una copia fiel del Código Judicial de Cundinamarca, que había sido promulgado mediante la ley 29 de 1858 y por medio de la cual regulaba todo lo que tuviera que ver con el procedimiento civil al interior de sus territorios

Baste dejar en claro que el gobierno de aquél entonces puede vivir sin remordimientos, pues el Código Judicial de Cundinamarca no es que un calco textual del Código de Procedimiento Civil chileno, sorpresivo en absoluto, el cual a su vez fue tomado de la ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855. Como dijimos en el principio, todo está conectado con todo". (Chacón Tapias, p. 2)

⁶⁹ "Como hemos ido viendo, la codificación procesal civil supuso la consolidación de lo dispuesto en nuestras viejas leyes, principalmente las Partidas, y su concepción del viejo *solemnis ordo iudiciarius*. Destaquemos ahora que lo contrario estaba sucediendo en los demás países de Europa." (Montero Aroca, 2000, p. 597)

Además de lo anterior, hubo varios intentos de unificar la legislación vigente, pudiendo solo mencionar a modo de referencia el proyecto del Consejo de Estado de 1895, y el proyecto Arbeláez, en el que participaron sectores tanto de la rama judicial como de la academia, siendo acogido a través de la ley 103 de 1923. Sin embargo, esta fue suspendida indefinidamente volviendo a la ley 57 de 1887 de la que ya se conoce su influencia.

En este interregno, una vez resurge la tendencia de la proliferación de normas jurídicas, que antes que mejorar la administración de justicia, la hacen más lenta e ineficaz, puntos valorados a la hora de expedir el actual Código General del Proceso, pues se trata de que la administración de justicia sea rápida y eficaz, claro está, conservando los principios que rigen las actuaciones procesales, necesidad esta que se volvió anhelada por parte de los juristas de nuestro país, pues los excesivos y rigurosos formalismos han hecho que se deje de lado la esencia de la justicia material, aclarando que esta última manifestación se hace a modo de simple referencia, pues no es aislado, el sentir pretendido por el nuevo estatuto procesal civil y de contera, se asume con la finalidad de apaciguar los múltiples inconvenientes que se generan con los anteriores normas.

Ya entrado el siglo XX, se destaca la ley 105 de 1931, siendo reflejo de lo anterior, en la que se asumen como características del proceso y del procedimiento⁷⁰. En efecto al estudiar el articulado de la mencionada ley, se observa su adscripción por el principio dispositivo, la escritura y la tarifa legal de la prueba, pese a lo anterior, López Blanco considera que este código era de moderna inspiración, pues en su sentir el mencionado estatuto presentó ciertos avances, pero no supo ser interpretado por quienes debían aplicarlo, ello debiéndose quizás, afirma el

⁷⁰ Sobre este punto afirma Canosa Suarez afirma:

La ley 105 de 1931 continuó con un proceso eminentemente escrito, dispositivo y con tarifa legal, con audiencias sólo para algunas actuaciones, como práctica de pruebas (artículo 597), audiencia en segunda instancia (artículos 760 a 763) y audiencia a petición de parte en casación (artículos 534 y 535). También el proceso verbal para asuntos susceptibles de transacción, por petición conjunta de partes capaces (artículos 1208 a 1213). (2003, p. 69)

autor, a la estrecha mentalidad interpretativa en un amplio sector de la administración de justicia.

En todo caso, no se observa un cambio importante del proceso civil en Colombia a comienzos del siglo XX. Curioso resulta lo anterior, si partimos de la idea de un contexto reformador que se empezó a dar en Europa en la segunda mitad del siglo XIX y hasta el día de hoy. Dicho movimiento reformador, a juicio de Canosa Suarez, se debió al descubrimiento de las *instituciones* de Gayo en 1816, que hizo que se empezara a estudiar el proceso romano clásico, caracterizado por su oralidad.

También influyó en dicho movimiento, la ordenanza procesal civil austriaca de 1895, obra de Franz Klein, la cual en términos superficiales defendió una concepción pública del proceso civil o publicización del proceso civil, el cual se caracterizó por introducir la oralidad a través de una audiencia agrupada bajo los principios de inmediación, concentración y publicidad tanto del procedimiento como de la prueba, con un connotado reforzamiento de los poderes de dirección formal y material del juez en aras de hacer los procesos más rápidos y menos onerosos.

Así con el transcurrir del tiempo fueron creciendo los índices de población y consecuentemente de sus necesidades, las cuales valga decir se multiplicaron, por lo que debió crearse una formación asociativa y corporativa, siendo insuficiente la normatividad vigente, lo que hizo que se expediera la ley 103 de 1923 en un contexto de reformas alrededor del mundo, sin embargo, tal influencia no se empieza a proyectar en Colombia sino a partir de 1970 con la expedición del Código de Procedimiento Civil de ese mismo año.

5.1.2.2 Decreto 1400 de 1970 y Ley 1564 de 2012: Reformas en Latinoamérica a Finales del Siglo XX y Comienzos del Siglo XXI

En Latinoamérica se empiezan a dar una serie de cambios, bajo el soporte de las reformas que se gestaron en el Derecho comparado. Asumiéndose la inutilidad de enfatizar categorías como privado o público, liberal o autoritario. Por ejemplo, la reforma inglesa de 1998 propone asegurar la igualdad real de las partes, la reducción de costos, manejo proporcional de los casos y asegurar que estos sean tramitados rápidamente. Para lograr lo anterior se utiliza el case management.

Fue así como uno de los principales ejes de reforma de la justicia civil en América latina, fue la creencia en los beneficios de la llamada desjudicialización de los asuntos civiles. Denominados equivalentes jurisdiccionales (en palabras de Carnelutti), modos anormales de terminación del proceso, medios extraordinarios de conclusión procesal etc., sumado a la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁷¹.

Otro de los ejes de las transformaciones fue la propuesta de un proceso de bases uniformes, que terminó con la aprobación del anteproyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica en 1988, el cual proponía un proceso por audiencias simplificado, bajo la conducción de un juez unipersonal, el cual fue tomado como punto de partida para la reforma a la justicia civil en otros países, palabras estas que ya fueron retomadas en otro punto de este capítulo, pero que sirven de repaso para el fin que se persigue.

⁷¹ Frente a esta última, Oteiza plantea:

“Acentuar el papel de los medios alternativos en contextos en los cuales la justicia civil tiene entre sus perfiles característicos exhibir barreras al acceso, no favorecer la igualdad de las partes, carecer de intermediación, ser predominantemente escrita, y tan poco transparente como eficiente no brinda una solución y alienta el descontento social. En lugar de proponerse mejoras al proceso judicial como la vía principal, se lo subalternizó al desentenderse de la importancia que en una democracia posee la solución judicial de los conflictos. Cabe sostener que cuando se alienta el uso de alternativas a la justicia proponiendo otros escenarios, que terminan por ser una opción no escogida libremente en contextos en los cuales ella no es accesible y eficiente, simplemente se los expulsa del sistema desvirtuando sus fines.” (Oteiza, 2014, p. 37)

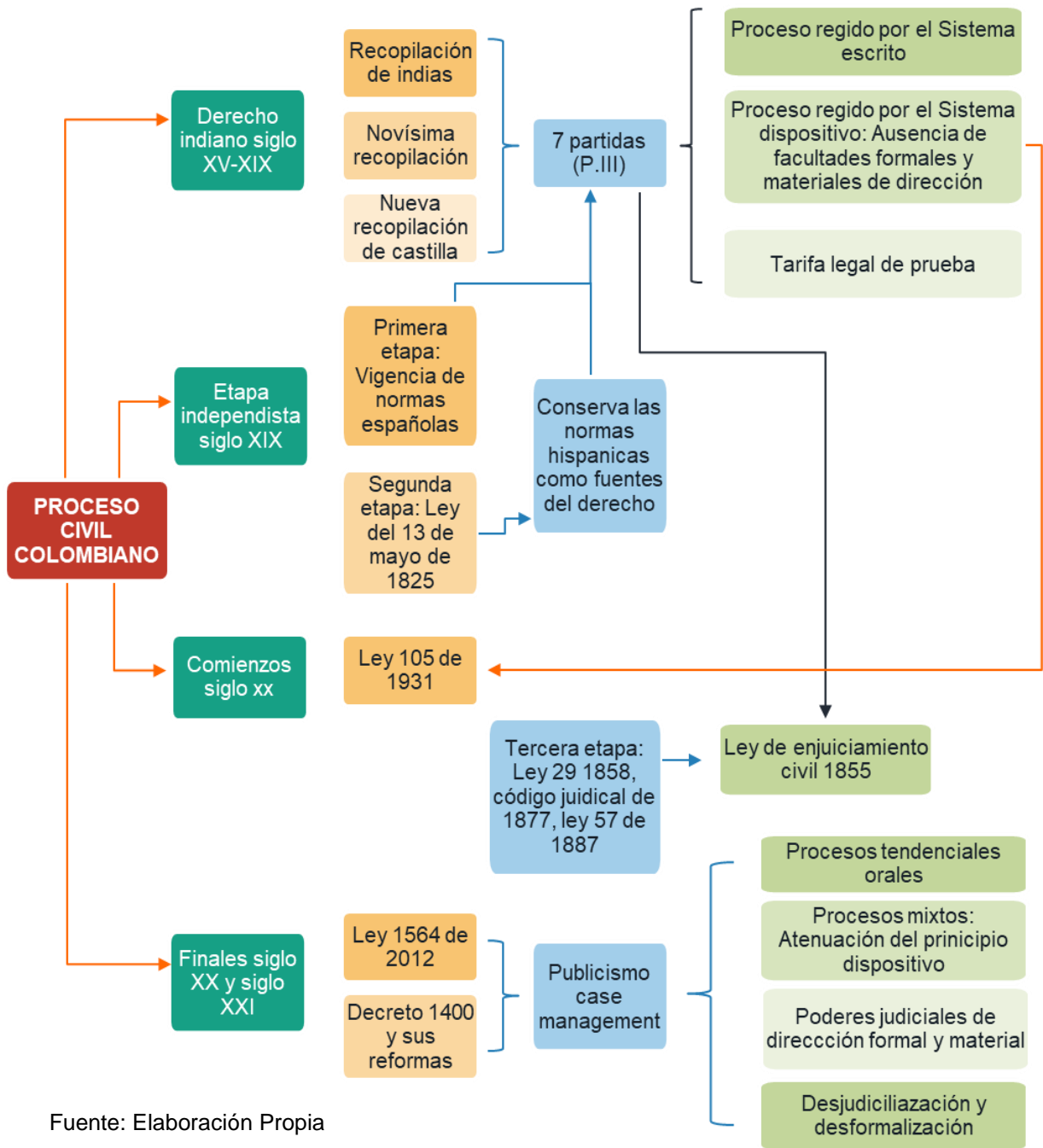
Es este el contexto en el que se expide el Código de procedimiento Civil de 1970 y con mayor fuerza el Código General del Proceso. Sobre el primer, existe consenso en la doctrina nacional al afirmar que dicha normativa significó un gran avance en varios aspectos, como el replanteamiento del papel del juez, la introducción así sea de manera tímida de la oralidad, y la libre apreciación de la prueba. Consigna López Blanco, los beneficios que trajo, en la siguiente cita:

(...) introdujo importantes modificaciones en el sistema imperante y que en buena parte sigue orientando el código general del proceso, dándole al juez facultades amplias de intervención como director del proceso, atemperando el sistema de la tarifa legal de pruebas, quitándole al proceso civil el carácter exclusivamente formalista que nuestros jueces le dieron con base en el código de 1931, imponiendo la preponderancia de la regla técnica inquisitiva, tratando de reimplantar la de la oralidad, reduciendo el número de procesos especiales y pregonando que el derecho sustancial prima sobre el procesal” (López Blanco, 2016, p. 53) (resaltado no hace parte del original)

En este orden de ideas – y sin entrar en detalles, pues tal fin será desarrollado en apartados posteriores- es menester resaltar, que el actual Código General del Proceso hace parte de una larga trayectoria histórica que se inició en 1970 y cuyo precursor es el Código de Procedimiento Civil. Transcurso histórico que, en todo caso, se compone de subetapas concretadas en reformas posteriores realizadas a la justicia civil, y de la que el CGP hace parte, en la estructuración de un proceso civil de naturaleza publicista que rompe los esquemas históricamente tradicionales del proceso civil patrio.

El siguiente gráfico da cuenta de la evolución del proceso civil colombiano en sus diversas etapas incluyendo el derecho indiano, así como la influencia foránea que ha implicado la vigencia de normas extranjeras incluso después de proclamada la independencia o su influencia ideológico-dogmática en la construcción de los códigos procesales colombianos.

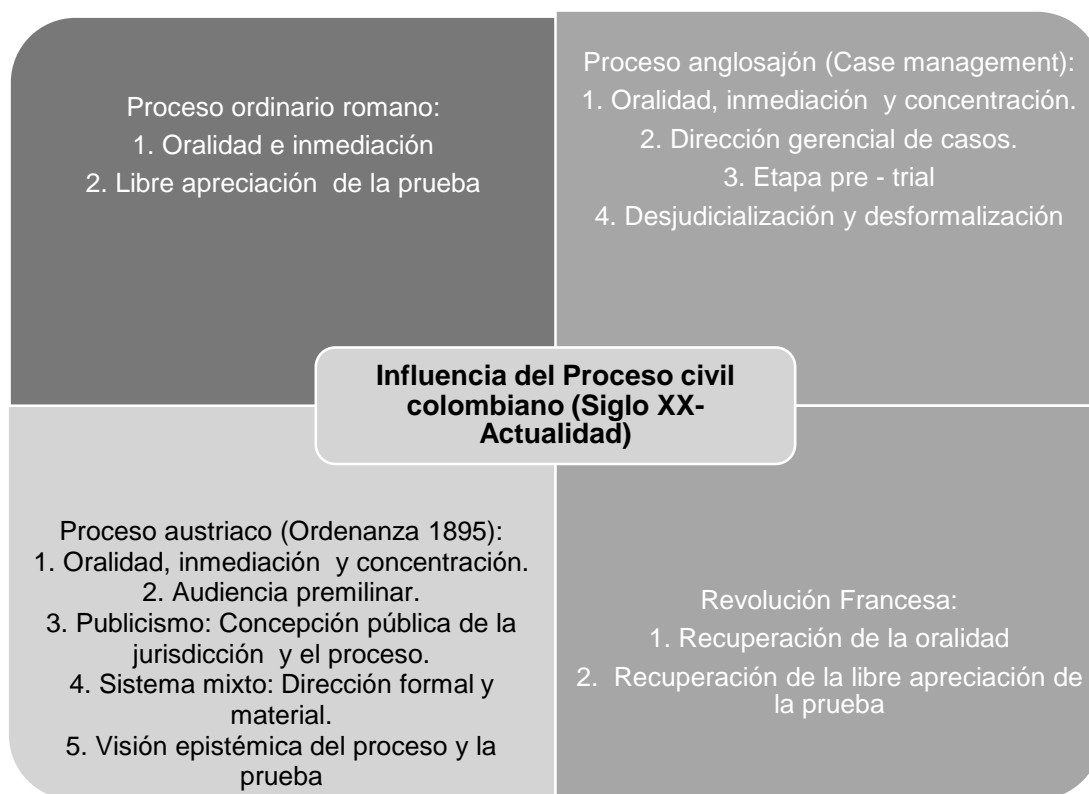
Figura 10. Proceso Civil Colombiano



Fuente: Elaboración Propia

A continuación el gráfico que a continuación se relaciona da cuenta por otro lado de las influencias foráneas de las que se ha nutrido históricamente el proceso civil colombiano desde la década de los 70's sino incluso de una manera más general al proceso civil contemporáneo. Se destacan los aportes del proceso ordinario romano, pasando por los de la revolución francesa en cuanto a la recuperación de la oralidad, el publicismo como ideología del proceso y sus consecuencias en la nueva estructura de éste a partir de la ordenanza austriaca de Klein de 1895 y finalizando con los aportes del Case Management anglosajón a partir de los años 90's.

Figura 11. Influencias del proceso civil colombiano desde los 70's.



Fuente: Elaboración propia

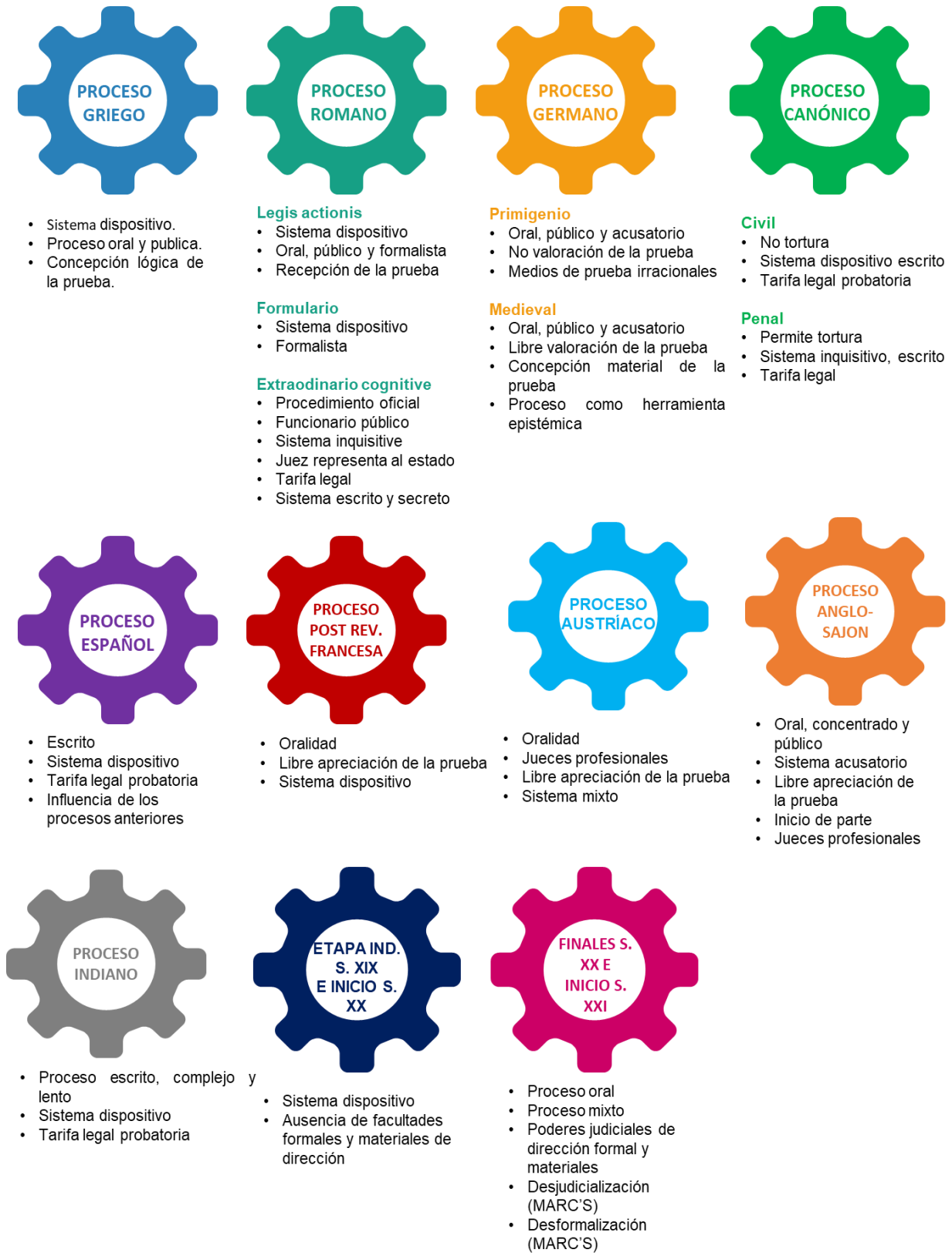
5.1.3 Concreciones respecto de la evolución histórica del proceso civil y del proceso civil colombiano

Puede afirmarse que hasta finales del siglo XIX el proceso civil mantiene una continuidad en lo que atañe a la estructuración del sistema dispositivo, con lo que ello representa respecto de la posición y papel del juez a interior del proceso. En lo atinente a las discontinuidades, estuvieron dadas por el sistema de valoración de la prueba y la forma escritural u oral de los actos procesales.

Respecto al proceso civil colombiano, resulta relevante el proceso civil de derecho común (romano, canónico y germano), que nace con el restablecimiento de los estudios del derecho romano en Bolonia a partir del siglo XII, estudios civiles que determinaron la hoja de ruta del proceso civil medieval -hasta el siglo XIX-, entre ellos el proceso español, influencia directa del proceso civil colombiano -y en general del proceso civil iberoamericano- desde los tiempos coloniales y hasta la expedición del estatuto civil de 1970.

De esta manera, la influencia del derecho español en el proceso civil colombiano constituye la puerta de entrada del derecho común a Colombia, lo que explica la relevancia de las normas españolas como las VII partidas y las leyes de enjuiciamiento civil del siglo XIX en nuestra legislación, ya sea que tuvieran incidencia de manera directa o indirecta en el ordenamiento jurídico colombiano.

Figura 12. Evolución histórica del proceso civil



Fuente: Elaboración propia

Después del recorrido histórico realizado en el presente capítulo, pueden destacarse dos conclusiones generales. En primer lugar, debe recalcar que, pese a los cambios y reformas del proceso civil a lo largo de su evolución histórica, el papel del juez al interior del proceso fue un tema pacífico al menos hasta finales del siglo XIX, época en la que la emergencia del publicismo pone en tela de juicio la naturaleza dispositiva del proceso.

Lo segundo es que se debe enfatizar, en lo que respecta al proceso civil colombiano, su receptividad a las producciones jurídicas foráneas. Esto retrata que pese a las distintas etapas que el mismo ha atravesado -tanto en su periodo colonial como en el periodo postindependencia - el derecho extranjero es transversal a los procesos de producción legislativa y doctrinal.

5.2 CAPÍTULO II. EL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL: PODERES Y FACULTADES DESDE EL SISTEMA DISPOSITIVO E INQUISITIVO.

Con este capítulo se da respuesta al objetivo número dos, el cual es: “Identificar los poderes y deberes del juez civil a partir de la configuración del proceso civil bajo el sistema inquisitivo y dispositivo.

5.2.1 Concepto de Proceso y principios procesales

Alvarado Velloso entiende el proceso como un método dialéctico de debate en el cual las partes en igualdad de discusiones dirimen su controversia a través de un juez imparcial, imparcial e independiente (Velloso, 2008 p.162-166). Aunque existen debates y discusiones en relación con cuál o cuáles son los fines del proceso civil, la concepción de Velloso reúne lo que la doctrina mayoritaria ha entendido por concepción del proceso jurisdiccional, noción con la que se parte al abordar este tema, entendiendo su preponderancia para los fines que se persiguen.

Como ya se vio desde la antigua Grecia, ya existía una concepción de proceso en el cuál las partes acudían ante el órgano jurisdiccional en búsqueda de la defensa de un interés intersubjetivo. Es por ello, que el proceso ha sido el principal instrumento de la función jurisdiccional a lo largo de la historia, entendida ésta ya sea en su concepción privada o publicista⁷². En todo caso, el proceso como principal instrumento de la jurisdicción, se encuentra regulado por un conjunto de normas que pueden denominarse normas de derecho procesal. Estas normas determinan integralmente las reglas bajo las cuales debe regirse ese método debate, desde su comienzo hasta su finalización.

⁷² Existen diversas teorías sobre la naturaleza y fines de la función jurisdiccional. La tesis mayoritaria contemporánea entiende la jurisdicción como una función cuyo fin principal es la aplicación o actuación del derecho objetivo a los casos concretos. La bibliografía sobre la función jurisdiccional es abundante, sin embargo, si se quiere profundizar sobre estas teorías se recomiendan los trabajos de Rico Puerta (2013), Echandía (1985), Quintero de Prieto (2008), entre otros.

Al igual que el proceso, estas normas de derecho procesal han evolucionado en el tiempo, las cuales son consideradas normas de derecho público, autónomas, independientes e instrumentales. Entender el proceso y sus normas bajo estas características, implica comprender el proceso más allá de la defensa de un interés privado, asimilándolo como un mecanismo de tutela de intereses jurídicos incluso superior al carácter público y social en los cual existe un fuerte compromiso del Estado por presévalos.

Lo anterior contribuye a la dialéctica propia del Estado Constitucional contemporáneo. El derecho procesal sigue conservando su carácter instrumental, pero no desde una perspectiva según la cual el objetivo principal del proceso es la realización de sus propias normas, esto es, la normas que establecen el proceso, sino la realización de aquella tutela jurisdiccional efectiva como una garantía de carácter constitucional (Couture, 1958. p.148-154))

De igual manera, la constitucionalización del derecho ha contribuido a que en el sistema de normas que conforman el ordenamiento jurídico, las normas reglas en formas de prescripciones no sean las normas por excelencia del sistema legal -entiéndase legal en un sentido amplio. Al lado de esta existen otras normas cuya estructura abierta les permite cumplir un rol diverso al servir como parámetros de interpretación y control del ordenamiento jurídico. Estas normas pueden incluso ser cuantificaciones de validez de las normas reglas siempre que estas no estén conformes materialmente con aquellas. Entre estas normas se pueden mencionar los valores, los principios y los derechos. Privilegios o garantías fundamentales.

Al respecto importa destacar el concepto de principios⁷³, que en el campo del derecho procesal y tienen una significación particular, en la medida que el proceso

⁷³ En el campo de la teoría general del proceso, existen discusiones en cuanto a la existencia de principios que son propios del proceso, y otros que serían propios del procedimiento. En términos generales los primeros son estructurales a la relación jurídico-procesal, por lo que el legislador no tiene libertad en su configuración, sino que son exigencias de naturaleza constitucional. Los segundos, serían propios de cada procedimiento (penal, civil, administrativo, etc.), por lo que se consideran que son asuntos inherentes a la libertad de configuración del legislador y por tanto

no se conforma exclusivamente de normas de un carácter cerrado y exclusivamente procedimental, o si se quiere técnico o formal, sino que los principios juegan un rol determinante en la interpretación e integración de las instituciones procesales. Puede entenderse que los principios son por un lado pautas de orientación de carácter técnico que intentan dotar de coherencia la organización y el diseño de las actuaciones, otorgando al proceso bases axiológicas fundada en específicas concepciones jurídico-políticas e ideológicas (Ormazabal Sánchez, 2016 p.144).

Lo anterior implica que el proceso se encuentra regido por una serie de principios. López Blanco (2009. p.85) afirma que toda conducta humana de mayor o menor grado se encuentra inspirada en una determinada concepción político-filosófica, circunstancia de la cual no es ajena el proceso. Este se encuentra inspirado pues en una serie de directrices básicas o ideas esenciales denominadas como principios que:

(...) plasmados desde la Constitución, pero desarrollados y en veces ampliados, informan un determinado estatuto legal para convertirse en sus orientadores generales, vienen a imprimirle autonomía propia, individualización, y que no son nada diverso a la concreción de unos determinados ideales en busca de ese anhelo común de la humanidad de tener justicia perfecta (p. 85)

Las definiciones sobre los principios abundan en la academia⁷⁴ y en la doctrina⁷⁵, así como los debates sobre su naturaleza jurídica o extrajurídica, su aplicación o

asuntos de técnica o política legislativa. Este tema resulta relevante si se analiza desde la perspectiva de las nuevas tendencias, es decir, de cuáles de aquellas serían estructurales al proceso o si por el contrario son asuntos dejados a la voluntad política del legislador. Es aquí donde se enmarcan las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la oralidad- escritura, sistema dispositivo-inquisitivo, entre otros. Si se quiere profundizar en este tema se puede acudir a Falcón (2005), Alvarado Velloso (2008), De la Oliva (2013), Ormazabal Sánchez⁷³ (2016), Echandía (1985), Ovalle Favela (1994), López Blanco (2009), Mesa Calle (2004), Monroy Cabra (1974), Vescovi (1984), Rojas (2004), Quintero de Prieto (2008), Nieva Fenoll (2014), Hess y Jauernig (2015), Couture (2001)

⁷⁴ Nieva Fenoll (2014) pone de presente la confusión e indeterminación de los principios procesales, puesto que en algunas ocasiones son asimilados a derechos fundamentales y a las garantías procesales.

⁷⁵ Ovalle Favela (1994) define los principios procesales como "(...) aquellos criterios o ideas fundamentales contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el

exigibilidad jurisdiccional, la determinación de su contenido. Pese a ello, el Estado Constitucional establece una serie de principios que determinan la configuración del Estado, y que, en el caso concreto del proceso, se erigen en un mensaje directo al legislador sobre la forma en que se debe configurar el proceso, pero al mismo tiempo en herramientas de interpretación que se le otorga al juez como una forma de favorecer el ejercicio de su función.

Bajo este hilo argumentativo, el máximo tribunal constitucional colombiano ha entendido los principios como verdaderas normas jurídicas de aplicación inmediata que establecen prescripciones jurídicas generales y que implican una particular delimitación política y axiológica. Esto comporta que los principios en el marco del proceso tengan varias funciones: la primera de ellas es que determinan cuáles son las características más importantes del derecho procesal en un determinado lugar; en segundo lugar contribuyen a dirigir la actividad procesal, ya sea proporcionando criterios para la interpretación de la ley procesal o ayudando en la integración de la misma (Ovalle Favela, 1994), finalmente podría decirse que los principios procesales, dada su exigibilidad, permiten valorar y evaluar la forma en que el proceso contribuye a la tutela de los derechos.

Así las cosas, su relevancia para el tema de estudio se vuelve pertinente en la medida que brinda elementos con los cuales se estudia la naturaleza jurídica de las reformas ejecutadas al proceso civil.

desarrollo de la actividad procesal.” (p. 187); De la Oliva Santos (et al, 2013) “son principios del proceso o principios procesales las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí que el término “principio” resulte apropiado) determinando que sean sustancialmente como son.” (p. 203); Alvarado Velloso (2008): “La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado” (p. 255) (igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie, moralidad en el debate) sin la presencia de los principios no puede hablarse de proceso.

5.2.2 El Sistema Inquisitivo y Dispositivo y sus Implicaciones en los Poderes y Facultades del Juez Civil

5.2.2.1 Diversas acepciones

Entender las expresiones “inquisitivo o dispositivo” como reglas técnicas, modelos o sistemas de procedimiento, determina su presentación como formas de configuración contrapuestas o si se quiere antagónicas. Como lo afirma Alvarado Velloso (2008. p.183-186) estos sistemas se presentan como formas de configuración del proceso civil que no pueden coexistir.

El problema que se plantea, no obstante, su estudio a lo largo de décadas no es tan sencillo como se piensa por diversas razones. En primera medida, pese a que es común entender la relación entre el juez y las partes con base a sus poderes y facultades como una configuración inquisitiva o dispositiva del proceso civil, estos conceptos no obstante se presentan de diversas formas a través de significaciones cuyos orígenes o antecedentes provienen de lugares diferentes y que suelen ser presentados como sinónimos o utilizados de forma indiferenciada, como es el caso por ejemplo del principio dispositivo cuyo inicio puede encontrarse en el *civil law* y que se asimila al principio adversarial o al principio acusatorio de origen anglosajón.

También, porque la denominación puede ser propia de una especialidad del proceso en específico, de esta manera el principio inquisitivo puede encontrarse como principio de oficialidad, principio de aportación de parte y principio de investigación oficial cuando algunos de ellos han sido históricamente tratados como formas de configuración del proceso penal, aspecto relevante si se tiene en cuenta que a partir del siglo XIII el proceso civil y penal comienzan un recorrido en el que se optara por formas de configuración distintas, como consecuencia de la paulatina recepción del derecho canónico en el derecho germano que termina con la recepción de la inquisición para el proceso penal (Walter 1985. p. 46-52), y que

de suyo aluden a cuestiones estrechamente relacionadas, pero en todo caso distintas.

Y finalmente, porque puede comprenderse la existencia de modelos o sistemas puros de procedimiento, por lo que la distinción antagónica que se presenta tiene más una finalidad académica que descriptiva, aludiendo como lo afirma Taruffo (2006) a descripciones que quizá en el pasado tuvieron algún tipo de eficacia pero que actualmente han presentado modificaciones sustanciales.

Al igual como ha ocurrido con los sistemas del *civil law* y del *common law* se ha presentado una “circulación de modelos” (Taruffo, 2006, p. 76), en la cual se produce la adquisición de instituciones en uno y otro. En efecto, si se observan las reformas procesales que empezaron a gestarse a finales del siglo XIX con la adquisición de las denominadas doctrinas publicistas, socialistas o moralistas del derecho procesal y del proceso (Cappelletti, 1973. p. 46-52) en las que se ha producido una especie de penalización del proceso civil debido a una reestructuración de la relación entre las partes y el juez como consecuencia del aumento de los poderes y facultades de éste último, si bien, el proceso penal ha sufrido la recepción de los principios del proceso penal adversarial anglosajón⁷⁶ que ha determinado una disminución de los poderes del juez como consecuencia de la instauración de un proceso penal de partes (Colomer et al, 2013. p. 83-86)

5.2.2.2 Sistema Acusatorio o dispositivo

Armenta Deu (2013, p.35-52) considera que en esencia el sistema acusatorio se define porque quien acusa no puede juzgar, lo que implica que ambas funciones deben estar diferenciadas. Este tipo de proceso descansa en el principio

⁷⁶ Es pertinente agregar que en la doctrina existen algunos trabajos que se esfuerzan por diferenciar conceptos tales como acusatorio, dispositivo, adversarial, inquisitivo, aportación de parte y oficialidad. Esta diferenciación en algunos casos se hace atendiendo a criterios dogmáticos o incluso a criterios de naturaleza histórica. Toda vez que este tema desborda el objeto del presente trabajo, se recomienda acudir a Colomer (et al, 2013), Armenta Deu (2013), Palomo Vélez (2006), Ormazabal Sánchez (2016), Vogler (2005), Echandía (1985), Quintero de Prieto (2008), Rico Puerta (2006), Alvarado Velloso (2008).

acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación, pero esta debe ser realizada por un sujeto distinto al juez -*nemo iudex sine actore*- (2013)

Ormazabal Sánchez (2016. p.164-165), afirma que el principio acusatorio es una forma de organizar el proceso penal de acuerdo con el principio de oficialidad, con marcadas características esenciales como la necesidad de que exista una acusación, la separación de las tareas de instruir y juzgar, la correlación entre la acusación y la sentencia y la prohibición de *no reformatio in pejus*.

Históricamente acusatorio y dispositivo son conceptos que se han equiparado, no en vano la doctrina suele definir el sistema griego antiguo y el proceso romano en sus primeras etapas⁷⁷ como acusatorio. Siendo así no se presenta una distinción sustancial en los conceptos, y la razón puede encontrarse en el hecho de que hasta la adopción del derecho gradual del canónico por parte del proceso germánico no existía distinción entre el proceso civil y penal, los cuales se encontraban regidos por los mismos principios. Echandía (1985 p. 26) para ilustrar lo anterior destaca que las características del proceso acusatorio antiguo eran: 1. La existencia de un interés exclusivamente privado tanto en el proceso civil como en el penal; 2. No se podía iniciar ningún proceso oficiosamente sino que se requería la demanda de los interesados o la acusación de los ofendidos; 3. Actitud pasiva y carácter de árbitro del juez, carente de facultades probatorias; 4. La existencia de tres sujetos en el proceso penal: acusador, acusado y juez; 5. Proceso oral, público y con libre apreciación de la prueba.

Al entender el sistema dispositivo e inquisitivo como una tipología de configuración del procedimiento, y no como un principio del proceso, lo primero que habría que decir es que el sistema dispositivo al igual que el inquisitivo hace referencia a tipos procesales sobre los poderes del juez y de las partes (Quintero de Prieto, 2008. p.118-122) o en la mayor o menor actividad oficiosas que tenga el juez sobre los

⁷⁷ Se encuentra como proceso de la *La ordo iudiciarum privatorum*, en autores como Quintero de Prieto (2008), Vescovi (1999), Monroy Gálvez (1996) o como periodo preclásico (*legis actiones*) y (*formulario*) en Walter (1985)

medios de convicción (Rico Puerta, 2006). El legislador a la hora de configurar la justicia civil determina la relación del juez y de las partes a partir de una distribución de sus cargas y facultades.

El sistema dispositivo o sistema de libre disposición (Alvarado Velloso, 2008. p. 65-68) en su formulación pura determina que las partes son las principales protagonistas reservando al juez un papel pasivo. Son ellas pues quienes deben iniciar el proceso, impulsarlo, llevar al juez los hechos y las pruebas, teniendo este último la carga de fallar conforme a lo probado y solicitado por las partes. El sistema dispositivo se ancla en la defensa de que los intereses que se disputan al interior del proceso civil tienen un carácter exclusivamente privado (Colombo, 1992. p.156-157).

Esta concepción determina que no haya ningún interés real del Estado en la relación material o en el fondo de la controversia, por lo que son las partes quienes tienen la carga y responsabilidad del inicio, desarrollo o avance y finalización del proceso. Lo anterior lleva a defender que el fin del proceso civil⁷⁸ no consiste en la búsqueda de la verdad sino en dirimir las controversias de carácter privado (Montero Aroca, 1994. p. 323-330)

En este escenario, las partes tienen absoluta libertad de iniciar o no el proceso, en tanto, el Estado no puede iniciar de oficio el proceso, sino que debe limitarse a garantizar el espacio para que las partes si así lo consideran diriman su controversia, o mejor, el Estado debe garantizar el acceso a la administración de justicia o a la tutela judicial efectiva de los asociados, por lo que este sistema de procedimiento se encuentra afianzado en el principio de iniciativa de parte -*nemo iudex sine actore* (no hay juicio sin actor)- y en el principio de objeto del proceso – *theme decidendum*- (Vescovi, 2006. p. 44-58).

⁷⁸ La discusión sobre los fines del proceso civil es uno de los aspectos centrales entre garantistas y publicistas. Este tema será abordado posteriormente.

Bajo el sistema dispositivo tradicional o puro, el impulso procesal le corresponde a las partes o litigantes, lo que es lo mismo en palabras de Carnelutti (1997. p. 105), El juez carece de cualquier facultad para impulsar el proceso, por lo que son las partes quienes tienen libertad de decidir cuándo se finaliza una etapa y se comienza la otra, incluso en una formulación extrema, las partes tendrían libertad para regresar a una etapa anterior.

La cuestión del impulso procesal es uno de los temas centrales o más importantes de las reformas realizadas al proceso civil desde finales del siglo XIX, y a la vez uno de los más complejos o espinosos puesto que su atenuación deja en entredicho la concepción exclusivamente privada de las partes⁷⁹.

De igual manera, este sistema implica que al juez le está vedado realizar cualquier tipo de modificación a los hechos presentados por las partes (Parra Quijano, 1992. p. 1-2), y así mismo solicitar por iniciativa propia, medios de prueba distintos a los incorporados por aquellas.

⁷⁹ Como se abordó en el primer capítulo al hablar sobre los antecedentes del publicismo, se pudo ver que el monopolio de las partes en el proceso determinó que estos se caracterizaran por su larga duración y por su alto costo. De esta manera a partir de las concepciones de Menger, se consideraba que el proceso solo podía ser asumidos por las personas de las clases sociales altas (López, 2004). Las doctrinas socialistas, publicistas, o si se quiere moralistas, pueden entender como una reacción ante las ideas liberales de la Revolución Francesa.

En efecto, la complejización de las relaciones sociales, la creciente industrialización en la Europa de finales del siglo XIX (Van Rhee, 2011), implicó que se empezara a discutir la existencia de intereses superiores a los privados, unos intereses públicos. Klein consideró el proceso como un mal social debido a su alto costo y larga duración (Cipriani, 1995), el procedimiento debía estar regidos por criterios de eficiencia en su configuración. El regreso a la oralidad no es un mérito que se le pueda endilgar a la doctrina publicista pues es algo que comenzó con la Revolución Francesa, sin embargo, no es menos cierto que a partir de finales del siglo XIX se instituyó como la principal vía para hacer la justicia civil más rápida y menos costosa. El impulso procesal bajo estos principios no puede quedar a la libre disposición de las partes, sino que ahora el juez tendrá un papel importante en el avance del proceso, aunado al principio de eventualidad o de preclusión que implica que cada acto procesal tiene una oportunidad, la cual una vez agotada no podrá revivirse o volver a ella (Mesa Calle, 2004)

La demanda y su contestación u otro medio defensivo del demandado fijan por un lado el objeto del litigio, y por otro atan al juez a la hora de emitir su decisión. De esta manera el papel del juez se resume de la siguiente manera⁸⁰:

Figura 13. Sistema dispositivo



Fuente: Elaboración propia

5.2.2.3 Sistema Inquisitivo

La ubicación de los antecedentes históricos del sistema inquisitivo, puede encontrarse en varios momentos. El primero de ellos en el procedimiento ordinario

⁸⁰ Está atado por las pretensiones de las partes, por lo que el juez solo debe pronunciarse conforme a lo solicitado por estas, están prohibidos los fallos *ultra* y *extra petita*. El juez está vinculado por las alegaciones de las partes, en especial si hacen referencia a hechos constitutivos, hechos expeditivos o extintivos. El juez debe fallar de acuerdo con lo probado única y exclusivamente por las partes, el juez carece de prueba de oficio, y por tanto no hay un compromiso en la búsqueda de la verdad. El juez no puede introducir medios probatorios distintos o adicionales a los solicitados por las partes. El juez carece de cualquier facultad de interrogar a las partes oficiosamente.

o de la *extraordinaria cognitio*, pudiendo establecerse un germen de formas inquisitivas del procedimiento civil, toda vez que el juez en este proceso (...) avocaba el conocimiento, practicaba pruebas y decidía, era ya un funcionario que, a diferencia de los jueces árbitros, percibía sueldo del Estado por el desempeño de su función, tenía esa tarea especializada y administraba justicia de manera permanente a quienes acudían al foro. (Quintero de Prieto, 2008, p. 185)

El segundo momento lo ubica Alvarado Velloso (2008. p.51-56) en el año 1000 de la era actual, y parte de comprender el sistema inquisitivo desde una perspectiva peyorativa, es decir, un proceso arbitrario, autoritario en el que no existen derechos de naturaleza individual. Surge como una reacción en contra de los ataques contra el dogma católico que terminará con la creación de la inquisición medieval, a través de los cuales se fueron conformando tribunales de la inquisición del santo oficio para juzgar delitos contra la religión y contra las buenas costumbres⁸¹.

Cuando se habla de un sistema de procedimiento inquisitivo, se pueden referenciar dos cosas diferentes. La primera, a la inquisición eclesial de la edad media a la que hace referencia Alvarado Velloso, y que fundamentó su accionar a través del uso de la tortura, se encuentra un proceso penal en el cual el procesado se le juzga de manera secreta y éste más que un sujeto de derecho es un objeto de persecución (Maier, 1999. p. 288-334), carente de derechos durante el juzgamiento y plenamente sometido al inquisidor quien realiza el papel de juez y parte.

⁸¹ Opina Alvarado Velloso frente al particular: Aunque no es mi intención hacer la historia de estos tribunales, cabe poner de resalto que, tras muchas vicisitudes, la inquisición señoreó en castilla desde (1480), llegando a actuar no como tribunal meramente eclesiástico sino como *tribuna civil* que sentenciaba por facultad dada al afecto por el propio Rey. Esto es lo que se conoce con el nombre de *inquisición española* y que ha sido el centro de atención y de polémica durante los siglos posteriores por el prolijo y detallado régimen de torturas que estableció para lograr la confesión del reo en ciertos casos específicamente determinados. (2008, p. 55-56)

El sistema inquisitivo no obstante, también puede indicar un modelo de configuración o estructuración del proceso civil, en el cual al lado de los intereses de las partes existen unos intereses de naturaleza pública o social que conllevan a un mayor papel del Estado representado en la figura del juez, con facultades de las partes, viene dotado de ciertos poderes de dirección formal y material del proceso que le permiten tener un papel en el avance y en la determinación de los hechos y de la prueba de los mismos. El proceso civil tiene un verdadero compromiso con la búsqueda de la verdad y la justicia (Morales Molina, 1973. p. 179-180), de manera que su fin no se limita a ser un simple instrumento de resolución de controversias privadas.

El sistema inquisitivo estuvo vinculado estrictamente al proceso penal hasta el siglo XIX, las manifestaciones de este sistema en el proceso civil fueron apenas embrionarias y sin la virtualidad de desplazar la autonomía y protagonismo de las partes. El proceso penal hasta la Revolución Francesa⁸², se caracterizó por el carácter escritural y secreto del proceso, y por las facultades oficiosas del juez en materia de inicio, impulso del proceso y prueba de oficio (p.115-118).

En su configuración pura, el juez puede iniciar de oficio el proceso, la base de esto nace en la naturaleza pública de los intereses que se vinculan al interior de este. Por otro lado, el juez es el director supremo del proceso, por lo que a él atañe el impulso de este, Rico Puerta (2006) lo expresa en los siguientes términos “La calidad de supremo director del proceso le asigna al juez el deber de su adelantamiento, pues al fin y al cabo se trata de crear una norma de carácter individualizado mediante el agotamiento de las etapas procesales, las cuales deben ser fijadas, dirigidas, tramitadas y decididas por el operador jurídico” (p. 151)

⁸² La Revolución Francesa instaaura un procedimiento de carácter mixto dividido en dos etapas diferenciadas, la instrucción regida por formas inquisitivas, y el juicio por su carácter acusatorio (Maier, 1999)

Si se defiende la existencia de principios de carácter general, no se puede permitir que las partes prolonguen indefinidamente la duración del proceso. El juez tiene un compromiso mayor al de ser un mero arbitro en una contienda particular, toda vez que existen intereses públicos superior a los de las partes, entendiendo al juez como su principal garante.

Es así como la formulación extrema o pura del sistema inquisitivo, se muestra de forma contrapuesta al principio dispositivo. De esta manera en lo que se refiere a la iniciativa y finalización del proceso se excluye la autonomía de las partes por lo que:

1. La iniciativa del proceso puede ser de oficio por el órgano jurisdiccional, por cuanto esta se realiza para defender un interés general.
2. Las partes no tienen libre disposición del derecho en litigio, lo que quiere decir que una vez iniciada la actuación y aún en contra de la voluntad de las partes no se puede desistir de ella.

Ahora, el proceso jurisdiccional contemporáneo no solamente se sustenta en la defensa de intereses públicos, sino también en argumentos según los cuales el proceso debe ser más rápido y menos costoso. La posibilidad de que el juez impulse el proceso se sustenta también en los principios de economía procesal, eficiencia y celeridad.

En lo tocante a la aportación de pruebas y pruebas de oficio en su formulación pura, el sistema inquisitivo no solamente faculta a juez para decretar pruebas de oficio o interrogar a las partes, sino también para agregar hechos diferentes a los alegados por las partes. La razón es relativamente sencilla, el compromiso del juez lo determina la búsqueda de la verdad y no los intereses privados de las partes. Monroy Cabra (1974) describe en sistema inquisitivo “En este sistema el juez debe investigar la verdad material, prescindiendo de la actividad de las

partes. Por tanto, el juez puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas oficiosamente, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a la búsqueda de la verdad". (P. 74)

Lo que importa destacar es que, bajo el sistema dispositivo, el juez no se encuentra sometido a los hechos y pruebas presentados por las partes, goza de iniciativa propia. Se entiende la oficiosidad como una facultad discrecional o como un poder-deber que implica una verdadera obligación.

5.2.2.4 Utilidad de la Distinción entre el Sistema Dispositivo y el Sistema Inquisitivo

Existe cierto aire de pacificidad cuando se afirma que la contraposición dispositivo-inquisitivo no es acorde con la realidad histórica y fáctica en la configuración del proceso civil y penal. La continua presentación de los principios del procedimiento como antagónicos niega el hecho de que no existen sistemas puros y que si es viable la coexistencia de ellos.

Si bien el proceso jurisdiccional contemporáneo se edifica a partir de la oralidad, no es menos que cierto que no ha habido una eliminación plena de la escritura. Respecto del proceso civil, aún se puede observar que los distintos ordenamientos procesales civiles, mantienen la escritura en la primera etapa del procedimiento civil. La presentación de la demanda, su contestación, la reconvención, notificaciones se realizan de manera escrita, hasta la etapa de las audiencias concentradas.

De manera similar ocurre respecto del sistema dispositivo e inquisitivo. La configuración del proceso en muchas ocasiones se ha realizado a partir de una distribución de poderes y facultades entre el juez y las partes de manera equilibrada en materia de inicio, impulso y la prueba. Es más viable hablar por tanto de la preponderancia de un sistema sobre otro que sobre una imposición

absoluta, o también de la configuración de sistemas mixtos. Lo que se produce pues es la atenuación de uno u otro sistema⁸³. (Morales Molina, 1973. p. 179-180)

La distinción puede tener más un fin teórico que operativo, tal como lo dijera Taruffo en relación al *Common Law* y el *Civil Law*. El legislador a la hora de configurar el proceso entiende que existen al interior de los mismos intereses de naturaleza general y pública y otros de naturaleza privada. La configuración de un proceso de formas inquisitivas no necesariamente niega que resolver la controversia sea uno de los fines que se propone el proceso así sea de forma secundaria.

Esgrime al respecto Calamandrei citado por Colombo (1992):

El punto de equilibrio entre los poderes de iniciativa del juez y los de las partes no se puede fijar de una vez para siempre en base a consideraciones de pura técnica procesal, sino que debe, necesariamente, en toda legislación positiva, ser señalado en función del punto de encuentro que se haya históricamente situado entre el interés público y la autonomía privada del derecho sustancial del cual el proceso es el instrumento. (p. 156)

Pese a esto, aún existen discusiones sobre las implicaciones de los poderes de dirección formal y materiales del juez en perspectiva de su imparcialidad, de la igualdad de las partes, y la naturaleza de los derechos en juego. Sobre este punto se retomará en capítulos precedentes.

⁸³ En esta línea pensaba Alsina (2001):

Pero no son sistemas absolutos, porque no hay procesos puramente dispositivos o inquisitivos... Por consiguiente, solo puede hablarse de prevalencia de uno u otro sistema, en lo que influye la materia de la cuestión, así, en tanto que el proceso civil es prevalentemente dispositivo, el penal es prevalentemente inquisitivo. (p. 35)

Figura 14. Proceso civil



Fuente: Elaboración propia

5.2.3 Juez Civil, Justicia y Verdad

La superación en proceso jurisdiccional de aquellos elementos basados en lo místico o en la divinidad, tal como ocurriera en el proceso germano en sus primeras etapas, impone actualmente la construcción de un proceso jurisdiccional racional como instrumento principal en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esa racionalidad viene dada por la configuración de un proceso orientado por un conjunto de principios estructurales que son lo que otorgan precisamente la naturaleza de proceso.

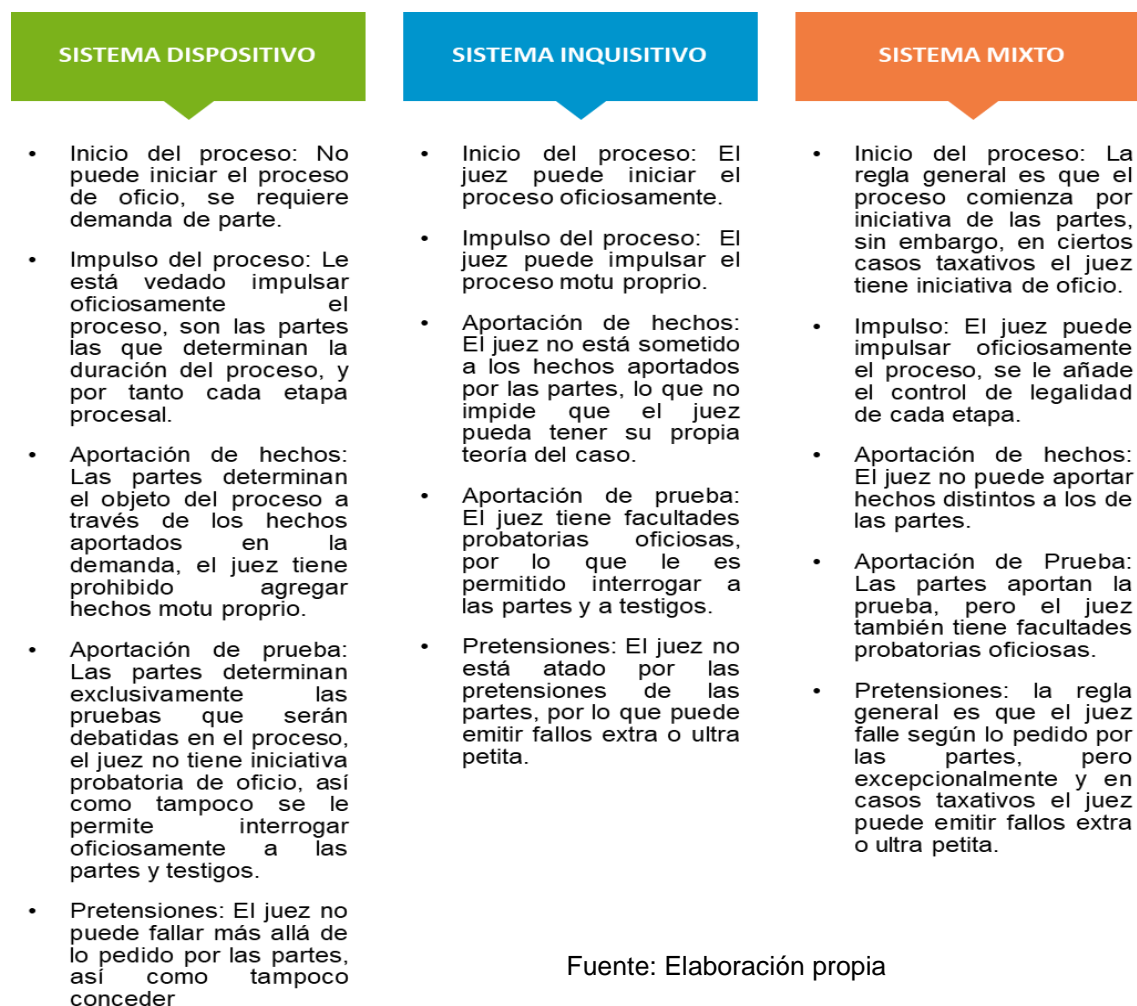
Aunque como se vio en la primera parte, la enunciación de cuáles son esos principios, así como su formulación, es diversa, el proceso jurisdiccional contemporáneo adopta la forma de un espacio donde las partes convergen a defender ciertas hipótesis que configuran el supuesto de hecho de la norma que pretenden sea aplicada como base de sus pretensiones. La anterior formulación, obviamente, se hace sin entrar a analizar la distribución y la conformación de la relación entre el juez y las partes, y como el equilibrio de estas puede afectar o no las garantías en juego.

Aspecto central es pues la prueba. La racionalidad del proceso se edifica a partir de que los supuestos fácticos que se debaten en el proceso deben ser probados, de manera que el juez pueda obtener el convencimiento necesario para tomar su decisión. Es así como la prueba tiene un contenido material lo que dota al proceso de una naturaleza epistémica, es decir, como un instrumento para la búsqueda de la verdad⁸⁴ (Taruffo, 2006. p. 267-279).

⁸⁴ En este punto tanto en el campo de la filosofía, epistemología, y en el derecho, se han dado debates sobre la naturaleza de la verdad, así como de aquella que se encuentra en el proceso. No se trata de una mera cuestión teórica, pues se han encontrado consecuencias que han repercutido en una diferencia histórica entre el proceso civil y penal. Esta discusión también puede tenerse en cuenta como parte de las continuidades y discontinuidades propias del proceso civil. Si se quiere profundizar en este debate se puede acudir a Silva Melero (1963), Mittermaier (2001), Montero Aroca (2002), Taruffo (2006), Gascón (2012), Gascón (2004), Kripke (1997), Bentham (1971), Hempel (1997), Florián (1998), Echandía (2002), Dellepiane (1983), Alzate Noreña (1982), Alvarado Velloso y Montero Aroca (2005), Betancur Jaramillo (1973), Gorphe (1982)

Es claro después de estudiado lo anterior, que la estructuración del proceso civil bajo un sistema dispositivo e inquisitivo tiene fundamentales consecuencias en la visión y papel del juez al interior del proceso, por cuanto lo que se define esencialmente es la distribución de poderes y facultades entre el juez y las partes. Es de aclarar que la doctrina defiende la inexistencia de sistemas puros, a lo que se añade que la formulación del proceso civil desde fines del siglo XIX adopta elementos de uno u otro sistema por lo que el proceso civil adquiere una naturaleza mixta, en el cual se produce una atenuación del principio dispositivo, debido a la reformulación de las facultades de dirección formal y material del juez civil, y por otro lado en la convivencia de un sistema escritural con predominación de la oralidad.

Figura 15. Sistema dispositivo, inquisitivo y mixto



Fuente: Elaboración propia

5.2.4 Concreciones respecto de los poderes y facultades del Juez Civil en el Sistema Dispositivo e Inquisitivo

De lo estudiado se puede evidenciar que el rol del juez al interior del proceso es una medida que permite analizar la disposición inquisitiva o dispositiva del proceso, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la inexistencia de sistemas puros determina que existan matices que deben ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar la dinámica de la relación entre el juez y las partes, así como las formas de lograr un equilibrio entre las facultades de aquellas.

Esto conlleva que el estudio del proceso no debe hacerse a la luz de estructuras rígidas, sino que la necesidad de adecuación constante a las necesidades de justicia en contextos históricos específicos refleja la flexibilidad del proceso en su evolución, por lo que los planteamientos de sistemas o modelos totalmente opuestos va en contravía de la naturaleza dinámica del proceso.

5.3 CAPÍTULO III. TENDENCIAS PROCESALES CONTEMPORÁNEAS E IMPLICACIONES EN LOS PODERES Y FACULTADES DEL JUEZ CIVIL

Con el presente capítulo se da respuesta al objetivo número tres que trata de: “Describir las tendencias procesales contemporáneas y sus implicaciones en los poderes y facultades del juez civil”.

Generalidades: La preocupación sobre la eficiencia y eficacia del proceso- en específico del proceso civil- ha dominado la agenda legislativa de muchos países tal como se acreditará más adelante, siendo pues, el tópico principal de las reformas procesales que se vienen realizando de forma continua desde el siglo XIX.

Las denominadas nuevas tendencias procesales o tendencias procesales contemporáneas hacen referencia pues, a aquellos cambios que se han venido produciendo al proceso civil desde finales del siglo XIX y que perviven en la actualidad. Cabe preguntarse entonces, ¿Cuáles son las tendencias?, ¿Qué características traen esas nuevas tendencias?, ¿Cuál es la base ideológica para el surgimiento de aquellas? ¿Cuál es la necesidad social para que se reestructuren las ideas procesales que han pervivido hasta la actualidad?, interrogantes que se resuelven a lo largo de las próximas líneas.

Recuérdese que, en el capítulo primero, se hizo un recuento de la evolución histórica del proceso civil, advirtiendo que el objetivo de ese capítulo no era casual, por el contrario, se buscaba otorgar herramientas al lector a la hora de comprender el camino recorrido por la historia procesal a efectos de llegar a lo que hoy se conocen como nuevas tendencias. Concluyéndose que a finales del siglo XIX el proceso se configuró bajo dos postulados fundamentales: El primero, un proceso civil bajo el sistema de la oralidad -con la consecuente inmediación y concentración de las actuaciones- y el segundo con el aumento de los poderes de dirección formal y material del juez.

Bajo dichos fundamentos han girado las reformas al proceso civil durante todo el siglo XX y lo recorrido hasta la fecha, que suelen denominarse nuevas tendencias en materia de configuración del proceso civil, haciendo claridad que el término “nuevas tendencias” no debe concebirse en su literalidad, sino más bien en la perspectiva de cambio de paradigma o si se quiere de “mentalidad” que puede encontrarse incluso en el proceso de la Grecia Antigua y de manera más consolidada en el proceso romano- de ahí que el adjetivo nueva tendencia no es apropiada- el cual perduró durante algo más de mil ochocientos años.

5.3.1 Concepto de Nuevas Tendencias o Tendencias Procesales Contemporáneas

¿Qué se entiende por una tendencia? ¿Son las tendencias principios? ¿A qué se hace referencia cuando se afirma que es una *nueva tendencia* o *tendencia contemporánea*? Para responder los anteriores cuestionamientos, es menester realizar una precisión conceptual que servirá como referente no solamente de este apartado, sino de todo lo que se estudiará y analizará en el presente capítulo. En efecto, es común escuchar de unas *nuevas tendencias en la dirección del proceso* (López Medina, 2004) o de unas *tendencias contemporáneas del derecho procesal*. Estos conceptos suelen ser utilizados para abordar y analizar las reformas que se han venido realizando al proceso civil desde finales del siglo XIX.

La Real Academia de la Lengua española establece que tendencia significa *tender, propender*, y entre una de las definiciones establece que tendencia es Idea religiosa, económica, política, artística, etc., que se orienta en determinada dirección. (RAE, 2017).

Cuando se aplica esta definición en el campo del derecho procesal, y más concretamente al derecho procesal civil, puede entenderse que una tendencia son aquellas herramientas -constitucionales, legales, políticas, administrativas- que han sido utilizados en los procesos de reforma a la justicia civil. Ahora bien, tal

como se abordó en el capítulo 2, las reformas al proceso civil a nivel mundial han girado sobre ciertos elementos estructurales: La implementación de la oralidad, la dirección judicial del proceso a través del fortalecimiento de los poderes y facultades del juez, el usos de los Mecanismos Alternativos del Resolución de Conflictos y, finalmente la eficiencia, economía y celeridad.

Son tendencias pues, porque la implementación de estas herramientas en el campo del proceso civil no han sido parte de fenómenos aislados, sino el eje central de las reformas a la justicia civil en todas las partes del mundo desde finales del siglo XIX, fenómeno incluso aceptado por sus acérrimos contradictores y críticos.

Ahora bien, una cosa es la herramienta y otra la forma en que el constituyente o el legislador decide incorporarlos al ordenamiento jurídico civil. En el caso del derecho procesal iberoamericano, muchas de estas herramientas han sido incorporadas en la forma de principios -con las consecuencias normativas y políticas que ello implica⁸⁵-, por ejemplo⁸⁶, el Libro 1º, título 1º del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica trae entre sus principios rectores la dirección del proceso -artículo 3º-, igualdad procesal -artículo 4º-, buena fe y lealtad procesal - artículo 5-, ordenación del proceso -artículo 6º-, intermediación, eficiencia y concentración procesal -artículos 8,9 y 10 respectivamente. Lo propio ocurre con el Código General del Proceso que en su título preliminar incorpora una serie de principios que dan cuenta de algunos de los elementos o herramientas de las

⁸⁵ Ver capítulo 3.

⁸⁶ El Código General del Proceso de Uruguay – ley No. 15. 982- trae un título exclusivo para los principios -Libro I, título I, artículos 1-11- entre los que se encuentran iniciativa del proceso, dirección del proceso, impulso procesal, igualdad procesal, buena fe, lealtad y colaboración procesal, ordenación del proceso, publicidad del proceso, intermediación procesal, pronta y eficiencia administración de justicia, concentración procesal y derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. El Código de Procedimiento Civil de Venezuela de 1990, trae un título preliminar de *disposiciones fundamentales* – artículos 1 a 27 – entre los que se destacan el inicio e impulso procesal, poderes oficiosos, dirección judicial del proceso. El código procesal civil de Perú de 1993 en la misma línea trae un título preliminar -artículos 1 a 10- entre los que se encuentran tutela jurisdiccional efectiva, dirección e impulso del proceso, intermediación, concentración, economía y celeridad procesales, socialización del proceso, veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

nuevas tendencias procesales como la oralidad, intermediación, concentración y el impulso procesal.

La forma en que estos principios se incorporan al ordenamiento jurídico es a través de reformas constitucionales o legales. Como ejemplo de lo primero, puede mencionarse la ley 270 de 1996 reformada por la ley 1285 de 2009, la cual en su título 1º trae los principios que informan la administración de justicia, y entre los cuales se destaca la oralidad y la celeridad – artículo 4. Esto hace que, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, todos los procedimientos judiciales -civil, penal, administrativo, laboral- den cuenta de estos principios en su construcción e implementación. A nivel legal en cambio, representa que un proceso judicial tenga determinada estructura y presente sus propias particularidades, ello se explica por ejemplo que en el caso del procedimiento penal regulado en la ley 906 de 2004 y en el proceso civil del Código de Procedimiento Civil y del Código General del Proceso la dirección del proceso y el papel del juez sea diferente.

Pese a lo anterior, no necesariamente la implementación de estas herramientas debe hacerse a través de la forma de principios, sino que pueden estar incluidos dentro de diversas disposiciones normativas al interior del código, como las que establecen los poderes y facultades del juez en materia probatoria, de dirección e impulso del proceso. Por ejemplo, la ley 1395 de 2010 que reformó el Código de Procedimiento Civil, introdujo la preponderancia del sistema oral sobre el escrito, sin embargo, no introdujo una norma en forma de principio que estableciera a este como guía del proceso civil, ni tampoco la intermediación, concentración y la celeridad.

En el caso del *common law*, las reformas del *case management* de los 90s en Inglaterra y Estados Unidos, no incorporaron estas herramientas en formas de principios, sino que el sujeto de la reforma fue la estructura del procedimiento civil a través de disposiciones que simplificaron los procedimientos y le otorgaron al juez mayores poderes de dirección y gerencia del proceso. Lo que se quiere

mostrar con esto, es que la forma en que las nuevas tendencias se han agregado a las múltiples reformas a la justicia civil ha implicado ante todo una elección política en la que se estudia el grado de exigibilidad de estas y sus implicaciones normativas y económicas.

Son nuevas tendencias o tendencias contemporáneas porque se tiene como punto de partida la época contemporánea que se da a partir de la Revolución Francesa. Por ello, es viable que López Medina (2004. p.15) afirme que lo relacionado con la dirección judicial del proceso sea un tema de más de 100 años en la ciencia procesal que no da señales incluso de acabarse o que Pabón Giraldo⁸⁷ (2017) afirme que

En ese orden de ideas, cabe decir, que la Publicización del proceso de hoy no es nada nueva, no es una nueva tendencia como se quiere dejar ver, pues ella fue asumida por países europeos de tiempo atrás, tal como se observó anteriormente. Y tampoco ha sido un tema extraño a nivel procesal para Colombia, cuando desde reformas anteriores se le fueron otorgando algunas facultades al juez dentro del proceso. (p. 525)

Siendo ello así, el fenómeno de publicización, socialización o moralización del proceso civil del que hablaba Cappelletti (1973. p. 43 y ss) hace parte de un proceso histórico que empieza a darse con la Revolución Francesa con la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1807 que empieza a recuperar la oralidad y que se complementa con los aportes de Klein en su ordenanza de 1895. No es pues una tendencia nueva en el estricto sentido de la palabra, sino más bien desde una mirada histórica a la forma en que se estructuró el proceso civil desde el proceso romano e incluso del proceso griego antiguo.

⁸⁷ Ramírez Carvajal (2009) afirma en la misma línea: la renovación del contexto político jurídico después de la Segunda Guerra Mundial, indica que las sociedades adoptan preferentemente sistemas mixtos puesto que “el mínimo común denominador de cada sistema es inestable y en constante cambio (p. 48)

5.3.2 Herramientas o Instrumentos Principales de las Nuevas Tendencias Procesales

El punto de partida de los instrumentos o herramientas que sustentan las nuevas tendencias procesales en materia de configuración y estructuración del proceso civil inicia con la premisa de que la administración de justicia es lenta y costosa, lo que puede afectar que el Estado garantice la actuación del derecho objetivo, y asimismo que las partes obtengan satisfacción de sus intereses intersubjetivos.

Con el ánimo de solventar esas dificultades, se ha contado con los principios de oralidad, inmediación y concentración, al igual que la celeridad, eficiencia o economía procesal como guía que impregna el proceso no solamente en su desarrollo sino todo el trámite de su configuración. El legislador adopta la regla según la cual debe maximizarse los recursos que son escasos, y con base en ello crear una justicia pronta y eficaz, y a la vez que no represente mayores gastos para el ciudadano, esto es, economía.

Asimismo como contrapeso han surgido los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en adelante llamados MARC's, los cuales juegan un papel determinante en el desarrollo de las nuevas tendencias como parte de un proceso de desjudicialización, toda vez que el Estado, pese a reconocer el proceso como instrumento por excelencia de la función jurisdiccional, estimula a que las partes puedan llegar a acuerdos a partir del consenso y en un diálogo directo con el "contrincante", haciendo ver al proceso como el escenario último del andamiaje judicial.

Por ello, uno de los puntos importantes de la reformas al proceso civil, tiene como finalidad promover los espacios – ya sea de forma procesal o extraprocesal- para que las partes como forma previa al establecimiento de la litis, puedan discutir sobre la posibilidad de solucionar el conflicto por intermedio de un tercero -ya sea mediador o conciliador-, mediador que no tiene el papel de heterocomponer el

conflicto, sino más bien propender porque sean las mismas partes quienes decidan sobre el conflicto y la forma de solucionarlo, puesto que un acuerdo evita la consecución de un litigio, con el ahorro en tiempo y costos que la misma demanda genera. Es claro no obstante que los, plantean discusiones en perspectiva de la teoría de la función jurisdiccional tradicional, afianzada en los principios de unicidad y exclusividad de su ejercicio en cabeza del Estado. Pese a esto, los MARC's son entendidos como forma de contribuir a la idea de una administración de justicia accesible a los asociados.

Este fenómeno que ha venido ganando terreno a la hora de resolver los conflictos, ha estado en consonancia con la denominada desjudicialización de la justicia, axioma fincado en el otorgamiento de función jurisdiccional a funcionarios distintos a los judiciales.

Con las anteriores consideraciones puestas de presente, de manera seguida se abordarán los elementos más importantes de las nuevas tendencias procesales, pero en perspectiva de las implicaciones que los mismos representan en el papel del juez civil. Precisando que el objeto del presente capítulo no es abordar conceptualmente los principios de oralidad, intermediación y concentración sino por el contrario, ahondar sobre la importancia y significación que estos representan para el proceso civil actual, como parte de esas nuevas tendencias que determinan su configuración.

5.3.3 Principio de oralidad

Desde el primer capítulo se estableció que la oralidad pese a ser uno de los elementos centrales en los procesos de reformas a la justicia civil a lo largo de la historia, no siempre ha sido el eje central de cambios en el proceso civil, entendiéndose con ello, que la reforma al proceso civil contemporáneo lo que hace es recuperar instituciones ya presentes desde la antigüedad.

Y es que uno de los argumentos de retomar la oralidad como elemento basilar del nuevo proceso civil, es la lentitud de la justicia, escenario que ilustra Echandía (2010. p.127) al indicar que una justicia lenta es en realidad una injusticia, y ello por cuanto la parte que “tenía la razón” suele sufrir perjuicios que difícilmente el proceso podrá resarcir. Esa afirmación no desconocida por la cultura jurídica en general es la génesis con la cual se pretende lograr una tutela judicial efectiva.

Sin embargo, tal anhelo de acceso a la administración de justicia como se le conoce también, se le añade un factor que puede considerarse adicional a las subgarantías que tal situación implica⁸⁸, y es que el ciudadano que acude a los tribunales debe obtener respuesta a su pretensión en un término razonable y con costos viables para las partes.

De esta manera, una de las formas en que los legisladores suelen buscar ese ideal de justicia pronta y razonable ha sido a partir de la configuración de un proceso jurisdiccional oral, que permita que el juez tenga un contacto directo con las partes y la prueba -inmediación- de manera pública y en un tiempo razonable – concentración-.

Ello ha tenido como consecuencia que se considere a la oralidad como un elemento estructural de los procesos de reforma, toda vez que a juicio de muchos es la mejor forma de dar respuesta a los problemas de congestión judicial que afecta la tutela judicial efectiva de los asociados, palabras que trae Giacomette

⁸⁸ Según De la Oliva (et al, 2013) se considera como un derecho relativo a todos los órdenes judiciales y para todos los justiciables, entendiéndose por éstos a las personas físicas y jurídicas. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho complejo del que se derivan una serie de derechos subjetivos, a saber: 1. El derecho de accesos a los órganos jurisdiccionales; 2. El derecho a una resolución de fondo -ya sea favorable o adversa; 3. Dicha decisión debe ser congruente con el fondo; 4. Además de congruente la decisión debe ser motivada; 5. Dicha decisión debe ser el resultado de la observancia de los principios de audiencia y de igualdad; 6. Comprende también el derecho a los recursos; 7. Derecho a un proceso de ejecución en los casos que así lo requieran; 8. Derecho a una tutela cautelar como una forma de garantizar el cumplimiento de los fallos; 9. Eficacia de los actos de comunicación como las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hagan efectivos los principios de audiencia y contradicción y finalmente; 10. Derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales.

Ferrer (2014), pero que no acompaña en su discurso al apuntar “(...) se ha concebido la oralidad como el mecanismo redentor contra la congestión judicial, la falta de inmediación judicial, y concentración, y en general, la economía procesal.” (p. 140)⁸⁹

Por otro lado, la instauración de la oralidad en el proceso civil se proyecta desde la perspectiva que la administración de justicia debe ser dinámica a los cambios de la sociedad. Por esto, las reformas que han surgido en la justicia procesal civil a lo largo del siglo XX y XXI hasta nuestros días, parten del reconocimiento de que la justicia civil tiene ciertos desafíos que deben ser superados⁹⁰, esto lleva a que exista una preocupación sobre la forma en que el sistema de justicia funcione, lo que se ha entendido como eficiencia de la justicia (Landoni sosa, 2013. p. 651).

Entiéndase como una realidad -más allá de las virtudes que estos principios representen al funcionamiento del sistema de justicia- que el proceso jurisdiccional contemporáneo ve en la oralidad -y en consecuencia en la inmediación y concentración- una forma de lograr el cometido de justicia eficaz y pronta. Lo que, si es claro, es que el juez, pasa a un ocupar un rol más preponderante, no solamente por el aumento de sus poderes y facultades, sino también en la obligación de que este tenga contacto directo y pleno con las partes y la prueba, y que su convicción sea el resultado de un proceso de valoración libre y razonada.

5.3.3.1 El principio de oralidad y sus implicaciones en el rol del juez.

Si se asume la oralidad como un elemento determinante de la nueva sistemática procesal civil, cabe entonces preguntarse ¿De qué manera influye la oralidad en

⁸⁹ Pese esto, no existe consenso mayoritario respecto de que la oralidad *per se*, sea la respuesta a los problemas de la administración de justicia. Por el contrario, Existen posiciones encontradas respecto de las ventajas y desventajas de la oralidad. Sobre la discusión en torno a las ventajas y desventajas de la oralidad se puede acudir a Sbdar (2015), Parma (2016), Montero Aroca (2000), Nieva Fenoll (2007), Giacomette Ferrer (2014), Palomo Vélez (2006).

⁹⁰ Landoni Sosa (2013), considera que básicamente son dos desafíos de la justicia civil actual, el primero una justicia que sea independiente e imparcial, y en segundo lugar una administración de justicia igualitaria.

la estructura del proceso civil contemporáneo? La adopción de la oralidad como uno de los elementos centrales de las nuevas tendencias, no ha implicado una superación total de ciertos sistemas del pasado a la hora de reestructurar la justicia civil. En este sentido, se ha producido más una adecuación de ciertos sistemas como dispositivo/inquisitivo y oralidad/escritural en aras de dotar de eficiencia a la justicia civil.

Por ello, en el proceso civil actual se observa la convivencia entre formas procesales escritas y orales. De esta manera existen dos etapas que pueden observarse claramente diferenciadas, una escrita compuesta por la presentación de la demanda, su contestación y otros actos de naturaleza similar, y otra oral formada por un sistema de audiencias concentradas (Tejeiro Duque, 2014. p.11)

Respecto a la primera etapa es muy claro lo ocurrido, toda vez que mantiene la esencia del proceso civil de tiempos antiquísimos, la segunda etapa, sin embargo, es la que plantea algunas novedades. En primer lugar, respecto de la etapa oral, Tejeiro Duque (2014) asevera que no se trata de la implantación de la oralidad en el proceso civil, sino más bien el paso de una oralidad protocolar o actuada a un sistema de audiencias concentradas.

Esta fase se estructura a partir de una serie de audiencias con fines claramente definidos. Dichas diligencias judiciales se componen de una audiencia preliminar⁹¹, en la que se discute cuestiones previas al juicio, y la audiencia de juicio propiamente destinada a la práctica de la prueba, alegaciones de las partes y emisión de la sentencia.

La audiencia preliminar, es precisamente uno de los componentes más especiales de la reforma al proceso civil en Iberoamérica. En primer lugar, porque permite

⁹¹ Loutayf Ranea (2004) describe que se encuentran antecedentes de la audiencia preliminar en el derecho germánico de la edad media e incluso en el romano. También se encuentra cierta similitud con la fase pre-trial en el derecho norteamericano y la audiencia *summons for directions* en el derecho inglés. Sin embargo, el concepto de audiencia preliminar se le atribuye al derecho austriaco y en concreto a la ordenanza procesal de 1895 cuya autoría se le atribuye a Franz Klein.

visualizar la combinación y puesta en marcha del sistema escritural con el oral, lo que confirma que la estructuración del proceso civil bajo las nuevas tendencias tiende hacia lo mixto, no solo en lo que tiene que ver con la forma de los actos procesales, sino también a partir de la repartición de cargas entre el juez y las partes conforme al principio dispositivo e inquisitivo.

En segundo lugar, los propósitos de esta audiencia son fundamentales de conformidad con la teleología del proceso civil contemporáneo, y ello por varias razones. En primer término, porque es una etapa preliminar o si se quiere intermedia al juicio, que permite decantar cierto tipo de actividades que permitirá que el juicio se encargue de la práctica de la prueba, alegaciones y sentencia. Es una etapa filtro, que permite que al juicio no ingresen actividades que permitan dilatar o entorpecer el correcto funcionamiento de éste, esto representa lo que en teoría podría denominarse como una ventaja en términos de eficiencia y de economía procesal.

De otro lado, es la etapa donde el juez por excelencia tiene contacto directo con las partes, lo que materializa el principio de inmediación, contradicción y publicidad, y también el de concentración. De esta manera, la posibilidad de que en esta audiencia se pueda intentar la conciliación, se interroge a las partes, se pueda hacer un análisis en perspectiva de legalidad de lo realizado hasta ese momento, se deba fijar el objeto del litigio y se resuelva lo relacionado con todas las solicitudes probatorias no es más que la materialización de estos principios, y el punto de entrada del sistema oral por audiencias.

Así las cosas, las novedades procesales que empezaron a gestarse en Europa a finales del siglo XIX y que aún continúan, pusieron sus esperanzas en la oralidad, pues se pensaba -y se piensa- que ésta hacía más ágiles los procesos. De cualquier manera, la preocupación actual de las reformas se centra en garantizar el derecho a la justicia, pero en forma oportuna.

Figura 16. Estructura del proceso civil contemporáneo



Fuente: Elaboración propia

5.3.3.2 Principio de Eficiencia y Economía

Puede cuestionarse si la eficiencia y economía procesal son verdaderas herramientas o si constituyen en realidad una teleología que como tal inspira las reformas a la justicia civil. En efecto uno puede decir con base a lo planteado en el capítulo primero que las reformas que empezaron en el siglo XIX tuvieron como preocupación fundamental el tema de la duración y el costo del proceso.

No obstante, puede argumentarse que la economía procesal y la celeridad, al constituirse como fines del proceso civil, son al mismo tiempo instrumentos que determinan la actuación de los operadores jurídicos, hasta incluso tener la vocación de someter la voluntad del legislador por expresa disposición constitucional. Un ejemplo de lo anterior es la ley 1285 de 2009 que reformó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia – ley 270 de 1996-. Para este caso,

interesa destacar la reforma realizada al artículo 4, el cual establece la oralidad y la celeridad⁹² como principios de la administración de justicia⁹³.

Existe una cuestión gramatical con profundas consecuencias jurídicas que no se debe dejar pasar, y es que el espíritu de la norma establece principios de la administración de justicia y no solamente del proceso⁹⁴. La consecuencia práctica – se reitera- es que como pasó con la oralidad, la celeridad en el proceso se constituye en un imperativo que debe tener el legislador a la hora de configurar el proceso jurisdiccional – y no solamente el civil. Es un exigente mandato en la medida que el legislador no tiene elección a la hora de decidir si crea un proceso lento o rápido, sino que la norma le impone establecer un procedimiento que cumpla con los fines de la administración de justicia, pero en un tiempo razonable.

No quiere decir lo anterior que esas lógicas no permeen el proceso de creación de un procedimiento, sino más bien que ellas no deben someter el ideal de un proceso que sea respetuoso de las garantías de las partes pero que al mismo

⁹² *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.

Parágrafo Transitorio. Autorízase al Gobierno Nacional para que durante los próximos cuatro años incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente hasta el 0.5% del Producto Interno Bruto de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la oralidad en todos los procesos judiciales que determine la ley y para la ejecución de los planes de descongestión.

⁹³ Se aclara que, hasta antes de la reforma, ya la celeridad era un principio de la administración de justicia, la reforma consistió en adicionar la oralidad.

⁹⁴ . En este punto, debe recordarse, que algunos autores como De la Oliva (2012) consideran que este principio no es inherente al proceso, sino al procedimiento. Ello implica que al igual que la economía procesal, el principio dispositivo o inquisitivo, de oralidad y de escritura, no se les considere como principios jurídico-naturales sino como principios técnicos del proceso. Lo anterior se sustenta en la distinción que ha sugerido algún sector de la doctrina entre principios del proceso y del procedimiento. Los primeros serían inherentes a todo tipo de proceso, mientras que los segundos dependerían de la regulación que se haga de cada procedimiento. En este sentido, escoger entre escritura u oralidad, principio dispositivo o inquisitivo, es una elección que depende de cada procedimiento, y en que sin importar la elección que se haga, deben ser respetados los principios inherentes al proceso en general.

tiempo se realice con celeridad. Un proceso en un tiempo razonable se impone a otro tipo de discursos -como él (en teoría), por ejemplo- que impidan su puesta en marcha y su efectivización.

Obviamente esto se plantea en términos teóricos bajo el terreno del deber ser. Se tiene mucho cuidado con este tipo de afirmaciones, en la medida que la realidad demuestra que esos otros *discursos o lógicas* tienen la virtualidad de igualar e incluso superar, aquellos principios que se suponen son guías obligatorias para el legislador a la hora de configurar los procesos judiciales. Puede mirarse por ejemplo la oralidad, cuyas principales críticas, como pudo verse, no van en camino de su significación intrínseca, sino más bien a una realidad en el que la falta de voluntad política conlleva a que su implementación sea incompleta ante la escasez de recursos económicos, personal e infraestructura y a que su puesta en marcha sea por tanto defectuosa.

Ahora bien, ¿Cómo se inserta la celeridad y la economía en el discurso de las nuevas tendencias procesales?, este interrogante tiene varias cuestiones que deben mencionarse y que ayudarán en el intento de darle respuesta.

Lo primero que habría que abordar, es la implicación o el significado de la celeridad y economía procesal. Doctrinariamente, estos principios han sido entendidos como las caras de una misma moneda, pues en palabras de López Blanco (2004) implican que el "(...) las actuaciones judiciales se adelanten en la forma más rápida y económica posible, pues, como claramente lo dice DEVIS, "debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de la actividad procesal" (p. 55)

El principio de celeridad se presenta como una de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales y recibir decisión de fondo, pero en un tiempo razonable. No significa, pues, solamente, que el asociado puede acudir ante los tribunales que el Estado dispone

para ello, sino que estos deben darle respuesta – ya sea favorable o desfavorable a sus pretensiones- en un tiempo razonable.

Los principios de celeridad y de economía procesal, suponen una maximización de los recursos existentes, lo cual indica que no hay recursos ilimitados. Los recursos necesarios para el funcionamiento de la administración de justicia suponen la existencia de muchos debates en materia fiscal, pues al lado de los intereses que se propone el Estado con la justicia, existen otros como la eficacia de los derechos fundamentales y sociales que de igual manera admiten para el Estado un gran gasto en términos económicos.

Del mismo modo, el hecho de que deban maximizarse esos recursos escasos conlleva a que, a la hora de configurar un procedimiento, se busque un perfecto equilibrio -ontológicamente complejo—entre un proceso con respeto de todas las garantías, pero al mismo tiempo poco costoso para el Estado y el asociado y además expedito.

Ahora bien, esto supone que la celeridad y economía tengan una doble naturaleza, primero como herramienta, es decir, como un mandato a los funcionarios jurisdiccionales sobre la forma en que se deben gestionar los recursos existentes, y en segundo lugar como fin, es decir, la aspiración de un proceso más eficiente en términos de duración y costos.

Por otro lado, de lo anterior se pueden detectar dos intereses en principio contrapuestos, de un lado, un proceso con garantías, y del otro un proceso abaratado y rápido. Viabilizar la efectivización de ambos intereses, supone una revisión completa de cómo están estructurados los procedimientos, esto es, sus etapas, recursos, oportunidades procesales, que en determinados casos pueden implicar el sacrificio y reducción de algunos de estos en aras de acelerar los tiempos del proceso.

Y esto no es para nada sencillo, mírese que la eliminación de una determinada oportunidad procesal, etapa, recurso, etc., siempre va a ser analizada desde la medida de la presunta afectación de una determinada garantía procesal. Es decir, celeridad, economía procesal, y un proceso con garantías, siempre se medirán en función del otro, pues es claro, que la configuración de un proceso rápido y menos costoso tendrá como trasfondo la necesidad de evitar al máximo la afectación de las garantías procesales.

Esta dicotomía entre proceso eficiente y garantista ha hecho que el discurso del efficientismo no cale favorablemente en algún sector académico, que ve en el mismo, el sacrificio de intereses de gran valor en aras de procesos rápidos llamados a engrosar las estadísticas que legitiman un apenas aparente correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Situación que conlleva al siguiente cuestionamiento ¿En dónde queda la calidad de las decisiones judiciales?, ¿Lo que importa es emitir sentencias que internamente sean defectuosas ante un incorrecto ejercicio probatorio y deficiente de las partes para con sus derechos?

Al respecto, Barona Vilar (2017, p.23), realiza una fuerte crítica al discurso del efficientismo, al hablar de un cambio de perspectiva en el siglo XXI según la cual, de la mano de un proceso de globalización jurídica, se ha producido una homogenización de las reformas procesales a nivel global en las cuales predominan los criterios de eficiencia y garantía sobre los de eficacia.

Para la autora su preocupación por la demolición del proceso como un instrumento garantista de los ciudadanos, va dirigido a la consecución del derecho fundamental a la justicia. La visión economicista –reducción de gastos- ha influenciado reformas a nivel global, lo que ha minimizado el proceso. Es así como en el siglo XXI impera la necesidad de un proceso barato y de corta duración, lo

cual se agrava debido a que el sistema no tiene los medios adecuados para dar respuesta, por lo que se presenta un descontento social con la justicia.

No en vano plantea que los valores del siglo XXI no son los mismos que los de antes lo que repercute de manera directa en el proceso, los consumidores reemplazan a los ciudadanos:

“Lo sublime es la economía, y todo se mide bajo parámetros de coste-beneficio; el proceso no es instrumento de justicia, probablemente porque también la justicia ha dejado de ser uno de los valores del ordenamiento jurídico, estandarte de la sociedad moderna, para convertirse en un servicio para consumidores y usuarios, a quienes lo que importa es el resultado, no es el mejor, sino resultado sea el que fuere”. (Barona Vilar, p. 23)

Con ese planteamiento lo segundo que habría que mirar -de cara al interrogante inicialmente proyectado- es la forma en que la lógica de la economía procesal y de la celeridad, se ha convertido en elementos esenciales del discurso de las nuevas tendencias procesales. Por ello no es coincidencia que la reforma realizada en el 2009 a la ley estatutaria de la administración de justicia, reglamentara en la misma disposición la oralidad y la celeridad.

Y ello es así, porque el pensamiento que empezó a gestarse desde finales del siglo XIX hasta la actualidad ve en la oralidad el instrumento por excelencia para lograr que los procesos sean menos costosos y más rápidos. Como se mencionó anteriormente, bajo el pensamiento publicista que sustenta las tendencias contemporáneas, oralidad y celeridad están íntimamente ligados.

La celeridad acompañada de la economía procesal, se erigen como otro de los elementos esenciales del discurso de las nuevas tendencias, resumidas en una especie de triangulo según el cual un juez como mayores poderes de dirección formal y material, en un procedimiento marcadamente oral, puede hacer que los procesos duren menos y sean igualmente poco costosos.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que los discursos de eficiencia y oralidad no son aplicables respecto de la justicia civil, sino que permean todo el proceso de estructuración de la función jurisdiccional en cabeza de la administración de Justicia. Pese a la preocupación planteada por Barona Villar en razón del predominio de estos discursos sobre las garantías, no es menos cierto que el asociado encabeza el malestar generalizado ante el deficiente funcionamiento de la justicia.

En todo caso, se considera que no será fácil buscar ese equilibrio, pues como ya se ha reiterado, la reducción de los procedimientos supone en el fondo una presunta afectación de garantías que en un momento determinado se considerara como basilar en el funcionamiento del proceso.

5.3.3.3 Dirección del Proceso: Aumento de los poderes del Juez

De la manera que se ha venido trazando el nuevo discurso de las tendencias procesales, no resulta raro hablar que un juez activo, es una de las características fundamentales a la hora de hablar de las nuevas tendencias en la configuración del proceso civil, en efecto ya es más que claro que desde finales del siglo XIX las reformas procesales que sean venido gestado en el mundo han tendido a aumentar los poderes del juez como parte del nacimiento de una nueva forma de estudiar el papel de la jurisdicción en la sociedad.

Lo que, si resulta por lo menos curioso, es la adopción de la dirección del proceso como un principio de este. Se discurre que las consecuencias jurídicas y políticas son lógicas, o apenas claras teniendo en cuenta el análisis realizado previamente a la oralidad. Jurídicamente implica que el principio de dirección del proceso se erige en una guía vinculante para el juez, es una especie de luz que irradia todas las actuaciones de aquél como director del proceso.

Este tipo de afirmaciones, no deben tomarse aisladamente, sino como parte de toda una construcción sistemática en el que la oralidad, la eficiencia y la dirección del proceso hacen parte de un mismo discurso. De esta manera, cuando se afirma que el principio de dirección del proceso es una guía vinculante para el juez, lo que se quiere es determinar que todas aquellas actuaciones que vayan en contra del ideal de una justicia pronta y eficaz deben ser controladas por el juez a través de los poderes y facultades que la ley le otorga.

Políticamente hablando, se quiere indicar que el legislador se autoimpone una forma de estructurar el proceso civil, organización según la cual la idea de un juez pasivo no tiene cabida en el nuevo discurso contemporáneo, pues ve en el protagonismo del juez una de las herramientas esenciales para lograr los fines de la justicia civil actual.

Ahora bien, necesario es preguntarse ¿Qué implicaciones para el proceso tiene el principio de dirección del proceso? Este cuestionamiento puede responderse desde dos puntos de vista, desde el primero a partir del estudio de los poderes y facultades de juez en ejercicio de su función jurisdiccional, y el segundo desde el juez como un gerente o administrador del proceso.

5.3.3.4 Poderes procesales y materiales del Juez Civil en el Proceso

Al abordar el tema de los poderes del juez en el proceso, se habla de unas atribuciones de naturaleza formal o procesal y otros de carácter material. La enmarcación de estos poderes se encuentra inmersa en la distinción entre un sistema dispositivo o inquisitivo de configuración del proceso.

El núcleo de los poderes de dirección formal y material, gira en torno a si las facultades del juez tienen la vocación de afectar el objeto del proceso, por ello, el tema se analiza desde quienes poseen la facultad de iniciar el proceso, impulsarlo, aportar los hechos y la prueba. De esta forma, las facultades procesales serían

aquellas en las que se controla la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que este se desarrolle adecuadamente entre sus fases.

Estas facultades de dirección procesal o formal no tendrían la vocación de afectar el fondo del proceso, sino que su naturaleza gira en torno al control de los presupuestos procesales, en el cual se vigila la admisibilidad de la pretensión de cara a la posibilidad de emitir una decisión de fondo, es decir, el control de la existencia misma del proceso, y a su vez el impulso del proceso en sus fases.

Las facultades materiales se estudian a partir del principio de aportación de parte, es decir, desde quienes deben aportar los hechos y la prueba al proceso. Que el juez tenga facultades materiales, implica que esté en algún grado tiene la posibilidad *motu proprio* de aportar hechos y pruebas distintos a los propuestos por las partes, toda vez que los sistemas inquisitivos en su formulación pura permiten que el juez así lo haga.

En este punto el asunto de los poderes formales y materiales del juez asume unos más que claros rasgos de complejidad doctrinal y política. Doctrinal por cuanto se vuelve al estudio de clasificaciones y denominaciones en torno a conceptos como dispositivo, aportación de parte, investigación oficial, y sus consecuencias. Y político porque la discusión doctrinal va de la mano de un fuerte debate ideológico en torno al papel del juez en el proceso. En este punto no existe consenso respecto de que manifestaciones del principio de aportación de parte tienen la vocación de incidir en el objeto del proceso, puesto que autores como Montero Aroca, Cipriani, Alvarado Velloso y otros sostienen que radicar la aportación de hechos y prueba en el juez, afecta el fondo y el contenido del proceso mismo, y en consecuencia inciden directamente en el objeto del proceso.⁹⁵

⁹⁵ En un apartado posterior, se estudiará este debate desde sus consecuencias ideológicas partiendo de la discusión Publicismo vs Garantismo.

En todo caso, las nuevas tendencias procesales, descansan en una especie de combinación del sistema dispositivo con el inquisitivo, y por tanto sería un error predicar la configuración de un proceso civil bajo un esquema puro. En efecto, se sigue manteniendo la idea como regla general, de que son las partes quienes deben iniciar el proceso, dejando la iniciativa de oficio a ciertos casos excepcionales que tienen un especial interés público, como por ejemplo aquellos casos de familia relacionados con menores de edad.

La aportación de los hechos sigue quedando reservada a las partes, por lo que la fijación del litigio se realizará a partir de lo que ellas llevan al proceso. En materia probatoria, el juez adquiere ciertas facultades o potestades como la posibilidad de aportar prueba de oficio. La naturaleza de potestad o facultad de la prueba de oficio viene determinada por la regulación específica de cada ordenamiento jurídico, por lo que ésta puede regularse como un verdadero poder-deber para el juez o como una mera posibilidad.

Al respecto deben comentarse algunas cuestiones. Lo primero sería que las nuevas tendencias no despojan a las partes de probar los hechos que ellas lleven al proceso, sino que se radica una carga procesal⁹⁶ para las partes y una especie de obligación para el juez de aportar todas las probanzas necesarias que permitan lograr la verdad, en esta medida, las normas sobre carga de la prueba se siguen manteniendo, reflexionando acerca de la iniciativa probatoria del juez como complementaria.

Lo segundo es que la manera en que se otorguen estas facultades probatorias puede asumir diversas formas, desde dotarle de libertad total de aportar las pruebas que considere necesarias para formarse su convicción, hasta permitirle dicha facultad supeditada a ciertas restricciones (Picó I Junoi, 2011. p.128-133).

⁹⁶ Sobre las cargas procesales en el ordenamiento jurídico colombiano y concretamente en el CGP, se puede acudir a la sentencia C 086 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En todo caso, aquí radica el núcleo del debate en torno a qué facultades se le pueden otorgar al juez.

5.3.3.4.1 El Juez Como un Gerente o Administrador

Que la jurisdicción es una función, eso es algo más que claro, al menos desde el punto de vista doctrinal, además que en un Estado de Derecho dicha función se radica en el poder judicial, es decir, en los jueces⁹⁷. Sin embargo, cuando se habla de poder judicial ocurre un fenómeno reduccionista que tiende a considerar que este se compone únicamente de los jueces.

No obstante, detrás del poder judicial existe una gran organización judicial cuya materia prima parte de ciudadanos que cumplen diversas funciones, que incluye a los mismos jueces, pero que también se compone de otro personal que también es indispensable en la labor de administrar justicia.

En este orden de ideas, la labor del juez como director del proceso, no puede ser estudiada únicamente desde su rol de “juez”, sino también como el líder de una oficina judicial que debe trabajar coordinadamente con el objetivo de sacar adelante las causas que lleguen a su conocimiento.

Las ideas del *Case Management* anglosajón han dotado la labor del juez de una especie de corporativismo, en el sentido de que este debe gerenciar el proceso no solamente desde el punto de vista jurisdiccional sino también desde el ámbito administrativo⁹⁸. El ideal de una justicia pronta determina que cuando el juez

⁹⁷ Esta afirmación se realiza como una regla general, pues es preciso no olvidar que han emergido nuevas formas de administrar justicia que involucran a los particulares, como los MARCS y el arbitraje.

⁹⁸ Sobre este punto afirma Soto (2016): Uno de los aspectos de mayor relevancia es la clara distinción entre las funciones jurisdiccionales y las funciones administrativas que se desarrollan simultáneamente en el seno de los organismos de administración de justicia. Las primeras mencionadas se componen por las decisiones judiciales que los ciudadanos persiguen con sus peticiones; las segundas son todas las actividades indispensables para que aquellas puedan ser emitidas satisfactoriamente, en términos de eficiencia (p. 11)

gerencie un proceso, realice un fuerte monitoreo y control de las causas que ingresan desde su comienzo hasta su finalización.

En este sentido, en el ámbito de la organización judicial, de la oficina o despacho del juez, también le son aplicables conceptos más propios del ámbito empresarial, como lo son modelos de gestión como una técnica para la administración de la oficina judicial (Soto, 2016 P11-21). La gestión judicial en sede administrativa implica para el juez por un lado un conocimiento de su realidad, es decir, de los recursos disponibles y de las obligaciones existentes en coordinación con el estudio de los plazos.

A juicio de Soto (2016), se hace necesario un factor mental e incluso cultural de la función del juez en el proceso, y es un cambio, superación o reemplazo de "(...) ciertos hábitos forenses muy arraigados, tributarios de la pasividad judicial, a través de una interpretación exacerbada y deformante del principio de iniciativa de parte." (p. 12).

Esta nueva forma de gestión judicial tiene una relación muy cercana con la adopción de la oralidad, y quizá, de una manera más precisa, con la adopción de un proceso civil por audiencias (Chayer y Marcet, 2016. p.3-9), lo anterior debido a que la combinación de un sistema escritural y una alta congestión judicial hacía que en muchos casos los procesos no tuvieran contacto con el juez, sino precisamente con otros colaboradores que hacen parte de la oficina judicial.

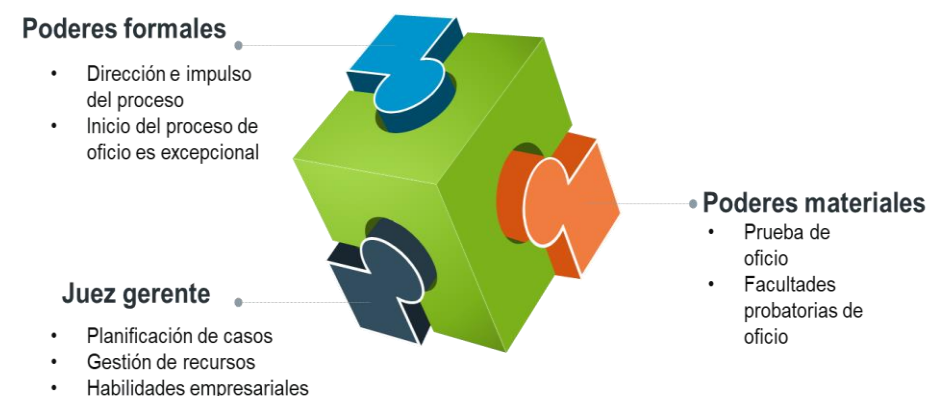
Sin embargo, el sistema de audiencias al mismo tiempo supone un mayor compromiso tanto para el juez como para el personal a su servicio. Por ello es viable, determinar un control preciso de las funciones que desempeña el juez y sus funcionarios, de la agenda de las audiencias y sus posibles inconvenientes en materia de tiempo, de los plazos de las causas, y el número de éstas en función de ingresos y egresos.

Ahora, estos modelos de gestión requieren de un factor político trascendental que influye en el éxito de la gestión judicial y en general de un proceso civil por audiencias orales. Dicho factor político lo determina la voluntad de destinar el presupuesto necesario para el funcionamiento de la prenombrada gestión. Un sistema de audiencias concentradas requiere de recursos de personal, instalaciones, y recursos materiales necesarios para el funcionamiento necesario.

El análisis de los recursos con que cuenta el juez será importante en la medida con que éste cuente con los recursos necesarios para afrontar la carga laboral existente en el despacho.

Bajo ese entendido, por más que exista una correcta gestión judicial por parte del juez de los casos, esta será insuficiente sino cuenta con recursos mínimos que permitan dar cuenta de la agenda y plan de trabajo previamente elaborados. En este sentido, la falta de recursos redundará en que los niveles de ingresos sean sustancialmente superiores a los egresos trayendo como consecuencia congestión judicial. Finalmente, este aspecto de la dirección del juez también lleva de suyo un componente de capacitación del juez en materia de los modelos de gestión empresarial, a fin de tener conocimientos que le permitan elaborar un modelo eficiente que tenga en cuenta todas las variables que inciden en la gerencia de los procesos.

Figura 17. Recursos mínimos de ejecución de un juez



Fuente: Elaboración propia

5.3.3.5 El fenómeno de la desjudicialización

Una de las razones esenciales que inspiran las continuas reformas al proceso civil, parte del reconocimiento de los altos grados de congestión de la justicia civil, la cual genera graves implicaciones en materia de legitimidad, ante la percepción de una administración de justicia lenta y costosa.

El proceso jurisdiccional históricamente ha estado edificado sobre la base de una cultura litigiosa, de manera que ante el conflicto de intereses la sociedad acude al Estado para que lo dirima, ¡esa es la razón de ser del proceso! Pese a lo anterior, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha buscado atenuar dicha cultura con otro tipo de mecanismos que sin reemplazar al proceso lo complementen.

Estos mecanismos en esencia buscan desjudicializar ciertas causas, a través del otorgamiento de función jurisdiccional a funcionarios diferentes a los judiciales, ya sea a particulares o a autoridades administrativas. El proceso conserva su posición preferencial, pero para ciertos casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico, se busca que aquel sea la última opción del asociado. Este es el concepto central, opciones, el asociado ante un conflicto de interés tendrá otros mecanismos que podrá utilizar antes de llegar al proceso, ya sea porque lo haga voluntariamente o porque la ley expresamente así lo disponga.

Así pues, los MARC´s, el arbitraje, y el ejercicio de función jurisdiccional por parte de autoridades administrativas son manifestaciones de ese fenómeno de desjudicialización, por lo que pasaran a estudiarse, dada la prevalencia e importancia que ha tenido en los procesos de reforma a la justicia a nivel mundial.

5.3.3.6 Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: MARC´s

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, se insertan en el discurso de las nuevas tendencias procesales, como una forma de buscar nuevas formas de justicia que incluso podrían enmarcarse en el discurso de la justicia eficiente. Barona Villar (2017) en su crítica al discurso de la justicia eficiente, destaca la emergencia de otras formas de justicia civil diferentes al proceso, como consecuencia de la evolución de la conflictividad, arguyendo que, entre estas nuevas formas de justicia, puede destacarse a los aquí mencionados.

Es así que se vuelve imperativo abordar dos situaciones- aunque de manera superficial- a efectos de dar ilación a la presente investigación. Lo primero es aludir desde cuándo, en términos históricos, puede decirse que los MARC´s se configuran como uno de los elementos esenciales en las nuevas tendencias procesales, y en segundo lugar la manera en que lo hacen y los problemas o dificultades que los mismos suponen en términos dogmáticos.

En relación con lo primero, puede decirse que se encuentran antecedentes de los MARC´s incluso desde la antigüedad, citando a Macho Gómez (2014. p.933), la mediación como forma de solución de los conflictos en el que interviene una tercera persona neutral ha sido una práctica constante en las diversas sociedades, comunidades y culturales.

Por ello, luego de auscultar se evidencia que el proceso de evolución histórico de los MARC´s puede ser estudiado desde la misma evolución histórica del nacimiento del Derecho y del proceso jurisdiccional estatal (Da Silva Orcoyen, 2014. p.9-12). Empezando por las primeras asociaciones primitivas en las que primaba la ley del más fuerte, hasta llegar a formas de solución por un tercero en gran medida debido al aumento de las poblaciones, de los bienes y servicios y por tanto de las causas que son la fuente originadora de los litigios.

No obstante, de notoria relevancia es de aterrizar en un periodo histórico en concreto, y es aquél en el cual se produce un movimiento encaminado a robustecer la importancia de estos mecanismos en el Estado de Derecho. Se habla del movimiento de los ADR – *Alternative Dispute Resolution*- cuyo origen se ubica en los Estados Unidos primero en los años 30, luego en la década de los 70 y luego en lo que se conoce como el Case Management de los 90.

En efecto, la primera referencia se encuentra como consecuencia de la gran depresión del 29, que ocasionó una crisis económica a nivel mundial. En este periodo tuvo mucha relevancia la mediación sobre todo a nivel laboral. Según Macho Gómez (2014. p.939-944), las políticas intervencionistas del *New Deal* jugaron un papel central en la recuperación de la mediación, pues en efecto la *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935 y; la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935, se erigieron en los pilares fundamentales del New Deal, y en concreto de la mediación laboral.

El segundo momento se ubica en los años 70 pero con un paso previo en los 60, década considerada como un término de descontento y conflicto generalizado, caracterizada, entre otros acontecimientos históricos por la guerra de Vietnam, los disturbios estudiantiles, la lucha por los derechos civiles, y el papel emergente de la mujer en la sociedad (Macho Gómez, 2014. p.944). Como consecuencia de este periodo histórico, se produjo la ampliación en el uso de la mediación a otros ámbitos como la familia y los derechos colectivos a través de la mediación comunitaria. En consecuencia, en los años 70, ya existía una ampliación de la mediación en diversos campos. Seguidamente para el año de 1976 nace el movimiento *Alternative Dispute Resolution* – el cual abreviaremos en adelante con las siglas ADR, como resultado de la *Pound Conference*, cuyo objeto era analizar, examinar y proponer alternativas a la ineficiencia del sistema judicial estadounidense.

De manera secuencial, y conectándose con el tercer instante en el que emerge la teoría del Case Management, la ineficiencia del sistema de justicia se erigió en uno de los temas centrales de la política legislativa y del sector académico. En los años 90, la utilidad de los ADR como forma de descongestionar la justicia fue un tema que se expandió alrededor del mundo a través de la diversas reformas que se realizaron en países como Inglaterra o Australia (López Medina, 2004).

Estas reformas, conocidas como *Case Management* o gerencia judicial de casos, no solamente se enfocaron en descomplejizar los procedimientos y reforzar el papel director del juez, sino en promover los ADR como una forma de evitar los juicios. La fase *pre trial* característica del proceso anglosajón, se convierte en una etapa fundamental, pues no solamente se destina a realizar todos los actos preparatorios del juicio, sino que es también una etapa en la que las partes pueden llegar a acuerdos que permitan evitar el desarrollo del Trial.

Si bien entonces, desde los años 30 se encuentra un antecedente de la recuperación de los MARC's para diversas causas, puede decirse que a partir del 70 y sobre todo de los 90, estos ocuparon un papel central en las políticas de reforma a la administración de justicia, y por tanto uno de los elementos fundamentales en materia de configuración contemporánea del proceso civil.

5.3.4 Tendencias Procesales Contemporáneas e ideología: Publicismo y Garantismo

Hasta este punto es claro afirmar que las denominadas tendencias procesales giran en torno a unos elementos fundamentales. Dichos elementos parten del reconocimiento a finales del siglo XIX de que el proceso era costoso y sumamente demorado, y para solucionar esa situación se propuso, afincar en la oralidad, celeridad, economía y en la reconfiguración del papel del juez en el interior del proceso a través de un aumento de sus poderes y facultades, y posteriormente en

los 90's por medio de los MARC, buscando formas de hacer una administración de justicia pronta y eficaz.

Este ideal se ha concretizado en la configuración de un proceso civil de naturaleza mixta, en el cual se produce una atenuación del principio dispositivo, debido a la reformulación de las facultades de dirección formal y material del juez civil, y por otro lado en la convivencia de un sistema escritural con predominación de la oralidad.

La configuración de un proceso civil bajo estas características ha traído como resultado el nacimiento de un debate de grandes dimensiones, entre quienes defienden el papel del juez activo al interior del proceso – los cuales se les conoce como publicistas- y quienes defienden un proceso civil garantista sustentado en el principio dispositivo de base liberal- denominados garantistas.

Infortunadamente, el origen del debate ha pasado de ser un enfrentamiento académico en que se defienden posiciones con base teórica, para ser una discusión altamente personalizada en que incluso la crítica académica sucumbe ante los ataques personales. El fondo de la cuestión se ha dejado permear por las ideologías que se pregonan, lo que ha hecho que muchos de los comentarios estén cargados de ideas politizadas, por lo que la crítica a las posiciones individuales en torno a temas políticos ocupa un lugar central en la discusión.

Se tiene que el debate se gestó con ocasión de la discusión y promulgación de un nuevo estatuto civil en España en el 2000⁹⁹, oportunidad que Montero Aroca (2011) encontró para “(...) exteriorizar, la preocupación por las bases ideológicas de los cuerpos legales” (p. 15). El momento se dio en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizada en San José de Costa Rica en el año 2001, en el que presentó la ponencia titulada “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”. Lo expuesto en su momento tuvo una gran recepción

⁹⁹ Se trata de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

en el jurista italiano Franco Cipriani, quien ha sido el encargado de divulgar los pensamientos del Profesor Montero Aroca en Italia, tomándose el trabajo inclusive de traducir los textos al idioma italiano.

La publicación de esta ponencia -posteriormente libro- ha generado que hagan parte del debate autores de gran renombre como el mismo Cipriani, Alvarado Velloso, Monteleone, Verde, Picò I Junoi, Taruffo, Nieva Fenol, entre otros. El debate que se han generado en torno a este aspecto pueden clasificarse en tres posiciones, el primero por los denominados publicistas, los segundos los revisionistas, garantistas o negacionistas, y el tercero que puede considerarse como una posición intermedia, pues comparten elementos de uno y otro bando.

Entre los garantistas, puede mencionarse a Montero Aroca cuya posición se fundamenta en gran parte del estudio del Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, y de la *Relazione Grandi*, considerada como el preámbulo de la anterior (Parra Quijano, 2004. p 51-55), en el que el Ministro de Justicia del régimen fascista en la Italia de aquella época, realiza una exposición del contenido del nuevo estatuto civil.

Destáquese que dicho estatuto civil se adhiere a la tendencia de la época en lo que toca con la reforma al proceso civil que comenzó con el estatuto de Klein, y que pregonaba una posición más activa del juez en el proceso civil. El estudio del estatuto italiano le permite a Montero Aroca concluir que éste es un código fascista y en tanto autoritario por ser una expresión del régimen imperante en Italia. La difusión de la posición de este doctrinante ha generado un debate de grandes proporciones, con una gran riqueza doctrinal, pero luctuosamente con argumentos subjetivos por la fuerte connotación ideológica del debate.

En todo caso, en lo tocante a esta discusión, su referencia parte con la denominación publicismo vs garantismo, en el cual, los poderes de dirección formal y material del juez junto con el factor ideológico ocupan un lugar central en

la discusión. En el siguiente apartado se realizará una descripción breve de ambas corrientes.

5.3.4.1 Teoría Publicista

Antes de abordar el debate como tal, se considera pertinente realizar al menos una descripción de que lo debe entenderse por publicismo y garantismo. Como holgadamente se ha planteado a lo largo de estas páginas, el ideal de un “proceso civil privatista” dominó a toda Europa durante casi todo el siglo XIX y hasta finales de este, ello debido, a la influencia del código de procedimiento civil francés de 1807 (Van Rhee, 2011. p. 19-25), el cual permeó muchas de las reformas de ese siglo como consecuencia de la expansión territorial de la Francia Napoleónica.

No obstante, a finales del siglo XIX con el nacimiento del publicismo procesal, acogiendo las ideas de Anton Menger, y de la codificación procesal civil de Klein de 1895, se produce una reacción en contra de las ideas liberales que veían en el proceso civil, la tutela y garantías de derechos absolutamente privados. En palabras de Cappelletti (1973. p.43-85), se produjo una socialización, moralización o publicización del proceso civil.

Curiosamente, uno de los que mejor puede describir la ideología publicista es Franco Cipriani, (1995) entre los principales detractores de tal corriente. El publicismo a grandes rasgos, defiende la idea de que, si bien los derechos de las partes son privados, al interior de este existen otros derechos sociales que pueden ser incluso superiores a los de aquellos, y en lo que el Estado tiene un fuerte interés en su defensa. La independencia del derecho procesal del sustancial deviene en la afirmación de que el proceso es de naturaleza pública y el Estado tiene un firme interés de que éste funcione correctamente.

Esto trae como consecuencia, de que las partes no puedan ser dueñas absolutas del proceso, sino que el juez, quien es representante del Estado, tenga un papel

activo al interior del proceso. El resultado es pues un aumento de los poderes y facultades de juez, encaminados, por un lado, a defender esos intereses sociales, y por otro a buscar que el proceso se realice correctamente en pro de que este se realice en un tiempo razonable.

Esto implica que el juez tenga facultades en materia de impulso procesal, de carácter probatorio y facultades administrativas. Esto se conoce -como ya se mencionó en páginas anteriores- como poderes de dirección formal, es decir, aquellos que no tienen vínculo con la relación material que se discute, y los poderes de dirección material, por otro lado, que inciden directamente en el fondo del asunto.

El publicismo, podría decirse, ve en el juez un actor que puede lograr la igualdad de las partes en el proceso, y además alcanzar la búsqueda de la verdad – como una condición de la justicia de su decisión- a través del uso de sus facultades probatorias, además de la posibilidad de sancionar a las partes cuando no cumplan con sus deberes procesales que atenten contra el correcto funcionamiento del proceso.

El proceso jurisdiccional, por eso es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que viene a ser el principal interés público del Estado, y ello por cuanto es la principal herramienta con que éste cuenta para la aplicación correcta del derecho objetivo. El Estado tiene un especial interés en que el proceso se desarrolle correctamente, lo que deviene en que las partes no puedan ser dueñas absolutas de su desarrollo. Por otro lado, existen ciertos derechos que amén del interés privado, tienen también una connotación social que supera ese interés particular, debiendo el Estado garantizar esos derechos a través del proceso.

Mírese que en el trasfondo de los elementos del publicismo, se observa una fuerte concepción publicista de la jurisdicción, entendida ésta no como una función al servicio de la solución de las controversias privadas sino al servicio del imperio del

derecho. Por una especie de razonamiento lógico-deductivo, hablar de jurisdicción como garante del derecho objetivo, supone la visión de un juez cuya actividad sea más de un garante de ciertas reglas, sino también una actividad adicional al servicio de los fines del proceso.

5.3.4.2 Teoría Garantista

Por garantismo puede entenderse como: “(...) un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos” (Ferrajoli, 2006, p. 3). Este garantismo ha tenido un amplio desarrollo en el campo del derecho penal como teoría y como práctica jurídica encaminada a la minimización del poder punitivo del Estado, pero cuya ideología ha sido extensiva a la justicia civil a través del planteamiento de ciertos elementos esenciales de un proceso civil garantista, posición que puede encontrarse de manera destacada en los trabajos de Alvarado Velloso (2011).

Con ocasión de las reformas al proceso civil que comenzaron a gestarse a finales del siglo XIX y hasta la actualidad, ha nacido una corriente que puede denominarse garantista que defiende la idea de la defensa y garantía de los derechos constitucionales o fundamentales de las partes en el proceso para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido (Gozaíni, 2010. p. 28-30).

El garantismo como corriente ideológico-procesal ha tenido otro tipo de denominaciones como revisionistas o negacionistas¹⁰⁰, en la que en su trasfondo existe cierto ánimo peyorativo de parte de sus detractores. Este garantismo, en palabras de Alvarado Velloso (2011. p. 228) ve en el proceso un método dialéctico de debate en el que las partes en igualdad de condiciones sometan ante un juez imparcial su conflicto. El garantismo no ve con buenos ojos el aumento de los poderes del juez civil, pues se afirma, afecta la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes.

¹⁰⁰ Franco Cipriani (2011), en su ensayo “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas” aborda un poco la extensión del debate ideológico que ha suscitado la posición autoritaria respecto del Código Procesal Civil italiano de 1940.

El garantismo sustenta su posición en la defensa de la ideología liberal del siglo XIX que a partir de la proclamación de la libertad y de la igualdad, se materializaba en el campo del proceso en una concepción privatista de éste y de la jurisdicción. Esta visión lleva a que el proceso sea una forma de proteger las libertades de las partes.

Para esta corriente doctrinaria otorgarle poderes materiales al juez, a la par de principios como la lealtad y buena fe procesal, atentan contra dicha ideología liberal al eliminar la concepción de derecho subjetivos individuales en lugar de unos derechos de naturaleza colectiva o social. Esto les permite a los garantistas, tratar de una misma forma los estatutos procesales fascista, comunistas, nazi, bajo la denominación de estos como autoritarios como descripción del publicismo.

De esta manera, la finalidad del proceso bajo la concepción garantista no es más que la solución de controversias privadas, y bajo esta perspectiva, la función de la prueba no es investigativa, por el contrario, es confirmativa de las proposiciones de las partes, por lo que al proceso no le interesa alcanzar la *verdad real* sino “el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley. Por tanto, no se ocupa de probar hechos litigiosos.” (Alvarado Velloso, 2011, p. 239).

Es así como los principios del proceso enfocados a garantizar las libertades y derechos de las partes son superiores a la misma verdad (Montero Aroca, 2002. p. 35-38), por lo que el proceso es “(...) “organismo de lucha” en el cual se desarrolla “una verdadera batalla”, que se hace para ganar (o para perder lo menos posible) y que cabe esperar ganar únicamente si se demuestra al juez tener la razón.” (Cipriani, 2011, p. 289-290)

5.3.5 Elementos Estructurales del Debate garantismo vs publicismo

Los elementos estructurales del debate publicismo-garantismo, puede ser analizados a partir de 2 componentes: Un teórico o dogmático y un histórico - ideológico.

5.3.5.1 Componente Teórico o dogmático

Este componente gira en torno a los poderes de dirección formal y material del juez. En lo tocante al principio de aportación de parte, esto es, quien ingresa al proceso los hechos y la prueba, se tiene que, con la concepción liberal, estas facultades deben estar reservadas a las partes, mientras que para la concepción publicista -en su más extrema configuración- defiende que al juez también le están reservadas dichas competencias.

La escisión del principio dispositivo y principio de aportación de parte divide a la doctrina respecto de entender cuáles elementos son asuntos de técnica procesal y por tanto reservadas a la facultad del legislador. Montero Aroca (2011) explica que, para los publicistas, la posibilidad de que el juez pueda intervenir en materia de hechos y de prueba es un asunto meramente político:

Resulta de ésta manera que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se acaba convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador, y desde esa pretendida técnica se me acaba imputando que estoy politizando la cuestión cuando me limito a decir que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser el reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil. (Montero Aroca, p. 161)

En cambio, autores como Picó I Junoi (2011. p.117-120) aportan una posición *intermedia*, al menos respecto de este punto, al considerar que el principio dispositivo junto con el principio de aportación de parte en materia de hechos, tiene fundamento constitucional insoslayable, de esta manera, el juez civil solo

puede pronunciarse a partir de una demanda de parte, y según lo dispuesto por los litigantes. La posibilidad de que el juez pueda intervenir en materia de hechos, si influye sustancialmente en el fondo o la materia del debate y por tanto del objeto del proceso. No ocurre lo mismo respecto del principio de aportación de parte en materia probatoria, el cual si tiene un connotación técnica -que no inmune a concepciones políticas-y que está sustentada en el carácter social del Estado en lo que tiene que ver a la consecución de ciertos fines estructurales como la justicia, la verdad, la paz social, la eficacia de los derechos, entre otros.

Cabe advertir, que los garantistas no se oponen al fortalecimiento de los poderes del juez, pero solamente de aquellos que tienen una naturaleza formal y no inciden en el fondo del debate. No obstante, la configuración de un proceso civil influenciado bajo los postulados publicistas no ha supuesto una estructuración pura de aquellos, y por tanto la eliminación del principio dispositivo. En materia de aportación de parte, la posición de Picò I Junoi (2011), se ha visto reflejada en la decisión del legislador, adoptando los postulados publicistas con ciertas restricciones.

El proceso solo puede comenzar a partir de demanda de parte, siendo la iniciativa de oficio excepcional, y fijada de manera precisa por la ley, pues son las partes las únicas que pueden delimitar el objeto del litigio a partir de los hechos que ellas mismas aporten. En materia probatoria, se permite que el juez pueda tener iniciativa de oficio, pero algunos ordenamientos procesales limitan esta actividad a ciertas restricciones, como por ejemplo que se limite a hechos solamente discutidos en el proceso, a las fuentes probatorias que se deriven de la misma causa y que se permita ejercer el derecho de defensa respecto de la iniciativa probatoria del juez (Picò I Junoi, 2011. p.125-128).

La constitucionalización de diversas ramas del derecho, incluyendo al derecho procesal, determina que éste quede indisolublemente sometido a los postulados constitucionales que, en su calidad de normativos, suponen su aplicabilidad y su

defensa jurisdiccional. La postulación de la justicia como un fin y valor del Estado, supone que la concepción del proceso como un “organismo de lucha” no sea acorde con el ideal de una decisión justa.

Para el garantismo, lo fundamental inclusive por encima de la misma verdad, es que en el proceso se respeten las garantías de imparcialidad e igualdad de las partes, y que la decisión del juez sea como consecuencia de un proceso justo, adquiriendo su decisión tal naturaleza, sin importar que los hechos sean o no acordes con la realidad, sino que las partes se hayan batido con respeto de sus garantías.

Ya incluso desde ramas ajenas al derecho como la filosofía y la epistemología, se ha reconocido el logro de la verdad absoluta como una barrera del conocimiento humano solo reservado a lo metafísico o al mundo de las ideas. Pese a ello, no se ha dejado de reconocer que el proceso es una herramienta epistémica (Taruffo, 2006. p. 267-279), que busca en gran medida alcanzar cierto tipo de verdad.

Las limitaciones a este fin no solo son inherentes al proceso sino a la búsqueda del conocimiento en general. Por ello el ideal de un valor justicia concretizado en el proceso, supone que la decisión del juez se base en la prueba de ciertos hechos más o menos cercanos a la realidad. Mírese que no puede existir una contradicción entre el respeto de los derechos de las partes en el proceso y la búsqueda de la verdad, al contrario, puede pensarse que tales elementos son necesarios para denominar una decisión como justa.

Primero porque el proceso no se propone buscar la verdad a toda costa, sino que existen ciertas restricciones externas -oportunidades probatorias, reglas de exclusión, principios, etc.- que basadas en ciertos intereses vienen a igualar el ideal de búsqueda de la verdad, y en segundo lugar, porque el juez no es un funcionario omnipotente que pueda actuar a su antojo, sino que existen ciertas

garantías que al igual que el valor justicia, tienen un fundamento constitucional libre de la voluntad política del legislador.

5.3.5.2 Componente Histórico-ideológico

El componente histórico consiste en que, a partir de un análisis histórico sobre los poderes del juez en diversas legislaciones procesales, se cree una relación proporcional con los poderes del Estado. Es decir, como pudo observarse en Montero Aroca (2011. P 138-149) existe una relación directa entre el aumento de los poderes del juez y el aumento de los poderes del Estado.

Autores como Montero Aroca, Cipriani, Monteleone y Alvarado Velloso, han realizado estudios históricos sobre ciertas legislaciones procesales, que vendrían a mostrar una relación directamente proporcional entre un Estado fuerte y por tanto autoritario y un proceso civil autoritario en cabeza del juez quien representa la autoridad estatal.

El aumento de los poderes del juez, y el establecimiento de la buena fe procesal como principio del proceso -en términos generales¹⁰¹- es la expresión de regímenes autoritarios Desde el Código Josefino de 1781 considerado por Cipriani como “un monumento al despotismo ilustrado” (1995, p. 5), pasando por la ordenanza austriaca de 1895, los códigos procesales soviéticos, los códigos procesales alemanes durante el régimen nazi, hasta los códigos españoles durante el régimen franquista, han permitido establecer a dichos juristas una especie de inferencia lógico-deductiva según la cual la inferencia principal es que si un Estado es autoritario la consecuencia lógica es que el proceso civil es autoritario por ser expresión del régimen en el cual se expide.

¹⁰¹ En el ensayo “El derecho procesal, entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado” de Joan Picò (2011), se pueden observar las posiciones sintetizadas de quienes intervienen en el debate. Para una mayor comprensión de estas, se puede acudir al libro Proceso Civil e ideología (2011) con Montero Aroca como coordinador, en el que se recopilan una serie de ponencias en relación al debate.

Esta especie de razonamiento no ha tenido aceptación en un sector doctrinal que se resiste a politizar ideológicamente la discusión sobre la configuración del proceso civil. Desafortunadamente, dicho debate ha pasado de ser una rica discusión doctrinal para adquirir en varios aspectos una cuestión más personal que académica.

En todo caso, existen autores que salen en defensa de los denominados códigos publicistas o sociales y quienes se oponen a mezclar lo procesal con lo ideológico. Verde (2011. p.78 y ss), en respuesta al ensayo de Montero Aroca (2002) “Los principios políticos del nuevo proceso civil español” sale en defensa del Código Italiano de 1940 ante las acusaciones de su naturaleza fascista¹⁰².

Se opone el autor a la asimilación de proceso autoritario con proceso social, dado que considera que éste último presupone la disponibilidad de las partes de sus posiciones, pero también defiende la concepción como un instrumento de justicia, lo que obviamente justifica una mayor intervención del juez con la consecuencia de que ciertas actividades no pueden quedar sujetas al monopolio de las partes¹⁰³.

Parra Quijano (2004. p. 55-67), también se pronuncia en cuanto a la acusación de fascista realizada al código italiano de 1940. Para ello realiza un estudio de la *Relazione Grandi*, a partir de la cual concluye: 1. Si bien dicho preámbulo contiene diversas manifestaciones que reivindican el código como una expresión de los valores del régimen fascista, se trata más de afirmaciones generales con una alta carga de retórica y de propaganda¹⁰⁴ que sustento fáctico verdadero, y ello es así

¹⁰² Montero Aroca responde a verde, en un nuevo ensayo titulado “el proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia autoritaria” en que reafirma su posición en torno al publicismo, y en el que responde a las acusaciones realizadas por verde.

¹⁰³ En este mismo ensayo Verde (2011) realiza un análisis de las cifras estadísticas del proceso civil anterior al código de 1940, en el que Montero Aroca defendía una mayor eficiencia respecto del nuevo código fascista.

¹⁰⁴ Mediante la lectura cuidadosa de la *Relazione*, pondremos de manifiesto que, contrario a lo sostenido por el entonces ministro de justicia en su *Relazione*, no es posible apreciar viso alguno de la ideología fascista en el *Codice di Procedura Civile* de 1940; máxime si se tiene en cuenta que fascismo no realizó, ni podría haber realizado aporte ideológico alguno al derecho procesal (así fuera criticable), pues su discurso fue simple retórica como ya se expuso (Parra Quijano, 2004, p. 55)

porque Grandi no menciona específicamente cuáles son los aportes realizados por la ideología Fascista; 2. Los principios que informan el código italiano venían inspirados en Austria¹⁰⁵, es decir, mucho antes de la imposición del régimen fascista, hasta el punto incluso que el reforzamiento de los poderes del juez, ya se había planteado en un proyecto preparado por Chiovenda en 1919¹⁰⁶.

Nieva Fenoll (2014. p.172) al abordar el binomio “aportación de parte/Inquisitivo” sostiene que la decisión por uno u otro no es política, sino que está basado simplemente en la eficiencia. Agrega el autor que pese a que los regímenes totalitarios se han inclinado hacia el principio inquisitivo, no existe una coincidencia histórica total y definitiva entre el régimen de un Estado y su proceso civil, como prueba de ello trae a colación que el Estado romano no fue jamás democrático sino dictatorial, o también aquellos territorios de la edad media que pese a no estar regidos por gobiernos democráticos el proceso civil está regido por el principio de aportación de parte debido a la influencia romana del *ius commune*.

Taruffo (2009) se expresa de una manera incluso más contundente, al afirmar que aquellas posiciones que asimilan la configuración de un proceso civil según el papel del juez a una ideología autoritaria o liberal no es más que (...) una orientación ideológica, carente de fundamento histórico, comparatístico o sistemático alguno, que no merece ser tomado en consideración o estudiado seriamente” (p. 604).

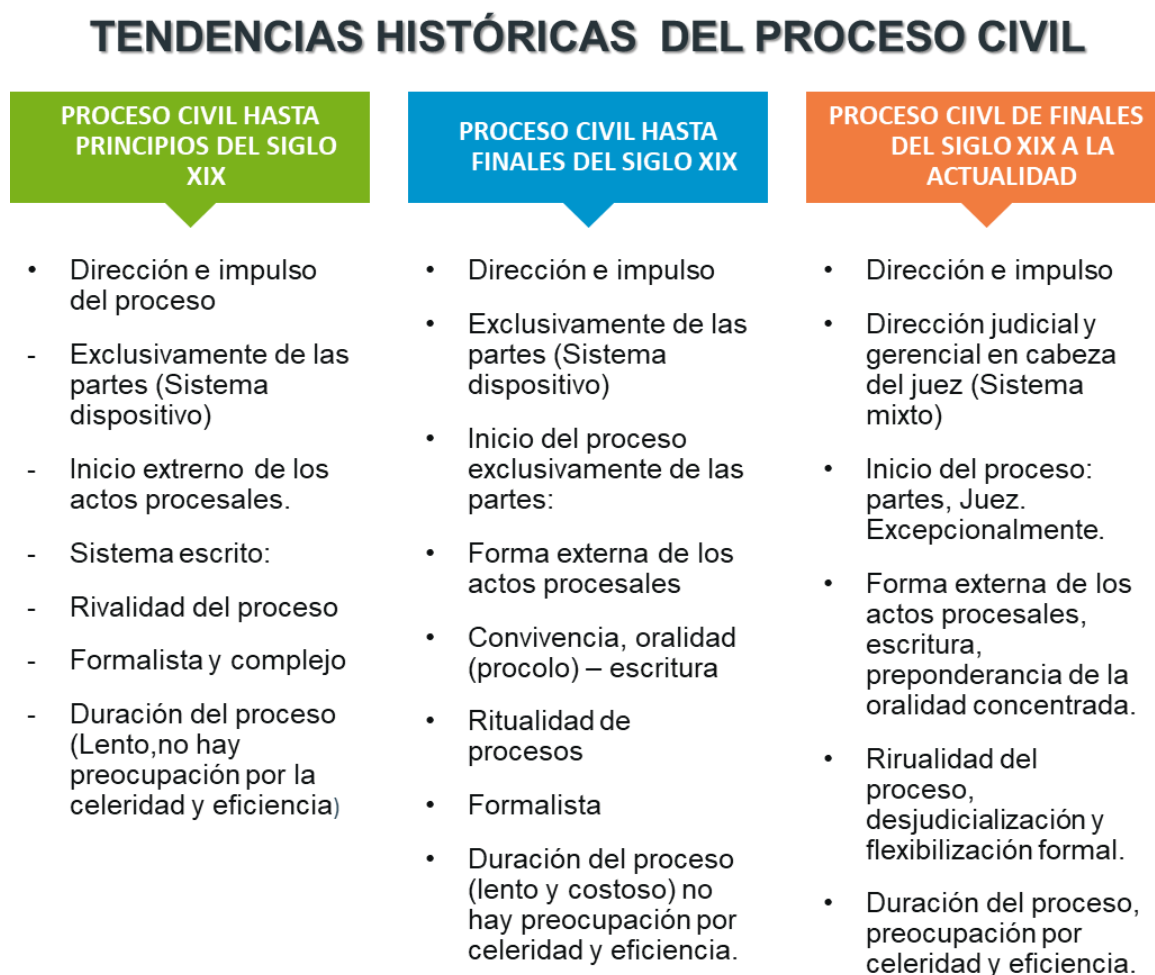
Sin embargo, no puede perderse de vista que la dinamicidad de los procesos de reforma a la justicia civil lleva de suyo que los elementos que se van introduciendo al proceso civil, no sean del todo aceptados, lo que genera serios debates político-

¹⁰⁵ De ninguna manera puede considerarse que el contenido ideológico que encierra el aparte comentado sea un logro del Estado Fascista, pues proviene de los planteamientos que FRANZ KLEIN formuló varios decenios antes (ver cap. IX de este libro); y que significaron en cambio en la concepción liberal e incidieron en el replanteamiento del comportamiento del juez en el proceso. (Parra Quijano, 2004, p. 60)

¹⁰⁶ Existe un artículo de Alcalá-Zamora, en el que pone de manifiesto la influencia de Klein en el pensamiento de Chiovenda, el artículo es titulado “La influencia de Klein y Wach sobre Chiovenda”, publicado en la “Revista de Derecho Procesal”, Argentina en 1947.

dogmáticos que en gran medida nutren las discusiones legislativas sobre el proceso, con las consecuencias que a ello subyacen.

Figura 18. Tendencias históricas del proceso civil



Fuente: Elaboración propia

5.3.6 Concreciones respecto a las tendencias procesales contemporáneas e implicaciones en los poderes y facultades del Juez Civil

Estudiado lo anterior se puede concebir que las nuevas tendencias procesales o tendencias procesales contemporáneas deben entenderse como una

construcción, que parte del reflejo de cambios sustanciales en la forma de concebir el proceso civil en perspectiva de su naturaleza, de los intereses que se ventilan al interior del mismo y de una visión del juez acorde con esto.

Por eso el concepto de “nuevo” puede llamar a confusión sino se entiende más bien como el enlace o unión de instituciones ya presentes en la justicia civil en periodos anteriores que se recuperan y se adaptan para contextos completamente diferentes; con otras nuevas que vienen a complementar y articular un discurso cuya esencia es la eficiencia y eficacia del proceso. En este orden de ideas las nuevas tendencias son instrumentos que reflejan cambios.

5.4 CAPITULO IV. LAS IMPLICACIONES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL JUEZ CIVIL, A PARTIR DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (LEY 1564 DE 2012) Y EN PERSPECTIVA DE LAS NUEVAS TENDENCIAS PROCESALES

Con el presente capítulo se da respuesta al objetivo número cuatro que reza: “Analizar las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil, a partir del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) y en perspectiva de las nuevas tendencias procesales”.

5.4.1 Recepción de nuevas tendencias procesales en el Código General del Proceso

En capítulos anteriores se logró, de manera secuencial, brindarle herramientas históricas y dogmáticas al lector que le permitirán ubicarse en lo que al concepto de nuevas tendencias o tendencias procesales contemporáneas se refiere, su contenido, implicaciones y también su recepción en el proceso civil a nivel mundial en sus diversas etapas evolutivas. El objetivo de realizarlo así no era otro que dar cuenta de que la recepción de las tendencias contemporáneas en el proceso civil colombiano no pueden ser ubicadas en un momento único, sino que han sido el resultado de diversos procesos que comenzaron en la segunda mitad del siglo XX y que definitivamente han tenido acogida en el Código General del Proceso – de ahora en adelante CGP- que ya venían siendo incorporadas al ordenamiento jurídico a través de diversas reformas, siendo éste el objetivo implícito de éste capítulo al realizar un análisis de las implicaciones de las nuevas tendencias, en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del juez civil a partir del CGP.

En este sentido, este capítulo estructuralmente se puede dividir en dos partes.

Un primer fragmento donde se reflexiona sobre las nuevas tendencias procesales en el proceso civil colombiano, así como su recepción en el CGP, pero en

perspectiva de un proceso histórico marcado por varias etapas de las cuales precisamente el CGP constituye una de ellas.

De otro lado, una segunda parte que se centra en analizar y reflexionar sobre las implicaciones de las nuevas tendencias en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Es así que en Colombia desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil el proceso dio un giro copernicano en perspectiva de los principios que lo inspiran y su teleología, con una marcada inspiración publicista, y un evidente distanciamiento de los principios liberales del proceso, propios del siglo XIX. Punto este que será analizado a partir de la encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín, como una forma de examinar lo esbozado por la dogmática y la praxis jurídica.

5.4.1.1 Antecedentes legislativos

El Código General del Proceso -ley 1564 de 2012- es a partir de 2016¹⁰⁷ la norma que rige a nivel nacional aquellos asuntos de naturaleza civil, comercial, agraria y de familia¹⁰⁸. Es además norma que opera de manera residual o por remisión, es decir, que se aplica para aquellos asuntos que pese a pertenecer a otra jurisdicción o especialidad, no tienen regulación expresa.

La mencionada normatividad se considera una norma altamente socializada, al menos de ese talante se ha expuesto en el sector académico y político, pues fue

¹⁰⁷ El Código General del Proceso traía en el art. 627 una serie de reglas en relación con su vigencia. En este se establecía un sistema de vigencia gradual del Código hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura realizara lo necesario para su implementación a nivel nacional. El 01 de octubre de 2015, el Consejo Superior de la Judicatura expide el acuerdo No. PSAA15-10392 en el que dispone que el código entraría regir integralmente en todos los distritos judiciales del país a partir del 01 de enero de 2016.

¹⁰⁸ Artículo 1 de la ley 1564 de 2012: Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

consecuencia de un largo proceso que comenzó en el año 2003, guiado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal – de ahora en adelante ICDP- y que vio la luz en el año 2012 con su promulgación por el Congreso de la República.

Se ha planteado de esa manera, un estatuto que reúne lo mejor a nivel mundial en lo que respecta a las corrientes o tendencias procesales que regulan la justicia civil (Canosa Suarez, 2012. p. 1), y que sintéticamente se basan en la idea de un proceso civil justo, es decir, con respeto a las garantías constitucionales y procesales de las partes e intervinientes, y realizado en un tiempo razonable con una notable importancia del juez en su papel de director del proceso.

Su trámite legislativo en el Congreso de la República comenzó a partir de la presentación formal del anteproyecto del código al gobierno nacional por parte del ICDP en febrero de 2011. El anteproyecto fue radicado por el ministro del interior Germán Vargas Lleras en el Congreso de la República el 29 de marzo de 2011 - proyecto N. 159 de 2011 Senado y proyecto N. 196 de 2011 Cámara de Representantes. El 12 de junio de 2012 fue aprobado por el Congreso el texto conciliado, siendo este sancionado el 12 de julio de 2012 por el Presidente de la República Juan Manuel Santos.

Lo que importa realmente destacar acá, es que tal como se mencionó anteriormente, en el año 2003 el ICDP emprendió la tarea de redactar un proyecto de código que diera cuenta de las necesidades sociales de justicia ante la situación de la administración de Justicia, ello por cuanto el código de procedimiento vigente en la época -Decreto 1400 de 1970- se encontraba seriamente cuestionado ante la congestión que sufría la justicia civil. Las múltiples reformas¹⁰⁹ realizadas a este estatuto no daban los resultados esperados en detrimento de la legitimidad de la jurisdicción estatal.

¹⁰⁹ Ver capítulo 1.

La principal crítica al viejo código -pese al avance que se le endilgó en su época- se centraba en la falta de oralidad en los procedimientos debido a su tendencia al sistema escritural¹¹⁰. Prueba de lo anterior es que en el 2010 se expide la ley 1395¹¹¹, que conllevó a la reforma de varias disposiciones vigentes del estatuto procesal, disponiendo entre otras cosas, la eliminación del proceso ordinario y abreviado, y dejando únicamente el proceso verbal – de mayor, menor y mínima cuantía- el cual sería preponderantemente oral.

La situación de la justicia civil en la época era pues, de un Código de Procedimiento “viejo” que no se adscribía a la tendencia mundial de introducir la oralidad en todos los procedimientos judiciales, además de una justicia civil dispersa, legislativamente hablando, pues eran múltiples las reformas que ya tenía el viejo código, como consecuencia de la cultura jurídica colombiana de lanzar reformas y novedades so pretexto de los cambios que se van generando en la sociedad, pensamiento que será reiterado a lo largo de este capítulo.

Por ello, la primera idea de un nuevo proyecto de código era el de la unificación. En primer lugar, la unión normativa de todas disposiciones que regularían la justicia civil (Canosa Suarez, 2012. p.3-4). Sobre este punto basta con afirmar que en Colombia existe la cultura inveterada de promulgación¹¹² y reformas de normas -cultura heredada incluso del derecho español- que no hacen sino crear un

¹¹⁰ En la presentación del Código General del Proceso realizada por Ulises Canosa Suarez (2012), se observa reiteradamente como se le endilga al sistema escritural -en mayor medida- las fallas de congestión y morosidad de la legislación civil de 1970. Esto fue algo que se pudo abordar en el capítulo 2 en relación con la tendencia a realizar juicios peyorativos en contra del sistema escritural en contra de los juicios *a priori* sobre las ventajas de la oralidad.

¹¹¹ Adoptó medidas en materia de descongestión judicial.

¹¹² En Colombia se pueden encontrar ejemplos históricos de esta situación, para traer un caso, posterior a la expedición de la ley 57 de 1887 de 1872, que acogió el código judicial de Cundinamarca de 1872, se expidieron múltiples normas que reformaron aquel, ello produjo “(...) una situación confusa, pues nuevamente a causa de normas resultaba más difícil saber cuál era la vigente” (López Blanco, 2016, p. 49), Además de lo anterior, hubo varios intentos de unificar la legislación vigente, sin más detalles se puede destacar el proyecto del Consejo de Estado de 1895, y el proyecto Arbeláez, en el que participaron sectores tanto de la rama judicial como de la academia, este proyecto fue acogido a través de la ley 103 de 1923, sin embargo, esta fue suspendida indefinidamente volviendo a la ley 57 de 1887 de la que ya sabemos su influencia, posteriormente en 1930 se expide la ley 105 denominado “Código Judicial” que unificó nuevamente el procedimiento civil.

ambiente de proliferación legislativa, generando confusión e ineficacia del sistema (López Blanco, 2016. p.63).

La segunda idea que se discutió al interior del ICDP se gestó bajo la necesidad de unificar no solamente la legislación procesal civil, sino también incluso los procedimientos en materia civil, comercial, de familia, agraria, contencioso administrativo y laboral en un solo código. Al llegar a este análisis se detectaron varias posiciones al interior del instituto¹¹³ (Rueda Fonseca y Velasco Amado, 2015) en las que se esgrimían argumentos en favor y en contra de esta posibilidad, quedando reglada en el texto final de la codificación una especie de posición intermedia que estableció la vigencia del código para las causas civiles, comerciales, de familia y agraria y dejando una cláusula general de remisión o residual para aquellos casos de otras jurisdicciones o especialidades no regulados expresamente por la ley.

Es así como en el Código General del Proceso, se logra que en un mismo cuerpo se encuentren contenidas todas las disposiciones del proceso civil. Sin embargo, habrá que esperar si se manifiesta el fenómeno reformista ya tradicional y enraizado en la cultura jurídica colombiana, lo cual no se sabrá sino con el pasó de los años.

5.4.1.2 El Código General del Proceso como parte de un proceso histórico

Existen antecedentes de verdaderas revoluciones jurídicas que tienen el poder de romper con un estado de cosas previo, para en su lugar iniciar uno nuevo con todas las consecuencias que ello implica. Para no ir muy lejos se puede mencionar

¹¹³ La tesis negativa se oponía a la tesis de la unificación procesal de las jurisdicciones básicamente por dos razones, la primera porque dicha tendencia a la unificación no se presenta a nivel mundial, donde las causas laborales y administrativas gozan de independencia debido a las especificidades de cada una, por otro lado, porque razones históricas demostraban la inconveniencia de tal unificación. La tesis afirmativa sostenía su posición a partir de los desarrollos doctrinales de Omar Benabentos (en su libro Teoría Unitaria del Derecho Procesal (2001), que sostenía la posibilidad de una codificación unificada a partir de puntos de encuentro o comunes entre las distintas áreas. La teoría intermedia consiste en la remisión, es decir, dejar el código como factor residual para aquellos casos no regulados expresamente en las otras especialidades.

el caso de la ordenanza de Klein de 1895 que tanta resistencia causó en ese entonces en el imperio Austro-Húngaro.

En el caso concreto de Colombia, puede decirse que incluso con la emancipación respecto de la corona española, no se produjeron cambios sustanciales importantes en el proceso civil colombiano. Y esto es así, en la medida que en un primer momento las normas españolas siguieron rigiendo en el ya nuevo Estado, y posteriormente aquellas influenciaron de manera directa la expedición de las normas del ordenamiento colombiano.

Tal revolución, puede encontrarse no obstante con la expedición del CPC de 1970 -Decreto 1400-, que introduce una justicia civil *mixta* o de corte publicista, afianzada con reformas posteriores que van introduciendo nuevas instituciones, y en cuyo camino se encuentra precisamente el CGP.

En efecto, desde la presentación y socialización del anteproyecto de código hasta su promulgación y entrada gradual en vigencia, es mucho la tinta que se ha escrito con relación a las ventajas, bondades y mérito de la nueva normatividad procesal civil -comercial, agraria y de familia-, sobre todo desde aquellos que participaron en la construcción o al menos en la discusión del código.

Para traer un ejemplo, Escobar Alzate (2014. p.31) considera que el Código General del Proceso es de avanzada frente a la realidad contemporánea. Por su parte, Canosa Suarez (2014) en la presentación del código, afirma que este “No es un ordenamiento terminado con su promulgación, que más bien es un punto de partida.” (p. 15)

Esta última frase, merece un análisis si se permite crítico, y ello es así por cuanto puede presentar algunos problemas intrínsecos que desconocen el camino recorrido por Colombia a partir de 1970. Es claro que el Código General del Proceso cumple con algunos de los objetivos propuestos, como por ejemplo la

unificación legislativa con una introducción más organizada y sistemática de la oralidad. Sin embargo, en lo que tiene que ver con la base ideológica y sustento dogmático del código, debe entenderse a este como parte de un proceso histórico que Iberoamérica comenzó en la segunda mitad del siglo XX (Oteiza, 2014. p. 34-35) y de manera específica en Colombia a partir de 1970. No hay duda de que el Código General del Proceso tiene una base ideológica publicista, tal como se desprende de la exposición de motivos del anteproyecto realizada por el ICDP, y de un análisis de los principios y disposiciones normativas que introducen aquellas herramientas de las nuevas tendencias procesales.

No obstante, es preciso realizar un reconocimiento a lo que el Código de Procedimiento Civil representó en su época. El mismo Canosa Suarez (2014) en la presentación afirma que el Código de Procedimiento Civil de 1970 fue un “formidable ordenamiento” (p.7) concebido principalmente por los profesores Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía. Este último en una serie de artículos en la década de los 70's, destaca la modernización de la nueva norma, al enumerar específicamente las medidas adoptadas por la mentada normatividad, entre las que se destaca la aceleración del proceso judicial, la oralidad y la preponderancia del criterio social o de interés público sobre el individualismo o criterio de interés privado (Echandía, 2002 p.39-48).

No cabe duda -tal como se esbozó en el capítulo primero- que la legislación procesal civil colombiana hasta antes del código de 1970 se orientaba por el criterio liberal propio de las legislaciones europeas de principios del siglo XX sustentadas en el individualismo. Por esto, el Código de Procedimiento Civil de 1970 significó un cambio ideológico y dogmático trascendental al estructurar un procedimiento civil mixto o si se quiere social o publicista, como parte de un proceso de ruptura del criterio individualista en Europa e Iberoamérica. Afirmaba el profesor Echandía en relación con el criterio individualista y social:

Y este dilema ya fue resuelto en favor del segundo extremo, doctrinariamente hace más de medio siglo y legislativamente por las reformas de los códigos de procedimiento tanto en Europa occidental como en la oriental y en Iberoamérica. Prácticamente todos los países del “*civil law*” han otorgado amplias facultades al juez civil, comercial y laboral para la práctica oficiosa de las pruebas que consideren convenientes con el fin de verificar la realidad de los hechos discutidos o simplemente alegados... (2002, p. 42)

Rueda Fonseca (2014. p. 29) afirma en este punto que los cambios incorporados por el Código General del Proceso están montados sobre las mismas estructuras de décadas anteriores perpetuando una larga tradición procesal, afirmando incluso que en lo medular el Código General conserva la redacción del Código de Procedimiento Civil, entonces, ¿Cuál es el cambio que presenta esta nueva codificación? Básicamente el papel relevante del juez al interior del proceso civil.

El Código General del Proceso, no es pues punto de partida, por el contrario, hace parte del devenir histórico del proceso civil colombiano en la búsqueda del ideal de una administración de justicia eficaz.

Estas afirmaciones pueden corroborarse, por ejemplo, al analizar la introducción de la oralidad en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, no sería correcto afirmar que la oralidad en la justicia civil en Colombia se introduce a partir del Código General del Proceso, sino como un proceso histórico que se presenta en múltiples reformas tanto desde el punto de vista constitucional como legal, iniciando por el CPC de 1970 incluso, pasando por la instauración de un sistema acusatorio en materia penal, la ley estatutaria de administración de justicia – ley 1285 de 2009 que reforma la ley 270 de 1996 que impone como obligatoria la oralidad y la celeridad de los procesos, la ley 1395 de 2010 que elimina el proceso ordinario y deja el proceso verbal, etc.

Por otro lado, más allá de la evolución específica en Colombia, el CGP debe entenderse como parte de un proceso reformador que en Latinoamérica empezó a germinarse a partir de la segunda mitad del siglo XX. Movimiento reformador en su esencia responde a la estructura de un proceso por audiencias orales, con

inmediación de la prueba, concentración, contradicción y la oralidad, con un reforzamiento de los poderes del juez como director del proceso tanto en lo procesal como en lo material.

En efecto, según Giacomette Ferrer (2014), a partir de 1945 se empezaron a sentar las bases para un proyecto de reformas de bases uniformes, las cuales se sustentan en la firme creencia de que la oralidad¹¹⁴ debe instaurarse en todos los procesos, toda vez que a través de ella los litigios son más cortos, las decisiones más rápidas con tendencia a que los recursos y formalismos innecesarios desaparezcan.

Con base en ello, se ha forjado una idea de justicia eficiente, sin embargo, se pregunta la autora si tal justicia debe lograrse a costa del sacrificio de otros valores igualmente importantes como el sistema democrático, del equilibrio social, del mejoramiento económico y de la humanización del proceso.

Respecto a Colombia, argumenta la doctrinante que la reforma del proceso civil de 1970 y sus evoluciones hasta el 2011, pretendieron modernizar y agilizar la administración de justicia, sin embargo, tales novedades no obedecían a las necesidades jurídicas y sociales del país. Ello hizo que la oralidad se erigiera como el núcleo basilar de las reformas al proceso civil, en respuesta al anhelo de justicia eficiente y eficaz, reformas que en el proceso civil comenzaron con la ley 1395 de 2010 y después con el Código General del Proceso.

¹¹⁴ Afirma la profesora Giacomette Ferrer (2014) “La obra del profesor italiano Mauro Cappelletti La oralidad y la prueba en el proceso civil nos expone, de manera sobresaliente, que el tema de la oralidad en el proceso “... en el marco de casi dos siglos, ha simbolizado, especialmente en el continente europeo, el aspecto central tanto de las críticas de soluciones superadas, como de proyectos de nuevas soluciones” ... Significa lo anterior que desde siempre el tema recurrente ha sido la “modernización del proceso” y esto implica liberarnos de las complicaciones, de los formalismos, de los ritualismos, la congestión y la lentitud de la actual administración de justicia, para superar “el defectuoso procedimiento” regulado en los códigos, que la hace ineficaz e ineficiente.” (p. 137)

El Código General del Proceso implica una transformación por instaurar un proceso con énfasis en la oralidad y por audiencias, además del empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Bajo ese orden de ideas, la regulación del proceso civil a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, debe entenderse a partir de dos etapas, pero de un mismo proceso. Comenzando por el CPC de 1970, y sus reformas posteriores, hasta llegar al vigente Código General del Proceso que se adscribe a la concepción publicista del proceso civil, el cual se nutre también de los principios del case management, hecho que se evidencia en temas como la flexibilización de los procesos, mayor sistematización de los procesos especiales, y un reforzamiento del papel del juez en el proceso.

5.4.1.3 Base Ideológica del Proceso Civil Colombiano a Partir de 1970 en la Jurisprudencia Colombiana

Existen pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, que permiten comprender que la introducción de las nuevas tendencias en el proceso civil colombiano se ha dado de manera paulatina y no a partir de un momento específico.

Es así como en la sentencia C-086 de 2016¹¹⁵, el órgano de cierre constitucional se pronunció en cuanto a los modelos de configuración del proceso civil a partir del marco de acción del juez. En dicha providencia, la Corte realiza una descripción de los modelos tradicionales según el papel activo o pasivo del juez. Dichos modelos son el dispositivo y el publicista.

El primero¹¹⁶ era según la Corte aquel propio del liberalismo clásico que tuvo su égida hasta bien entrado el siglo XX, se basaba en el individualismo y en el

¹¹⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁶ En sentencia C 873 de 2004 ofrece una descripción de las características del modelo dispositivo: E]l sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y se

privatismo, con implicaciones a que son las partes las que tienen la facultad de iniciar, impulsar y llevar a su culminación las diligencias judiciales.

Por otro lado, el modelo inquisitivo o publicista, se caracteriza por una actividad protagónica del juez y secundaria de las partes. En este modelo, el juez tiene la obligación de investigar la verdad por lo que prescindiendo de la actividad de las partes el juez puede iniciar, impulsar y dirigir de oficio del proceso, además de la posibilidad de utilizar aquellos medios que tienda a buscar la verdad.

Interesa de este pronunciamiento resaltar varias situaciones. Lo primero, que la Corte destaca que la base teórica del modelo dispositivo hizo crisis dando entrada a las ideologías publicistas fundadas en una reconsideración del papel del juez en el proceso. Lo segundo que dicha crisis trajo como consecuencia la instauración no de un modelo inquisitivo o publicista puro, sino más bien de modelos mixtos¹¹⁷ en los cuales se busca ajustar la tensión entre el modelo dispositivo y el inquisitivo. Según el alto tribunal, la instauración de un modelo mixto en Colombia se produce a partir de la expedición del Código de Procedimiento Civil de 1970 - Decreto 1400- con un reconocimiento de facultades inquisitivas al juez civil.

Mírese que la Corte no habla propiamente de unas nuevas tendencias procesales, sino que hace referencia a la configuración de estatutos procesales mixtos. Ello sin embargo como pudo verse en la primera parte de este trabajo, hace parte de

caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoceres nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida e la demanda (*en eat ultra petita partium*)

¹¹⁷ Esta afirmación ya había sido realizada por la Corte en Sentencia C 874 de 2003: En la mayoría de las legislaciones el proceso civil ha sido prevalentemente dispositivo y el penal prevalentemente inquisitivo. Sin embargo, en el derecho comparado el primero puede calificarse hoy en día como mixto¹¹⁷, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento

aquellos elementos sobre los que se basan las reformas al proceso civil desde finales del siglo XIX. En efecto dichos cambios no han buscado la superación total de un modelo sobre otro, sino más bien la convivencia de aquellos a partir de la oralidad. En todo caso es muy destacable que se fije en la segunda mitad del siglo XX el momento en que Colombia abandona una concepción estrictamente dispositiva para pasar a un modelo mixto.

En la Corte Suprema de Justicia, también se encuentran pronunciamientos sumamente interesantes desde incluso recién promulgado el CPC de 1970, que dan cuenta del rol del juez bajo la nueva ideología que inspiraba el código, los cuales se han dado sobre todo en el terreno de la prueba de oficio en los que si afirma que dicha facultad es un verdadero deber del juez.

Para ilustrar, en sentencia del 22 de enero de 1974¹¹⁸ resaltó la alta Corporación la relación de la prueba de oficio con la averiguación de la verdad y la realización del derecho material, por ello exhortó a los jueces para que hicieran uso de los deberes consagrados en la norma procesal.

Posición que fue reiterada en sentencia del 12 de febrero de 1977¹¹⁹ en la que se hace especial énfasis en la búsqueda de la verdad histórica y el interés público de aplicar la ley sustancial al caso concreto como forma de garantizar la paz social.

Asimismo, en sentencia del 26 de octubre de 1988¹²⁰ utilizando la jurisprudencia anterior se reafirmó la prueba de oficio como un verdadero deber del juez. De igual manera, en sentencia del 12 de septiembre de 1994¹²¹ afirmó la Corte Suprema

¹¹⁸ M.P. German Giraldo Zuluaga. La sentencia se encuentra en la gaceta CXLVIII, enero a diciembre de 1974, números 2378 a 2389, pp. 7-13.

¹¹⁹ M.P. Germán Giraldo Zuluaga. La sentencia se encuentra en la gaceta CLV primera parte, enero a diciembre de 1977, número 2396, pp. 34-41.

¹²⁰ M.P. Alberto Ospina Botero. La sentencia se encuentra en la gaceta CXCII, segundo semestre de 1988, número 2431, pp. 229-238.

¹²¹ M.P. Pedro Lafont Pianetta, expediente No. 4293.

que el interés público del proceso determina que la prueba de oficio no sea una simple facultad sino un deber para garantizar la búsqueda de la verdad real¹²².

Es así como dicho pronunciamiento jurisprudencial se torna relevante, toda vez que permite cuestionarse el ¿Por qué de esa resistencia cultural al cambio de ideología del proceso civil? Es decir, si ya desde 1970 se hablaba de la naturaleza publicista del proceso, y del rol del juez de cara a la averiguación de la verdad y la justicia material, ¿Por qué se sigue insistiendo en un cambio de mentalidad de los funcionarios judiciales?, ¿Acaso ese cambio no debió haber operado desde décadas anteriores? Lo articulado en estos cuestionamientos es el testimonio crítico al papel trascendental que juega la jurisdicción en un Estado Social de Derecho, específicamente concretada en la figura del juez constitucional. Son principalmente los miembros de la judicatura los que han propagado y propagan todavía tales reproches.

Si el modelo publicista en gran medida se sustenta en la necesidad de lograr una justicia material, y el proceso jurisdiccional se supedita a la correspondencia de la decisión con los hechos históricos, es decir, con el logro de la verdad, el papel del juez de cara al valor justicia se ve reforzada no solamente por los poderes y facultades que la ley le otorga, sino por todo el marco de acción que la Constitución Política le atribuye.

Así pues, en vigencia del CPC desde sus primeros años, y a partir del interés público del proceso, la necesidad de garantizar la igualdad material de las partes y la búsqueda de la verdad se entendió que la facultad que traía la anterior codificación procesal como un deber, cuyo indebido uso traía la consecuencia que en casación pudiese atacarse la sentencia por vulneración del debido proceso. El

¹²² Se pueden consultar también las siguientes sentencias: Sentencia del 24 de noviembre de 1999, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, gaceta CCLCI, volumen II, segundo semestre 1999, número 2500; Sentencia del 29 de noviembre de 2004, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 7880; Sentencia del 6 de diciembre de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz, expediente 37370 -sala de casación penal.

CGP acoge esta teoría en su articulado dejando claro que la prueba de oficio es un poder-deber. (Rivera Morales, 2016. P 220)

Bajo ese hilo conductor, el código del 70 implicó un nuevo rumbo en la legislación procesal civil colombiana como bien lo dijo la Corte Suprema en la sentencia de 1974 antes referenciada, sin embargo, debe entenderse que más allá del cambio normativo producido, era necesario del mismo modo un cambio en la mentalidad y costumbres de los funcionarios judiciales y de los operadores jurídicos, respecto de la teleología del nuevo código en la época y sus implicaciones en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La reafirmación del CGP del poder – deber que le confiere la ley al juez, más que un cambio gramatical o la concreción de posiciones jurisprudenciales de larga data existente, debe entenderse también como un mensaje dirigido al juez en el sentido de que el proceso civil colombiano se ha transformado en una justicia que sin dejar de lado los intereses privados de las partes, defiende otros de mayor calado, y en donde el principio dispositivo -que no eliminado- se ve atenuado en algunos de sus elementos como forma de lograr los fines del proceso, no siendo el funcionario judicial un simple espectador en el litigio que se le arriba.

5.4.1.4 Nuevas Tendencias en el Código General del Proceso

¿Cómo ha sido la recepción de las nuevas tendencias en el CGP? La expedición del CGP se entiende como el resultado de varias necesidades que, en un momento crítico para la administración de justicia, exigían respuestas contundentes a una problemática que ponía en entredicho la legitimidad de la jurisdicción del Estado. Por ello, al ser un código altamente socializado -al menos- en el plano académico, es considerado por sus creadores como un código de avanzada. En el presente apartado en primer lugar se auscultará en la teleología, para ello se acudirá a los argumentos esgrimidos en la exposición de motivos y en

la presentación del proyecto de código, así como las razones esbozadas durante su discusión legislativa.

En la segunda parte se confrontará la información obtenida en la encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín, de manera que a partir del análisis de los componentes teórico-dogmáticos y de la praxis, se puedan plantear reflexiones sobre el conocimiento que los jueces tienen sobre la justicia civil como proceso histórico, y sobre las nuevas tendencias y sus implicaciones en el ejercicio de la función jurisdiccional de estos.

5.4.1.5 Teleología del Código General del Proceso

Para desentrañar la teleología de la nueva normativa civil, baste sino acudir a la exposición de motivos del anteproyecto realizada por el ICDP, a la presentación del C.G.P. realizado por el mismo Instituto y por las exposiciones realizadas en el transcurso de los debates al interior del Congreso Colombiano. Ello es así por cuanto es ahí donde se advierten los elementos transversales que son comunes y que se mantuvieron incólumes hasta la aprobación final del proyecto.

Para el efecto es dable remitirse a la exposición de motivos del anteproyecto del Código, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal realiza una exposición de las tendencias ideológicas que justifican la nueva legislación y las consecuencias concretas de estas en algunas cuestiones procedimentales específicas. Sobre esto destaca la especial relevancia que se da a los tiempos del proceso y la posición del juez al interior del mismo. En este orden de ideas, se destaca como elementos estructurales de la nueva codificación:

1. La búsqueda de la duración razonable de los procesos: el plazo razonable tiene una relación directa con el acceso a la justicia. Este ideal no se busca a costa del detrimento de los derechos de las partes, sino en un equilibrio que permita llegar a decisiones prontas y justas. En este ideal contribuye

sobremanera los adelantos tecnológicos en materia de comunicaciones que permitan gradualmente formas de justicia digital o electrónica.

2. Oralidad, inmediación, concentración y publicidad: El nuevo procedimiento civil tiene una estructura con tendencia a la oralidad a partir de un sistema de audiencias. Esto también tiene incidencia fundamental en la forma que se practica la prueba y en el papel del juez como director del proceso.
3. Ideología Publicista del Código: se hace mención expresa de que el Código está sustentado en una concepción publicista, pero no en la descrita por la concepción garantista, negacionista o revisionista, sino en aquella que ve en el publicismo una atenuación del principio dispositivo más no su definitivo reemplazo.
4. Juez director del Proceso: El papel de juez director del proceso se observa en distintas disposiciones a lo largo de la normatividad en cita, destacándose -en materia probatoria- el deber de interrogar exhaustivamente a las partes, el deber de practicar pruebas de oficio¹²³ - la justicia de la decisión se construye a partir de la verdad- ya que el principio de inmediación se torna relevante pues la prueba en general se practicará de forma oral en presencia del juez.

Ahora bien, Ulises Canosa Suarez al realizar la presentación del C.G.P da cuenta de los antecedentes de este, sus propósitos y en general el proceso de creación, socialización y aprobación del texto. Aquí importa resaltar los propósitos que se le endilgan a la nueva norma procesal, encontrándose estructuralmente los mismos puntos esbozados en la exposición de motivos. Tales propósitos son¹²⁴.

¹²³ En la configuración de la prueba de oficio en el CGP se adoptó una especie de posición intermedia tal como lo planteara Picò I Junoi (2011). Sobre este punto se volverá más adelante.

¹²⁴ Adicional a estos, se añade: a. Armonización de las instituciones procesales con la Constitución de 1991, b. eficacia del derecho sustancial, c. acceso a la justicia y desformalización, d. integración y sistematización de las normas procesales, e. innovación a través del uso de los nuevos adelantos tecnológicos, f. desjudicialización.

1. Oralidad, intermediación y concentración: Se afirma que aquellos “viejos” sistemas procesales que dan preponderancia a la escritura ya no permiten dar cuenta de las necesidades de justicia de los tiempos moderno. Según Canosa (2012. p.2) la experiencia acumulada de muchos siglos ha demostrado que el sistema preponderantemente oral permite lograr la eficacia, intermediación y concentración.
2. Proceso en tiempo razonable: Se indica que una justicia tardía no es verdadera, para ello se establecen una serie de estructuras procesales que permiten agilizar y concentrar las actuaciones, como por ejemplo a través de la simplificación y eliminación de ciertos trámites considerados innecesarios y el establecimiento de un plazo máximo de duración del proceso.
3. Ideología del Código: Se establece que la nueva norma procesal es el resultado de un análisis detallado de las tendencias procesales más avanzadas en el derecho comparado tanto a nivel europeo como anglosajón, incluyendo a nivel iberoamericano el estudio del Código Procesal Modelo. Se afirma que dichas tendencias fueron cuidadosamente ajustadas a la cultura jurídica colombiana.
4. El papel del Juez: A lo largo de la exposición de propósitos, tácitamente se observan las consecuencias que tiene el papel del juez en la inserción de esas tendencias procesales que fueron estudiadas en el diseño del código. Ello es así, si se tiene en cuenta que los propósitos enunciados se encuentran fuertemente articulados con el discurso de la oralidad, eficiencia y economía procesal.

Por otra parte, durante todo el proceso legislativo que concluyó con la promulgación del nuevo estatuto procesal civil, pueden encontrarse a su vez la defensa de aquellos elementos estructurales que son la base de la nueva normativa. En el informe de ponencia de segundo debate del proyecto 159 de

2011 (senado) y 196 de 2011 (cámara) al abordar los objetivos del proyecto, se asevera que este consiste en adoptar un estatuto procesal integral ajustado a las necesidades del contexto social actual (Gaceta 261, 2012).

Lo anterior se hacía necesario debido a los preocupantes problemas de celeridad y eficacia de la administración de justicia, ello respaldado en los estudios realizados por el Banco Mundial¹²⁵ que dejaban a Colombia al borde del abismo en lo que tenía que ver con la duración de los procesos en comparación con otros países:

De acuerdo con el estudio realizado en el marco del proyecto *Doing Business 2011* del Banco Mundial, que provee una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y de su aplicación en 183 economías, nuestro país arrojó resultados preocupantes en materia de justicia. Mientras en la clasificación general, que incluye todos los criterios evaluados por el estudio, Colombia se ubica en el puesto 39 entre 183 países, la posición de Colombia respecto del subindicador ¿cumplimiento de contratos es la número 150 entre 183 países. Esta situación evidencia un rezago del país en lo que se refiere a la ¿la facilidad o dificultad para hacer cumplir contratos comerciales? ¿Recientemente fue lanzado el reporte del *Doing Business 2012* y nuevamente Colombia presenta un rezago en el subindicador? En efecto, según los datos contenidos en el nuevo informe, Colombia está en la posición 149 de 183 países. (Gaceta 261, 2012, p. 4-5).

En el subindicador de celeridad, el estudio *Doing Business 2011*, de 183 países Colombia ocupó el puesto 178, siendo la sexta justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe, resultados que fueron corroborados en el Estudio *Doing Business* del año 2012 (Gaceta 261, 2012). De Esta manera se destaca en la exposición de motivos las siguientes elementos estructurales del Código:

1. La necesidad de configurar un proceso que se realice en un plazo y tiempo razonable. Lo anterior es una exigencia legítima del ciudadano.

¹²⁵ Estudio realizado en el proyecto *Doing Business 2011* y *Doing Business 2012* (Gaceta 261, 2012).

2. La necesidad de instaurar procedimientos orales. En este punto se destaca la promulgación de la ley 1285 de 2009 y de la ley 1395 de 2010 como las primeras iniciativas para la implementación de la oralidad en el proceso civil. La oralidad es uno de los ejes centrales de la reforma pues permite o posibilita la inmediación y la concentración.
3. Juez director del proceso. Se robustece el rol del juez como director del proceso en la necesidad de garantizar la igualdad material de las partes.
4. Uso de las instituciones procesales más avanzadas de los últimos años en adecuación con las instituciones procesales decantadas y arraigadas en la cultura jurídica colombiana.

Son muchos los propósitos que se expusieron en el proceso académico y legislativo de creación y promulgación del Código General del Proceso. Sin embargo, puede advertirse que los mismos vienen articulados bajo una sola finalidad que determina que muchos objetivos de la nueva normatividad no sean más que consecuencia del discurso planteado bajo la tríada oralidad-eficiencia y economía y dirección judicial del proceso.

No en vano, puede observarse que, en las distintas presentaciones al nuevo estatuto, se hace referencia expresa al uso de las nuevas tendencias como base ideológica y normativa del nuevo estatuto procesal civil. Ello lleva, a que se entienda que el Código General del Proceso se encuentre fundamentado en los siguientes postulados:

1. Se debe atenuar el principio dispositivo, permitiendo más injerencia del juez en la relación procesal a través de un equilibrio de los poderes y facultades del juez. Bajo esta perspectiva, se le otorgan al juez poderes de dirección formal - impulso procesal- y material -prueba de oficio, interrogatorio a las partes-. Lo

anterior es pues una manifestación de la concepción publicista que constituye uno de los ejes de esas nuevas tendencias.

2. Se requiere de un proceso judicial más rápido, pero menos costoso, es decir, un proceso eficiente y económico. El acceso a la administración de justicia implica una decisión justa en un plazo razonable, y la justicia de la decisión viene dada con la adecuación de la sentencia a la verdad.
3. El principal instrumento para lograr el punto anterior es el sistema de la oralidad. Esta afirmación viene dada por la atribución al sistema de escritural de los problemas de congestión y falta de celeridad.

Mírese que se habla de una decisión justa en un plazo razonable, y para que se dé el cumplimiento de los fines planteados, se debe estar acorde con la verdad, por lo que el juez debe robustecer sus poderes que le permitan realizar oficiosamente ciertos actos procesales, sobre todo en materia de prueba, al mismo tiempo, eficiencia, economía y celeridad se logran a través de la preponderancia de la oralidad sobre la escritura. Entiéndase, que todo hace parte de un mismo círculo discursivo que se acopla en las dinámicas de reforma que se han venido planteando.

El siguiente gráfico da cuenta de los elementos comunes que se encuentran tanto en la exposición de motivos del ICDP, del proyecto legislativo, y la presentación del código realizada por el ICDP. Se aclara que no son obviamente todas las herramientas que se describen respecto del anteproyecto y del código, pero sin en las que existe convergencia respecto de los discursos antes anotados.

Figura 19. CGP



Fuente: Elaboración Propia

Por otra parte, el siguiente gráfico da cuenta de cómo se estructura en el CGP la ideología que lo inspira, en lo que a las nuevas tendencias se refiere.

Figura 20. Estructura del CGP



Fuente: Elaboración propia

5.4.2 Implicaciones de las Nuevas Tendencias Procesales en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional del Juez Civil.

Se torna claro que el estudio del CGP y sus tendencias no puede hacerse de forma descontextualizada, de esta forma, acorde con los planteamientos dogmáticos que se expusieron en el capítulo anterior, se debe reflexionar sobre el papel de los jueces al interior del mismo, por lo que se hace necesario analizar de manera puntual como ha sido estructurado el CGP en perspectiva de las tendencias estudiadas en el capítulo 3 y cuáles son las incidencias que ellas tienen en el papel del juez de manera que se pueda dar cuenta de la reconsideración que ha tenido la labor del funcionario judicial no solo a partir de las nuevas tendencias, sino también del fenómeno de la constitucionalización del derecho a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con ese cambio de mentalidad que se pregona y en segundo lugar las distintas opiniones de los Jueces Civiles del Circuito frente al particular.

5.4.3 Estructura del CGP en Perspectiva de las Nuevas Tendencias Procesales.

5.4.3.1 Principios

El Código General del Proceso trae en su Título Preliminar una serie de disposiciones en forma de principios en las que se observa una fuerte influencia del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Estos elementos no están dirigidos a orientar alguna sección o norma específica del código, sino que su función es irradiarlo y orientarlo en su integridad como criterios de interpretación, integración y aplicación de las demás normas del estatuto procesal (Tejeiro Duque, 2014. p. 10).

No cabe duda alguna que dichos principios son verdaderas normas jurídicas, sin embargo, su estructura no obedece a la forma de reglas o prescripciones, sino que

tienen la función de ser “(...) mandatos de optimización enderezados a que algo se realice en la mayor medida posible de conformidad con esos tipos de circunstancias, de manera que buscan dar fisonomía a las instituciones jurídicas, delinearlas y definir las” (Tejeiro Duque, 2014, p. 5-6)

Analizando los principios que trae el código en perspectiva de las nuevas tendencias, se destaca¹²⁶:

I. El artículo 2¹²⁷ trae como principio el de acceso a la justicia, el cual aporta como garantía el de acceso a la justicia con respeto al debido proceso y en un plazo razonable. El derecho a la tutela judicial efectiva hace parte de los elementos discursivos de las *nuevas tendencias* al crear un triángulo con la oralidad y los poderes del juez. Esta disposición es desarrollo del acceso a la justicia como parte del núcleo esencial del debido proceso y al mismo tiempo de lo dispuesto por la ley 270 -modificada por la ley 1285- en lo referente a la celeridad. El código General del Proceso busca pues a través de un proceso tendencialmente oral y con un juez activo promover el acceso a la justicia en un proceso de duración razonable.

II. El artículo 3 del código, acarrea como principio el proceso oral y por audiencias,¹²⁸ este principio ya contenido en la ley 1285 de 2009 se reproduce en el CGP como una forma de reforzar la vigencia y aplicabilidad de aquel, y es también un mensaje a los funcionarios judiciales respecto del cambio de mentalidad que es menester realizar puesto que el proceso oral y por audiencias

¹²⁶ Este título tiene un total de 14 disposiciones normativas. Adicional a las que se destacan en este apartado están: Objeto del código -artículo 1-, legalidad -artículo 7-, instancias -artículo 9-, gratuidad -artículo 10- interpretación de las normas procesales -artículo 11-, vacíos y deficiencias del código – artículo 12-, observancia de normas procesales – artículo 13-, debido proceso -artículo 14.

¹²⁷ Artículo 2 de la ley 1564 de 2012: Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

¹²⁸ Artículo 3 de la ley 1564 de 2012: Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva.

requiere unas maneras diferentes respecto del sistema escritural fuertemente arraigado en la tradición jurídica colombiana.

Lo segundo, como ya se mencionó anteriormente, la instauración plena y unificada de la oralidad, fue uno de los propósitos principales del Código General del Proceso, su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano en materia procesal civil si bien se da con la ley 1285 y posteriormente con la ley 1395, adquiere en el nuevo código una dinámica más clara al establecer un proceso que estructuralmente fusiona el sistema escritural con el oral tratando de explotar las ventajas de uno y otro sistema tal como lo pregonara Wach (Tejeiro Duque, 2014. p. 10). Por otro lado, que la oralidad como elemento estructural de las nuevas tendencias, se incorpora en el CGP en forma de principio, lo que determina que la vulneración de éste tenga consecuencias jurídicas importantes en el proceso¹²⁹.

III. Inmediación y concentración: Los artículos 5 y 6¹³⁰ -respectivamente- del código traen los principios de concentración e inmediación. El juez tiene el deber de practicar personalmente todas las pruebas y actuaciones que le correspondan, siendo la comisión una facultad excepcional y reglada expresamente por el código. Por otro lado, la programación de las audiencias deberá hacerse de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad.

¹²⁹ Este principio se complementa con otras disposiciones del código, como, por ejemplo, el artículo 42, numeral 1 establece que uno de los deberes del juez es el de presidir las audiencias, ello implica claramente que es obligatoria la presencia del juez para efectos de la inmediación y concentración procesal. El artículo 372 dispone las consecuencias probatorias ante la inasistencia de las partes a la audiencia inicial, disposición que también aplica respecto del proceso verbal sumario del artículo 390.

¹³⁰ Artículo 5 de la ley 1564 de 2012: El juez deberá programar las audiencias y diligencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad. No podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por las razones que expresamente autoriza este código.

Artículo 6 de la ley 1564: El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocerales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley.

La inmediación y la concentración pueden entenderse como una consecuencia del sistema de la oralidad, ya Echandía (2010. p. 21 y ss) lo afirmaba en el sentido que esta era la mejor herramienta que permite su implementación. Sin lugar a duda la oralidad, la inmediación y la concentración suponen un acercamiento del juez con las partes y con la prueba, al tiempo que formará su convicción después de un proceso en el que tuvo contacto directo y presencial con los intervinientes en la vista oral. Supone por otro lado un apersonamiento del funcionario con las causas que lleguen a su conocimiento en la medida que no podrá delegar la función de presidir la audiencia en otro funcionario del despacho.

IV. Iniciación e impulso de los procesos: Esta disposición refleja la naturaleza mixta del proceso que trae el Código General del Proceso, pues se observa el mantenimiento del principio dispositivo en lo que tiene que ver con el inicio e impulso de los procesos. La carga de iniciar el proceso queda por regla general reservada a las partes, por lo que su inicio de oficio por la jurisdicción queda como una facultad excepcional para aquellos casos expresamente autorizados por la ley¹³¹. En el caso del impulso el juez es responsable de su desarrollo, entonces la demora que pueda ocurrir en ellos puede atribuírsele si es por negligencia de este.

Así, el principio dispositivo se mantiene, aunque atenuado, el impulso procesal por parte del juez como parte de los poderes de dirección formal del proceso no ha tenido reparo incluso por los garantistas, en la medida que se considera como una herramienta viable de cara al correcto funcionamiento del proceso en términos tiempo y bajo costo. Esto lo que hace es ratificar que el publicismo como base dogmática de la legislación procesal civil empieza en Colombia a partir de 1970, enlazando la adopción de un poder formal de dirección del juez en la forma de principio.

¹³¹ Un ejemplo de inicio del proceso de oficio por el juez se observa en los denominados procesos de jurisdicción voluntaria -más allá de la discusión doctrinal en cuanto a su denominación-, específicamente el artículo 586 establece las reglas para la interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta, disponiendo en su numeral que el juez puede promover el inicio del proceso de oficio.

V. Igualdad de las partes: Dispone el artículo 4 del código que el juez debe hacer uso de los poderes que la ley le otorga para lograr la igualdad real de las partes. El código acoge el concepto publicista de igualdad, según el cual existen desigualdades entre las partes que deben ser salvadas por el juez, esto incluye la facultad de hacer uso de la prueba de oficio. Este principio lo que hace es integrar las disposiciones sobre los poderes y facultades del juez-formales y materiales-, en el sentido de que no son concesiones aisladas otorgadas por el legislador, sino que el juez en su quehacer debe guiar su función teniendo siempre presente el deber de equilibrar las cargas entre las partes. Es diametralmente opuesto al garantismo según el cual la igualdad se logra con la menor injerencia del juez, como una forma de salvaguardar también su imparcialidad.

5.4.3.2 Sistema Oral por Audiencias Concentradas

Tal como se ha plasmado en líneas anteriores, la implementación de la oralidad en Colombia hace parte de un proceso histórico que comenzó en 1970, en esta medida, el Código General del Proceso no instaura tal principio en el proceso civil colombiano, pero si lo hace de una manera diferente, Tejeiro Duque (2014. p. 11) afirma que se pasa de una oralidad protocolar o actuada a un proceso concentrado por audiencias.

La forma en que el legislador puso en marcha la oralidad, no fue pensada como la manera en que las partes a través de la lectura de sus escritos siguieran perpetuando el sistema escritural, sino la forma de introducir cambios sustanciales en la estructura del proceso, de practicar la prueba, de alegar, de emitir la sentencia e incluso una nueva visión de asumir el derecho a través del litigio, no olvidando tampoco que el concepto de una dirección judicial y gerencial del proceso viene articulada con la oralidad misma.

En este orden de ideas, el código trae una articulación del sistema escritural con el sistema oral, para lo cual estructuró un proceso basado en dos etapas¹³², las cuales tienen particulares incidencias en el papel del juez.

5.4.3.2.1 Etapa Escritural

También se puede denominar etapa de afirmación o negación (Boss Agudelo, 2011. p. 58), que consiste en la presentación escrita¹³³ de la demanda, su contestación, reconvencción, proposición de excepciones previas y el pronunciamiento sobre éstas, y otro tipo de actos como la intervención excluyente, llamamiento en garantía, llamamiento al poseedor o tenedor y la coadyuvancia.

Esta es la etapa en la que se inicia el proceso y se empieza a perfilar la relación jurídica procesal. En esta etapa escritural puede decirse que el juez hace el primer filtro o control de los actos procesales, teniendo como norte que la teleología del código busca evitar desde el principio aquellas situaciones anómalas que puedan presentarse en estado avanzado del código y de esa manera incidir en su normal desarrollo. Es claro entonces que su implementación, al acoger varios elementos de las nuevas tendencias o tendencias contemporáneas no supone la superación del sistema escritural, sino que adquiere las características propias del sistema mixto.

5.4.3.2.2 Etapa Oral

La etapa oral en el CGP es estructural a los diversos tipos de proceso pese a la diferencia de las pretensiones que se pueden a través de los diversos tipos de procedimiento¹³⁴ que trae el código, por ello, es posible afirmar que el concepto de

¹³² Boss Agudelo (2014), clasifica el proceso en 4 etapas:

1. Preliminar, de afirmación o negación; 2. Práctica de pruebas, 3. Alegatos; 4. Decisión.

¹³³ No debe olvidarse que el uso de las tecnologías de la información es uno de los propósitos del Estado de cara a una justicia digital.

¹³⁴ Por ejemplo, en el proceso ejecutivo dada su naturaleza, tiene un trámite diferente para su desarrollo. Pese a esto, el concepto de audiencia concentrada también está presente en este

audiencia concentrada es estructural a la mayoría de ellos pese a las particularidades y diferencias que se puedan presentar respecto de su trámite. Ahora bien, de estos procesos, merece atención especial dentro de los procesos declarativos, el proceso verbal, y es así por cuanto este será la regla general por medio del cual se tramitarán aquellas causas que no tengan un trámite especial¹³⁵ -art 368-. El proceso verbal se compone una vez agotada la etapa escrita descrita en el apartado anterior, de una etapa oral compuesta de dos audiencias, una audiencia inicial y una audiencia de instrucción y juzgamiento.

5.4.3.2.3 Audiencia Inicial

Se encuentra regulada en el art. 372. Se trata de una audiencia obligatoria que debe presidir personalmente el juez y a la cual deben concurrir personalmente las partes con sus apoderados so pena de asumir las consecuencias probatorias ante su inasistencia. Esta audiencia debe ser programada una vez se agote la primera etapa escrita, y tiene como propósitos:

1. Decisión de excepciones previas (núm. 5º), se trata de aquellas excepciones que requerían pruebas y no podían ser resueltas antes de la audiencia, por tanto, el juez deberá practicar exclusivamente los elementos de prueba que permitan resolver aquellas.
2. Conciliación (núm. 6º), desde el comienzo de la audiencia y en cualquier etapa, el juez exhortará a las partes para que intenten conciliar sus

proceso. Para el trámite de las excepciones de mérito -art. 443- se dispone que una vez surtido del traslado de éstas se citará a las audiencias inicial y de instrucción y juzgamiento del proceso verbal -art. 372 y 373- para los casos de menos y mayor cuantía, o a la audiencia concentrada del proceso verbal sumario -art. 393- para los casos de mínima cuantía. En estas audiencias les son aplicables por tanto los propósitos de las audiencias del proceso verbal y verbal sumario en lo pertinente, incluso las reglas que permiten dictar sentencia en audiencia inicial cuando sea posible y conveniente.

¹³⁵ El proceso verbal sumario regulado en el artículo 390 del código, será el trámite para aquellos procesos de mínima cuantía y los que expresamente establece el código en razón a su naturaleza. En su estructura, este proceso se realiza en una única audiencia que recoge los propósitos de la audiencia inicial y de la audiencia de instrucción y juzgamiento, para lo cual le serán aplicables los artículos 372 y 373 respecto del proceso verbal.

diferencias, por lo que se ha de entender como una conciliación judicial independiente a la conciliación extrajudicial que trae la ley 640 de 2001.

3. Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio (núm. 7º), el juez de manera obligatoria deberá interrogar exclusivamente a las partes sobre el objeto del proceso pudiendo incluso ordenar el careo; también se podrán decretar y practicar aquellas pruebas siempre que sea posible y estén presentes las partes; finalmente procederá el juez a fijar el litigio.
4. Control de legalidad (núm., 8º) el juez deberá hacer un control de legalidad de todos los actos procesales realizados hasta el momento, con el objetivo de evitar aquellas situaciones generadoras de nulidad o irregularidades en el proceso que puedan afectar la sentencia de fondo, para lo cual el juez deberá sanear los vicios, además deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario. Si se realiza lo anterior posteriormente no se podrá alegar dichas irregularidades salvo que se trate de hechos nuevos.
5. Sentencia (núm. 9º), se permite que en esta audiencia el juez pueda emitir su decisión cuando no se requiera de la práctica de otras pruebas. En este caso el juez después de escuchar los alegatos de las partes procederá a dictar sentencia. Esta posibilidad debe concordarse con lo dispuesto en el párrafo del mismo artículo que establece que si el juez advierte que la práctica de pruebas es posible y conveniente realizarse en la audiencia inicial, ya sea de oficio o a petición de parte ordenará agotar en esta el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual deberá proferir sentencia.
6. Decreto de pruebas (núm. 10º), el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que oficiosamente considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, conforme a las reglas de la prueba de oficio que trae el mismo código.

Esta audiencia inicial merece varios comentarios. Lo primero es que es nuclear en el concepto de proceso civil que se ha venido construyendo a partir de finales del siglo XIX. Con origen en la audiencia preliminar de Klein en su ordenanza de 1895 (Loutayf Ranea, 2004. p. 11) y también contenida en el CPCMI¹³⁶, pues recoge de alguna manera todos los propósitos o fines de las reformas al proceso civil a nivel mundial.

Se trata de una audiencia que puede enmarcarse incluso como etapa independiente a la escritural o preliminar y a la de juicio, por cuanto en ella se formalizan aquellos actos preparatorios necesarios que permitan al juicio resolver

¹³⁶ Regulada a partir del artículo 300 del CPCMI, si se miran los propósitos de la audiencia preliminar de este código, pueden encontrarse muchas coincidencias pudiéndose afirmar incluso que en esencia los propósitos son los mismos:

Art. 301 CPCMI: En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

1) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.

2) Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvencción.

3) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

4) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán, exclusivamente, las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y aquellas que lo fueron en la ocasión a que refiere el numeral 2.

5) Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4), pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días y, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos.

6) Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que, en ocasión de esa audiencia complementaria, se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 303.1.).

Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, refieran a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia (numeral 1).

exclusivamente la relación material que se discute. Pese a la diferencia en su denominación, puede decirse incluso que es esencialmente lo que en el *common law* se denomina etapa pre-trial -obviamente salvando ciertas diferencias- en la medida que busca despojar al juicio de aquellos actos o actividades que puedan realizarse de manera previa, y pudiendo centrarse exclusivamente en la práctica probatoria, los alegatos y la decisión.

Ahora bien, condensa en sus objetivos las herramientas principales de las denominadas *nuevas tendencias*, y es viable llegar a la conclusión analizando los propósitos que se propone el art. 372:

- Oralidad, inmediación y concentración: La audiencia se realizará en forma oral, para lo cual será obligatorio que el juez la presida no pudiendo ser dirigida por otro funcionario del despacho; igualmente la asistencia de las partes y los apoderados es obligatoria teniendo consecuencias probatorias y patrimoniales negativas en caso de inasistencia. Todos los actos que se realicen se harán de forma oral ante el juez y con las partes. Es claro que se da la concentración pues al interior se efectúan diversos actos con propósitos distintos que evitan dispersión de los actos procesales.
- Dirección judicial del proceso: El juez tiene facultades formales y materiales que si se ejercitan correctamente permitirán que el juicio se desarrolle adecuadamente. Entre las primeras se destaca el control de legalidad a los actos procesales y el saneamiento de los vicios que hasta el momento se presente. Entre las materiales se menciona el deber de interrogar exhaustivamente a las partes, decretar y practicar las pruebas tanto de las excepciones previas que así lo requieran, como del objeto del proceso siempre que sea posible practicarse en esta audiencia incluso si proviene de sus facultades oficiosas.

- **MARC's:** Se establece una etapa en la que el juez puede intentar que las partes solucionen consensualmente el litigio, se trata de una etapa que no depende de la anterior, una conciliación extrajudicial -aunque fallida-, sino que es una posibilidad que debe realizarse en el escenario judicial.
- **Desjudicialización o flexibilización:** Se trata de una etapa en la que diversas situaciones pueden generar que no tenga lugar el juicio:
 - a. Las partes lleguen a un acuerdo a través de la conciliación.
 - b. Todas las pruebas puedan ser practicadas en esta audiencia agotando en esta el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento¹³⁷.
 - c. De las pruebas existentes hasta el momento el juez tenga por probadas la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción¹³⁸ extintiva y carencia de legitimación en la causa.

Acá también se observa la flexibilización en el sentido de permitirle al juez cumplir en esta audiencia objetivos propios de la audiencia de juzgamiento cuando ello sea posible y conveniente.

- **Celeridad, eficacia y economía:** Tal como se plantea la audiencia, idealmente, al buscar que en una misma audiencia de desarrollen actos procesales distintos de manera concentrada y con intermediación del juez, lleva implícito el ideal de ahorrar el mayor tiempo posible, así como de recursos, al evitar la dispersión de los actos procesales. También se observa dicho fin con la posibilidad de dictar sentencia anticipada cuando fuera posible.

5.4.3.2.4 Audiencia de Instrucción y Juzgamiento

Esta audiencia está pensada para que habiéndose agotado correctamente las etapas anteriores, su función sea la de realizar la práctica de la prueba, escuchar

¹³⁷ El artículo 278 del código, numeral 2 dispone que el juez podrá dictar sentencia anticipada cuando no hubiere pruebas por practicar.

¹³⁸ Siempre que haya sido alegada por la parte.

los alegatos de las partes y proferir sentencia. También se llevan a cabo los interrogatorios a las partes cuando no se hayan podido realizar en la audiencia inicial y la justificación de inasistencia de la parte haya sido aceptada por el juez. Es una etapa en la que se puede fijar una vez más el objeto del litigio. El juez una vez escuchado los alegatos de las partes deberá proferir sentencia en forma oral.

Respecto de esta audiencia se destacan los siguientes elementos. En primer lugar, delimita el objetivo de la audiencia en cuanto a cumplir la función principal de práctica de prueba, alegatos y sentencia. En segundo lugar, existe un cambio sustancial en todo el régimen probatorio, que lo acerca considerablemente al modelo adversarial anglosajón.

Esto se observa claramente en tres aspectos:

1. El juez debe practicar personalmente las pruebas, para ello se valdrá de los adelantos tecnológicos cuando por razón del territorio u otras causas no pudiere hacerlo. La comisión es excepcional para la práctica de pruebas que se deban realizar por fuera de la sede del juzgado y no se pueda hacer uso de los medios tecnológicos.
2. La forma en que se practica la prueba: El sistema oral impone definitivamente una dinámica diferente a la práctica probatoria que se hace bajo el sistema escritural, esta dinámica se observa claramente en las reglas para la práctica del interrogatorio de parte -extraprocesal y procesal-, declaración de terceros, y de peritos. Ahora bien, es menester precisar que el Código de Procedimiento Civil en su régimen probatorio, ya traía un procedimiento de practica oral -que fue paulatinamente reformado por el decreto 2282 de 1989 y por la ley 794 de 2003, sin embargo, respecto de la prueba pericial -además de la pericia de parte- existe una diferencia sustancial al permitir la contradicción en audiencia tanto del perito de parte como aquél decretado de oficio.

3. Finalmente, la dinámica oral impone que la sentencia se profiera en audiencia de manera oral, estableciendo excepcionalmente su emisión en la forma escrita. Esto tiene implicaciones en materia de recursos.

5.4.3.2.5 Desjudicialización y flexibilización en el CGP: Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en el CGP y Funciones Jurisdiccionales a Autoridades Administrativas.

El artículo 372 que regula la audiencia inicial en el proceso verbal, y el artículo 392 que estatuye la audiencia concentrada del proceso verbal sumario, disponen como uno de los propósitos el de intentar la conciliación judicial entre las partes. En Colombia, la incorporación de los MARC's en el ámbito judicial comenzó a darse con las reformas realizadas por el decreto 2282 de 1989 que marcó el comienzo del camino para que en el marco del proceso se pudiera intentar la conciliación entre las partes, por ello, el Código General del Proceso sigue la línea que comenzó en dicha época y que ha evolucionado, de tal manera que la conciliación extrajudicial en derecho sea considerado como requisito previo para acceder a la jurisdicción en algunas causas conforme lo establece la ley 640 de 2001.

A lo anterior debe agregársele la adjudicación de funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas -art. 24- y la competencia a prevención de los jueces y notarios en relación con ciertas causas.

El objetivo de estas medidas es promocionar formas de justicia diferentes a la que ejerce el poder judicial. No se trata en manera alguna del reemplazo del proceso o su eliminación como instrumento principal de la función jurisdiccional, sino que son formas de justicia complementarias. Se busca que este sea la última opción, ya sea porque los asociados solucionen sus conflictos de forma consensual a través de dichos mecanismos alternativos, o a causa de que otras autoridades en razón a la naturaleza de ciertas causas pueden entrar a decidir de fondo ejerciendo propiamente función jurisdiccional. Existen no obstante mecanismos que refuerzan

la condición del proceso como instrumento principal, como por ejemplo la competencia a prevención, la doble instancia radicada en un funcionario judicial, y los MARC's, pero en el campo jurisdiccional propiamente dicho -conciliación judicial-

Este ideal ya tenía sustento constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 116¹³⁹ que en su redacción original ya autorizaba la atribución de funciones jurisdiccionales a ciertas autoridades administrativas siempre y cuando no se tratara de la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos, y también a los conciliadores y árbitros en forma transitoria¹⁴⁰.

Flexibilización procedimental del derecho anglosajón

En enunciados anteriores se mencionaron algunas circunstancias que pueden entenderse como parte de los propósitos de desjudicialización y flexibilización del Código General del Proceso.

No obstante, en el presente apartado quiere mencionarse una herramienta que pese a considerarse contribuciones concretas del Case Management, no fue acogida por el código y en general por las reformas al proceso civil en Iberoamérica. Se trata de del *Differential Case Management* -dirección diferencial de casos- (López Medina, 2004. p.74).

Se trata de que el juez de la mano de las partes, decidan que trámite darle al proceso de acuerdo con la complejidad de cada caso, para ello se recurre a un plan individual que permite diseñar la mejor vía para ahorrar tiempo y gastos en el proceso. El plan individual permite acortar los términos, aunque no alargarlos (López Medina, 2004. p.173-177). En el caso colombiano la ley 1395 redujo los

¹³⁹ En materia penal, la reforma constitucional realizada a través del acto legislativo 03 de 2002 autorizó la atribución de función jurisdiccional a los jurados en las causas criminales. Debe decirse, no obstante, que esta institución aún no tiene desarrollo en el proceso penal colombiano.

¹⁴⁰ Los conciliadores y los árbitros pueden proferir fallos en derecho o en equidad según lo determine la ley.

tipos de procesos del Código de Procedimiento Civil, dejando respecto del declarativo solo el proceso verbal, lo que puede entenderse como una forma de flexibilizar los reglados trámites que se le deben dar al proceso. Como ya se analizó el Código General del Proceso siguió esta misma línea en lo que tiene que ver con los procesos declarativos.

Pese a ello, no se llega al nivel de la gestión diferencial de casos. El juez sigue estando sujeto a las normas procedimentales en relación con la jurisdicción y competencia que establecen, según las reglas allí contenidas, qué tipo de proceso se le debe dar o en palabras de López Medina (2004 p. 173-177) la ley establece flujogramas procesales rígidos.

El principio de legalidad derivado del artículo 29 constitucional no impone otra cosa, pues procesalmente hablando el asociado debe conocer ex-ante el hecho que activa su derecho de acción. Tiene la desventaja que por ejemplo no necesariamente los asuntos de mayor cuantía representen una complejidad fáctica o jurídica, lo que priva al juez de hacer un análisis previo del caso. Pero incluso desde antes de 1991 la tradición jurídico-procesal colombiana se ha inclinado por este mecanismo de regular los trámites de los procesos, por lo que es una tradición fuertemente arraigada.

En esta etapa, según lo dispone el artículo 368, el proceso verbal será el trámite por el que se sujetará toda causa que no esté sometida a un trámite especial. El proceso verbal sumario aplica para aquellas causas de mínima cuantía y otras que expresamente dispone el artículo 390. Lo que se resalta es que el proceso verbal y verbal sumario, será el trámite general para aquellos procesos declarativos.

5.4.4 Poderes de Dirección formales y materiales: Dirección judicial y Gerencial del Proceso

Este es quizá uno de los elementos centrales del concepto *nuevas tendencias o tendencias contemporáneas*. Ya se ha hecho referencia a la existencia de una triada conformada por la oralidad, la eficiencia y economía procesal, y el concepto de dirección judicial del proceso, que se erige en los bastiones de la reforma procesal civil en el mundo desde finales del siglo XIX.

De esta manera, se considera que ya es una cuestión de Perogrullo, que el concepto de dirección judicial del proceso es introducido en la justicia civil colombiana con el código de 1970. El CGP es presentado de esta manera incluso por sus redactores, como una norma que continúa y refuerza esa tradición que ya estaba en el ordenamiento jurídico colombiano. Por eso, en lo que tiene que ver con los poderes y facultades del juez civil, es claro que el CGP refuerza más no incorpora el concepto de dirección judicial del proceso.

Debe comenzarse diciendo que el CPC de 1970 ya traía incorporada en su redacción original, unas disposiciones específicas en relación con los deberes del juez, sus poderes de ordenación e instrucción y sus poderes disciplinarios- artículos 37,38 y 39¹⁴¹-. Entre ellos ya se encontraba estipulado el deber de dirección del proceso, al punto de responsabilizarlo por las demoras que pudiesen ocurrir, y también lo relacionado con la prueba de oficio, tema que se abordará más adelante.

El CGP retoma lo que ya traía el CPC, aunque con algunas diferencias que pueden sintetizarse en los siguientes aspectos:

1. Diferencias de redacción: se evidencian cambios gramaticales en la redacción de los poderes y facultades del juez civil. Algunos de ellos tienen

¹⁴¹ Estas disposiciones fueron también sujetos de la reforma realizada por el decreto 2282 de 1989.

consecuencias prácticas en el proceso, como por ejemplo la redacción en lo referente a la prueba de oficio en cuanto a su naturaleza de poder-deber y no una mera facultad, y también puede mencionarse como ejemplo el deber de presidir las audiencias, consecuencia lógica de un proceso montado en la oralidad e inmediatez del juez. También se presenta reemplazo y adición de ciertas palabras que no implican como tal, cambios esenciales respecto de lo regulado anteriormente.

2. Se adicionan algunas disposiciones que no se encontraban presentes en el CPC ni en sus reformas, algunas de ellas ya mencionadas en apartados anteriores, y que pueden ser enunciadas así:

Deberes del juez¹⁴²:

- ⇒ Deber de adoptar las medidas necesarias para sanear los vicios de procedimiento.
- ⇒ Obligación de integración oficiosa del litisconsorcio necesario.
- ⇒ Interpretación de la demanda de una forma que permita decidir el fondo del asunto.
- ⇒ Deber de motivación y sustentación de las providencias¹⁴³.
- ⇒ Control de legalidad de cada etapa procesal una vez agotada.
- ⇒ Uso del plan de justicia digital.

¹⁴² Artículo 42 del CGP.

¹⁴³ En relación con esto, pese a que el CPC no tuviera expresamente el deber de motivar las sentencias, la jurisprudencia constitucional ya había definido que la motivación de las providencias es una de las garantías derivadas del debido proceso, hasta el punto de que es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Sobre este punto y en jurisprudencia reciente, se puede acudir a las sentencias T 202 de 2017 y T 237 de 2017.

Poderes de instrucción y ordenación¹⁴⁴:

- ◇ Ordenar a las partes aclaraciones y explicaciones pertinentes en torno a las posiciones y peticiones que se presenten.
- ◇ Exigir a las autoridades o particulares información que pese a ser exigida por el interesado no le haya sido suministrada siempre que sea relevante para el proceso. También se puede utilizar este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado.

Poderes correccionales¹⁴⁵:

- ◇ Sancionar con arresto a quien impida u obstaculice la realización de cualquier audiencia o diligencia.

Ahora bien, analizando estas diferencias desde la óptica de la teleología del Código, y específicamente en lo relacionado a la dirección judicial del proceso, es indiscutible que se han incorporado situaciones que refuerzan la necesidad de un juez director y que la práctica judicial demostró ser necesarias ante las dilaciones que se presentaban en el trámite de algunas causas.

A este respecto, la prueba de oficio es quizá una de las herramientas más importantes con que cuenta el juez en su objetivo de una decisión cuya justicia se determina en función de su concordancia con la verdad de los hechos. Es al mismo tiempo uno de los puntos centrales de discordia en la teoría general del derecho procesal y del proceso en lo que toca a la estructuración de los poderes y facultades del juez y las partes, siendo uno de los elementos centrales del debate publicismo – garantismo.

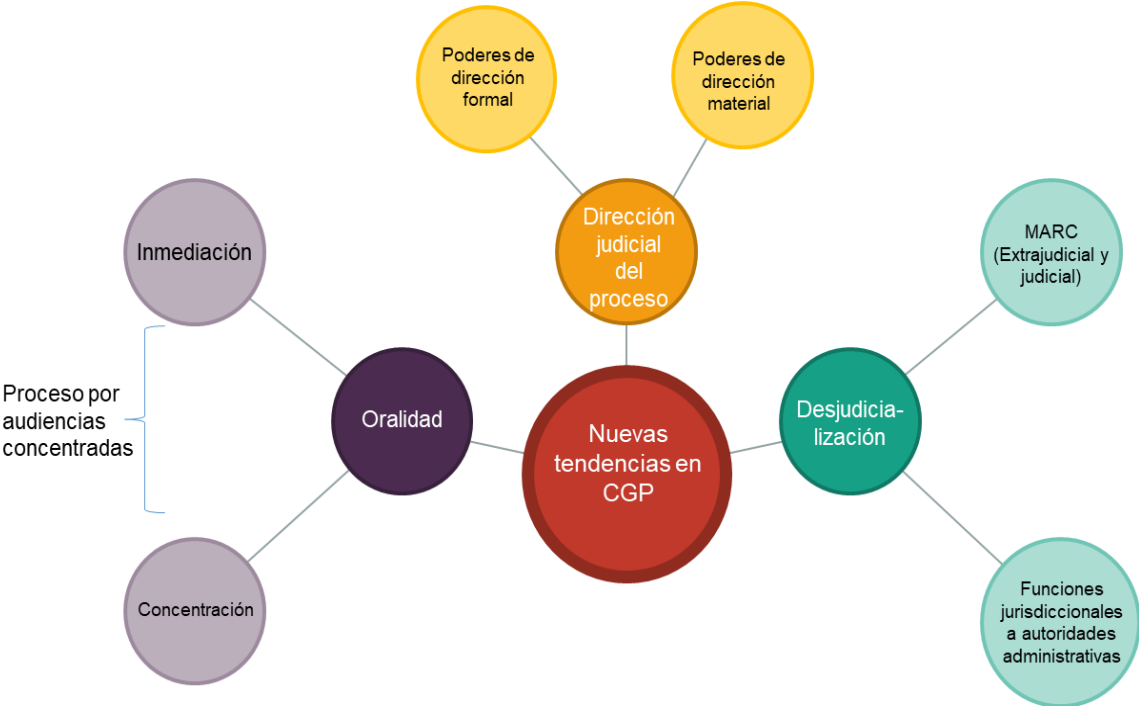
¹⁴⁴ Artículo 43 del CGP.

¹⁴⁵ Artículo 44 del CGP.

Las discusiones que se puedan presentar respecto de la prueba de oficio en la materia en perspectiva dogmática son bastante amplias y actuales, por lo que más que dilucidar sobre ellas, lo que se quiere destacar es que la nueva codificación continúa con la línea trazada por el CPC y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a aquella como un poder-deber del juez que puede tener consecuencias jurídicas importantes.

El estatuto procesal reafirma la idea de que la decisión justa es aquella que más allá del respeto en la forma -en sus correctos límites- sea resultado de un debate dialéctico conforme a la verdad alcanzada con la prueba. No hacerlo de esta manera, activa para el asociado la posibilidad de controlar la decisión a través de los distintos recursos legales y constitucionales que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.

Figura 21. Nuevas tendencias del CGP



Fuente: Elaboración propia

5.4.4.1 Rol del Juez en la Jurisprudencia Constitucional

Lo primero que debe decirse, es que al estudiar el papel del juez en el proceso y de una manera general del papel del juez en el Estado Constitucional, la Corte Constitucional no utiliza el concepto de *nuevas tendencias*, enfatizando solo sobre sus elementos, fenómeno que ocurre de manera similar con la Corte Suprema de Justicia, órganos colegiados que prefieren hacer referencia a los cambios ideológicos y no a conceptos propiamente hablando.

Un hallazgo importante al estudiar la jurisprudencia constitucional es la manera como se aborda el papel del juez en el proceso y en el Estado Constitucional, en tanto al desarrollar el mismo, se encuentran una serie de elementos que conforman un mismo discurso, es decir, la instauración de procesos judiciales en oralidad, con un juez activo, teniendo como objeto el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, y la garantía de proveer una tutela judicial efectiva, eficaz y en un tiempo razonable.

Han sido múltiples pronunciamientos en los cuales el alto tribunal constitucional ha dejado su sentir en relación con estos temas. En lo concerniente a los principios de oralidad, inmediación y concentración, una providencia destacable es la Sentencia C-713 de 2008¹⁴⁶ que hizo control previo automático a la ley estatutaria 1285 que modificó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Dos son los aspectos fundamentales¹⁴⁷ a tener en cuenta en esta providencia, lo primero es en relación a la naturaleza de principio de la oralidad, lo que implica el reconocimiento constitucional de que la oralidad no es una mera regla técnica, sino una norma con la estructura de un principio.

¹⁴⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁷ Estos temas fueron reiterados en Sentencia C 543 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En segundo lugar, la íntima relación que existe entre la oralidad y el acceso a una administración de justicia¹⁴⁸ pronta y eficaz, por lo que a su juicio la oralidad es un instrumento que permite lograr el ideal de una justicia con celeridad, y con favorecimiento de la inmediación como una forma de acercar el juez a las partes.

En sentencia C-124 de 2011¹⁴⁹, a propósito de la oralidad en la ley 1395 de 2010, tuvo la posibilidad de reiterar algunas afirmaciones previamente ya realizadas, y describir la naturaleza e implicaciones de los principios de inmediación y concentración¹⁵⁰. Reitera que la oralidad es un mecanismo que permite dotar de celeridad a los procedimientos judiciales, pero adicionalmente expone algunos argumentos interesantes en relación con la inmediación y a la concentración, especialmente es menester resaltar que para la Corte estos principios son garantías integrantes de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

¹⁴⁸ En relación con la tutela judicial efectiva o acceso a la administración de Justicia como elemento del núcleo esencial del debido proceso existe jurisprudencia más que abundante, se pueden mencionar las sentencias C-426 de 2002, C-1177 de 2005, C-279 de 2013, C-086 de 2016.

¹⁴⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁰ En esta misma providencia, la corte describe los principios de inmediación y concentración: La inmediación, como es sabido, versa sobre la constatación personal del juez y las partes del material probatorio y las acciones procedimentales en sí mismas consideradas, dirigidas a la formación de un criterio íntimo y directo sobre los argumentos fácticos y jurídicos relacionados con el caso. Sin duda alguna, la inmediación tiene profundos efectos en la debida administración judicial, puesto que permite la consecución de más y mejores decisiones, lo que redundaría en la satisfacción del valor justicia, nodal para el Estado constitucional. El mismo tópico ha sido considerado en similares términos por la jurisprudencia de la Corte, la cual ha indicado que entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin. Se considera que mediante la aplicación de dicho principio es más posible descubrir la verdad de los hechos y proferir una decisión justa, es decir, alcanzar el ideal del derecho.

La concentración, que busca que el desarrollo del proceso se efectúe en una o pocas audiencias, tiene incidencia directa en el logro de un procedimiento sin dilaciones injustificadas, en la medida en que supera las dificultades que sobre ese particular presenta el trámite escrito que, por su misma naturaleza, suele dilatarse en el tiempo (...) La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias, próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado (...)" Esta descripción también se encuentra en sentencia C 830 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Esta afirmación tiene consecuencias fundamentales, por cuanto impone al legislador ciertos límites a la hora de estructurar los procedimientos judiciales pese al alto margen de configuración con que cuenta el legislador. Esto confirma la tendencia a considerar que la oralidad, inmediación y concentración no solo son asuntos de técnica legislativa, sino que tienen una relación insoslayable con los fines esenciales del Estado y con ciertos derechos fundamentales. En la Sentencia C-583 de 2016¹⁵¹ la corte se pronunció en relación con la oralidad a propósito de las modificaciones realizadas al proceso laboral con la ley 1149 de 2007 reiterando la íntima relación entre aquella y la celeridad de los procedimientos judiciales. La instauración de la oralidad en los procesos tiene como objeto hacer estos más expeditos y económicos afirmó.

Otro de los aspectos centrales en la jurisprudencia constitucional es el relacionado con la celeridad y eficiencia de la administración de justicia. Desde antes de la reforma realizada por la ley 1285 de 2009, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia contemplaba en su versión original¹⁵² la celeridad como principio de la administración de justicia.

Por otro lado, la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos ya destacaba que la celeridad es uno de los principios que debe regir la administración de justicia bajo la Constitución de 1991, y así lo dejó sentado entre otras, en las sentencias T-450 de 1993, C-416 de 1994, C-037 de 1996, T-577 de 1998, C-803 de 2000, C-648 de 2001, T-558 de 2003, C-874 de 2003, C-183 de 2007 y C-713 de 2008.

En la sentencia C-416 de 1994¹⁵³, la Corte Constitucional precisó que el proceso

¹⁵¹ M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

¹⁵² ARTÍCULO 4. CELERIDAD. La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación 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”.

¹⁵³ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

(...) se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia

En sentencia C-543 de 2011¹⁵⁴ el alto tribunal apuntó que la celeridad no constituye en sí misma un derecho, sino que busca garantizar dos derechos fundamentales esenciales en un Estado Social de Derecho, por un lado, el debido proceso y por otro el acceso a la justicia, ambos concretizados en el ideal de una justicia que sea pronta para los asociados.

La celeridad supone un manejo eficiente de los recursos disponibles, por ello a la administración de justicia también le es aplicable el principio de eficiencia respecto de la función administrativa, por lo que la administración de justicia está en la obligación de

(...) maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.¹⁵⁵

Así entonces, la celeridad y eficiencia supone para el Estado una serie de deberes y obligaciones, sin embargo, también puede suponer tensiones con otros derechos fundamentales que al igual que el debido proceso y acceso a la justicia gozan de protección constitucional. Entre ellos se puede mencionar el derecho de defensa, el cual puede verse menguado si se limitan las oportunidades y se reducen los términos procesales para presentar y controvertir los argumentos y las pruebas, así como para impugnar las providencias judiciales.

¹⁵⁴ M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁵⁵ Sentencia C 826 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La solución para esta colisión se resuelve acudiendo a evaluar la proporcionalidad de las limitaciones que se hagan al derecho de defensa toda vez que el debido proceso al igual que otros derechos no tiene el estatus de absoluto¹⁵⁶.

5.4.5 Nuevas Tendencias y sus Implicaciones en perspectiva de los Jueces Civiles del Circuito de Medellín.

5.4.5.1 Cambio Ideológico y Mentalidad del Juez

El CGP es publicista, de eso no hay duda, aunado a que los intereses en litigio son mixtos. Al mismo tiempo, existe un fuerte interés del Estado por una correcta aplicación del ordenamiento jurídico. De la misma forma, los intereses privados de las partes coexisten con otros de naturaleza pública de manera que estos deben ceder ante el ideal de una decisión justa acorde con la verdad histórica.

En este escenario, el juez es un actor central de los fines de la justicia civil. La triada de oralidad, eficacia y dirección judicial del proceso debe entenderse de forma sistemática. A partir de estos elementos han de entenderse las implicaciones de las *nuevas tendencias* en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del juez civil.

Sobre este punto en el trabajo de campo realizado, se le preguntó a los funcionarios judiciales si ¿Consideraban que con la entrada en vigencia del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) se muestra un cambio ideológico de mayor calado en el esquema procesal colombiano, partiendo del objetivo dual de una justicia que, al mismo tiempo, sea genuinamente eficiente y genuinamente justa?

¹⁵⁶ Sentencia C 543 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

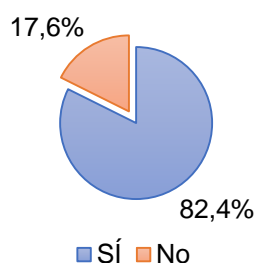
Tabla 2. Pregunta No. 5

Pregunta No. 5	Frecuencia	Porcentaje
Sí	14	82.4%
No	3	17.6%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

De la encuesta realizada se advierte que el 82.4 % de los funcionarios judiciales respondió de manera contundente sobre la necesidad de un cambio de mentalidad en el juez, por el contrario, el 11.8% respondió negativamente, tal como lo advierte la gráfica que se relaciona a continuación, dato que resulta paradójico, pues lo que se ha advertido hasta este momento es que ese cambio de concepción de cómo entender la sistemática procesal civil, debió haberse producido desde mucho antes bajo la nueva base dogmático-ideológica que orientaba a la justicia civil del siglo pasado, posición soportada en las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia -ya estudiadas en líneas anteriores- en las que exhortaba continuamente a los jueces a hacer uso de los poderes y facultades que la nueva norma les atribuía como algo necesario para garantizar la prevalencia del derecho sustancial.

Gráfica 1. Pregunta No. 5



Fuente: Elaboración propia

De esta manera, aunque existe la afirmación de que el cambio cultural respecto de la ideología del proceso civil no se ha dado en las proporciones adecuadas, no es

menos cierto que la expedición del CGP ahonda en esa necesidad e incluso la refuerza. Por ello, si bien es claro que existen cambios que requieren tiempo para su completa asimilación, también es cierto que ha existido cierta resistencia respecto al papel del nuevo juez civil al interior del proceso.

Así las cosas, en el proceso de recodificación de la mentalidad jurídica colombiana, la justicia social exige una garantía eficiente y pronta de los derechos subjetivos, desterrando el concepto formalista del derecho procesal, pues se despeja la vía para aplicar la prevalencia de los derechos sustanciales de ley y de constitución frente a las normas de procedimiento, pregonándose nuevos métodos de interpretación de las normas procesales y trazándose la regla interpretativa de darle sentido a la norma ajustándola al ordenamiento jurídico, en fin destaca la importancia imprescindible de la axiología en el derecho procesal y en el juzgamiento.

Ahora bien, ¿Por qué es necesario ese cambio? El anterior cuestionamiento es válido, por la potísima razón de tenerse por sabido que, a nuevas instituciones, nuevas disquisiciones y raciocinios, y nuevo estado de pensamiento y de prácticas. De nada sirve introducir cambios, más cuando estos se pueden caracterizar de trascendentales e integracionistas, si su ejecutor sigue anclado en el pasado lamentando con el pasar de los días los cambios institucionales que se realizan conspirando contra ella y aplicando criterios obsoletos, sin que esto quiera decir que la formación precedente sea desaprovechada y por ende totalmente prescindible, por el contrario deben cultivarse las nuevas valoraciones y las novedades que aparecen con la única finalidad de lograr una adecuada administración de justicia.

Este es un vital y comprometedor aspecto, en tanto existe la necesidad de concientizar al funcionario judicial de las transformaciones ocurridas y de sus buenos frutos para que estas obren y trasciendan los rendimientos esperados,

sino se da esta asimilación partiendo de un análisis concienzudo de la necesidad del cambio es menos que imposible que se de ese indispensable ajuste.

Es importante destacar que más allá del interés privado de las partes inmersas en el proceso, posición que se mantuvo con el código de procedimiento civil, se encuentra un interés social bajo una idea de justicia social que se esgrime como una garantía eficiente y pronta de los derechos subjetivos no solo de rango constitucional, el cual se ve comprometido en ciertas clases de relaciones jurídicas que hace necesaria la intervención del juez a través de los poderes que se le otorgaron sobre las facultades dispositivas de los interventores. Cabe destacar que, si bien nuestro sistema procesal civil se caracteriza por el impulso de parte, también es cierto que se debe satisfacer el interés general de justicia, prolegómeno que se ha advertido a la hora de potenciar la esencia del código general del proceso.

De cara a ese interés general de justicia, se deben reafirmar los poderes del juez en favor de la consolidación de la igualdad material, mandato plasmado en el artículo 4º y 42 N.º 2 del Código General del Proceso, o en el poder deber del juez de interpretar las normas procesales en favor de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial garantizando en todo caso la tutela de los derechos fundamentales tal como lo prescribe el artículo 11 del mentado código, con lo cual se aspira que habrían de terminar los excesivos rituales propios de jueces que olvidan este sacro principio que ha denominado la Corte Constitucional del “exceso ritual manifiesto”, como una forma de corregir las violaciones al debido proceso.

Asimismo, se deben dejar atrás, los alardeos de los operadores del sistema y las inequidades de las partes, lo cual atenta contra una adecuada administración de justicia. Cabe destacar que a veces el proceso tendiente a resolver conflictos de intereses en orden a establecer una paz justa y cierta, lo cual resultó desvirtuado por el exagerado ritualismo que en la actualidad constituye una rémora del

sistema. Ello ha sido blanco de críticas con el transcurrir de los años, viendo que la justicia ha sido disminuida y menguada en su realización integral y plena.

Si bien aún se valora la actuación del juez en la medida que solo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes, no menos es su papel al interior del proceso toda vez que puede solicitar pruebas de oficio, lo que conlleva a que complemente su material de conocimiento a efectos de tomar una decisión adecuada, y así brindar un adecuado servicio de justicia, traducido por medio de una sentencia que se ajuste a los valores que aquella debe contener. Lo es también que tal finalidad no se puede lograr sin un conocimiento, lo más perfecto posible de los hechos sometidos a su consideración, es por ello que la actividad jurisdiccional debe ser contemplada dinámicamente para dar cabida a los fines públicos explícitos e implícitos que se desprenden de las últimas reformas al proceso civil.

Piénsese en la prescripción del poder a favor del juez de distribuir la carga dinámica de la prueba o cuando la sentencia objeto de recurso atente contra los derechos y las garantías constitucionales. Se trata entonces de un juez con un amplio margen de discrecionalidad, por lo que lejos parece quedar, aunque ello también depende de un cambio en la cultura jurídica por parte de los actores aquel juez temeroso tanto de ajustar los procedimientos a las necesidades del caso concreto como de actuar con espíritu integrador ante la existencia de lagunas normativas. Por el contrario, el Código General del Proceso llama la atención para no dar trámite a formalidades innecesarias (Art.11), un juez que ante la existencia de lagunas normativas debe recurrir no solo a la analogía legis sino en su defecto a la analogía iuris, así como también a los principios constitucionales del derecho procesal, como lo enuncia el artículo 12 del mencionado ordenamiento. En pocas palabras, un juez cuya actividad se despliega en un escenario de las fuentes del derecho que rompe con el formalismo propio del positivismo legislativo, y que abre la puerta al reconocimiento de una realidad en términos de realismo jurídico innegable.

En efecto con la locución inquisitorio en contraposición al modelo adversarial o acusatorio, se pretende escribir un proceso civil donde el juez interviene con toda su estructura burocrática para controlar y dirigir el proceso judicial, dentro de los límites eso sí, del principio dispositivo, pero sin dejar de lado, el interés público de su labor. Un modelo que se contrapone con la idea de matriz inglesa y estadounidense que imagina un juez árbitro imparcial, que se limita a controlar y regular prosecución correcta de las reglas procesales en la contienda formalmente igualitaria de las partes.

Así entonces, en el universo jurídico anglosajón el juez también ha entrado en una etapa de activismo en proporción al abandono de su título de árbitro ajeno a la controversia, basta con identificar las recientes reformas del derecho procesal inglés que evidencian una tendencia fuerte hacia el fortalecimiento de los poderes en la intervención por parte del funcionario judicial, como “*El Access to Justice Act*” de 1999 o el “*Constitutional Reform Act*” de 2005. Siendo así, el juez como director del proceso no puede asumir una actitud pasiva frente a la actividad procesal de las partes (engaños, mentiras, temeridad, recusaciones maliciosas), porque se abandona el concepto de eficacia y certidumbre jurídica en lugar de actuar sobre la base de sanciones y poderes. Hay un deber de eficiencia que el estado debe preservar y en el que las partes y sus abogados se encuentran inmersas.

Pero, con las anteriores precisiones cabe preguntarse si la mentalidad del funcionario judicial está preparada para este cambio de paradigma.

Cuestionamiento que también le fue planteado a los encuestados, preguntándoseles si ¿Consideraban que para el logro de los fines que se propone el CGP (Ley 1564 de 2012) es necesario un cambio mentalidad en el juez que le permita reaccionar dinámica y adaptativamente en el uso de sus poderes y facultades en materia de dirección del proceso civil?

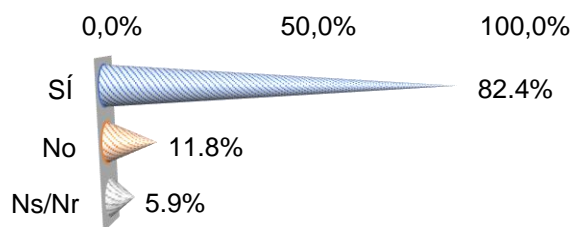
Tabla 3. Pregunta No. 6

Pregunta No. 6	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	14	82.4%
No	2	11.8%
Ns/Nr	1	5.9%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

El 82.4% de los encuestados indicaron que además de los cambios normativos es preponderante el aspecto subjetivo del juez respecto del debido uso de los poderes y facultades que la nueva norma le otorga, en cambio el 11.8% señala que no es necesario este cambio y el 5.9% no respondió la pregunta.

Gráfica 2. Pregunta No. 6



Fuente: Elaboración propia

Frente a este cuestionamiento se recurre a lo que plantea Duncan Kennedy sobre el funcionario judicial, el cual debe centrarse en “Invertir una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de la que en principio parecía la mejor. Hace lo mismo en todos los casos en los que el derecho le parece “demasiado liberal”. A veces tiene éxito y a veces no. Cuando fracasa, elige sin rencores una norma que difiere de su preferencia legislativa. En otras palabras, cualquiera que sea la norma que finalmente elija aplicar al caso, representará la mejor interpretación que ha podido encontrar para los materiales. Escribe sentencias que son formalmente “jurídicas” y que reflejan su honesta

creencia de que el derecho “exige” el resultado que se ha alcanzado” (2010. p. 38-39)

Por ello, indica el autor norteamericano que el papel activista del funcionario judicial tiene una motivación acompañada con el sentir de justicia en el caso puesto de presente, toda vez que lo que pretende es que

“El logro de una sentencia justa, para preferir un resultado en vez de otro a lo largo de una amplia variedad de casos, y trabaja para hacer que esos resultados sean derechos. Nótese que esta forma de activismo está orientada a las normas jurídicas. La jueza tiene una preferencia por una norma distinta de la que piensa que tal vez debería aplicar, no una preferencia por una de las partes en litigio”. Todo ello con la única finalidad de “Establecer que la solución legislativa que prefiere es la solución jurídica correcta (Kennedy, Duncan, 2010. P. 39)”.

5.4.5.2 Dirección judicial del proceso y oralidad.

Se ha dicho, reiteradamente a lo largo de este trabajo, que en el proceso civil contemporáneo, la oralidad y la dirección judicial del proceso son herramientas que caminan de manera paralela en los procesos de reforma a la justicia civil desde finales del siglo XIX siendo elementos centrales de las tendencias contemporáneas en materia de configuración de la justicia civil.

Por ello, al indagarse a los jueces civiles del circuito sobre este punto, se encuentra que tienen clara la importancia de esas herramientas en el proceso civil contemporáneo.

En efecto, se les preguntó a los Jueces Civiles del Circuito de Medellín si ¿Consideran que el proceso configurado por el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con un procedimiento civil por audiencias orales, con un papel preponderante del juez en la búsqueda de la verdad como requisito de la justicia material hace parte de las tendencias procesales contemporáneas en materia de la función jurisdiccional de los jueces (civiles)?

Tabla 4. Pregunta No. 3

Pregunta No. 3	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	17	100.00%
Total, general	17	100.00%

Fuente: Elaboración propia

Se observa que el 100% de los encuestados consideran que el proceso configurado por el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) con un procedimiento civil por audiencias orales y papel preponderante del juez en la búsqueda de la verdad como requisito de la justicia material sí hace parte de las tendencias procesales contemporáneas en materia de la función jurisdiccional de los jueces civiles, lo que confirma que los jueces manejan el concepto de nuevas tendencias procesales y conocen los elementos o características de las mismas.

Ahora bien, el interrogante sobre ¿Qué implicaciones representa desde las nuevas tendencias la oralidad para el juez en el ejercicio de su función? La oralidad permite un contacto directo del juez con las partes, y bajo una adecuada puesta en marcha permite que el proceso sea más eficaz. Los poderes y facultades - formales y materiales- al mismo tiempo permiten por un lado que la marcha del proceso no esté exclusivamente en manos de las partes y por otro que la investigación de la verdad como presupuesto de la justicia de la decisión, se permita a través de facultades oficiosas en materia probatoria.

Y es que esa situación fue objeto de discusión, pues se les indagó a los mentados funcionarios judiciales si ¿Consideraban que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?

Tabla 5. Pregunta No. 4 Con respecto a Dirección judicial del proceso y oralidad.

Pregunta No. 4	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	17	100.00%
Total, general	17	100.00%

Fuente: Elaboración propia

El 100% de los jueces encuestados consideran que los principios que orientan el CGP y las nuevas tendencias si tienen consecuencias reales, materiales y prácticas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Los cuales, al justificar su afirmación, dieron distintas respuestas, pero todas encaminadas a partir de dichos principios como mecanismos para un eficaz avance del CGP.

Tabla 6. Justificación a la pregunta No. 4 Con respecto a Dirección judicial del proceso y oralidad.

4. ¿Considera usted que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?	Justifique	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	Ante la posibilidad de tener conocimiento directo, presencial e inmediato de la prueba, la decisión puede ser más acertada y justa	1	5.9%
	Brinda agilidad y participación	1	5.9%
	Con el sistema escritural, la intermediación era simple retórica, hoy no, la intermediación permite el empoderamiento del juez en pro del usuario Vs justicia material	1	5.9%
	El manejo de la audiencia y coherencia de la decisión de parte de los principios en conjunto citados	1	5.9%
	En cuanto a la prueba oficiosa	1	5.9%
	Es el juez el que tiene el empoderamiento del proceso y de la decisión	1	5.9%
	Es más interesado en todo el trámite del proceso, y en especial de las audiencias, sobre todo si son concentradas	1	5.9%
	Esas características del proceso oral son las que dan garantías del goce del derecho de acceso a la justicia	1	5.9%
	Implica un gran cambio en la forma en que se venían tramitando y resolviendo los casos	1	5.9%

4. ¿Considera usted que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?	Justifique	Frecuencia	Porcentaje
	Permite hacer la calificación jurídica de los hechos que intentan probarse con un conocimiento directo ante la necesidad de tomar una decisión motivada	1	5.9%
	Por cuanto está impedido a ser más proactivo en el proceso	1	5.9%
	Porque estar más cerca de la prueba le permite tomar decisiones más acertadas	1	5.9%
	Postura diligente para conciliar, al fijar el objeto del litigio el juez que escucha la alegación es el mismo juez del fallo	1	5.9%
	Pues ello permite que las decisiones sean adoptadas con mayor cercanía del juez al objeto de litigio y a las pruebas	1	5.9%
	Se logra una pronta administración de justicia; celeridad; además se logra una dirección de proceso por parte del juez, y más cercano al devenir del mismo por la inmediación que se ejerce, logrando eficiencia	1	5.9%
	Sí, en cuanto a los principios de oralidad y concentración, pues procura una justicia pronta y cumplida. Inmediación y publicidad imperaba en el CPC	1	5.9%
	Toda vez que el principio de la inmediación es determinante de cara a la valoración probatoria y por ende de la decisión	1	5.9%
	Total, Sí	17	100.0%
Total, general		17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Es así como se destaca por un lado que los jueces son conscientes de lo que en su correcta implementación representa la oralidad para el proceso, empero, se observa que pese a la divergencia en cuanto a las justificaciones dadas, aquellas giran en torno a la articulación de elementos como la dirección judicial del proceso, eficiencia y economía y acceso a la justicia, elementos que en su sentir se complementan con otras herramientas como la desjudicialización que reitera la importancia de los MARC's como formas de justicia consensual, y de la atribución de función jurisdiccional a autoridades administrativas como alternativa y complemento del proceso.

No puede perderse de vista que tales contestaciones generan ciertas inquietudes, en la medida que surge la incógnita que ya se ha venido manejado, esto es, si los jueces tienen conocimiento de las ventajas de la oralidad y su relación con la dirección judicial del proceso como formas de mejorar al acceso a la justicia, ¿Por qué existe resistencia al cambio? Si bien jurisprudencialmente ya se reconocía desde antaño el rol activo del juez en el proceso civil, no se encontraba una razón clara que permitiera comprender como ha avanzado ese proceso de cambio.

Desde la exposición de motivos del código, hasta su presentación, se ha observado que la oralidad ha sido el caballito de batalla que permite -al menos teóricamente- articular de una mejor forma el rol del juez en el proceso civil a través del uso de sus poderes y facultades bajo el concepto de la audiencia concentrada. Aquí entonces, el CGP no incorpora la oralidad al proceso civil, pero si lo reestructura a través de la configuración de un proceso por audiencias concentradas, lo que en teoría permite articular mejor las facultades del juez en el proceso.

5.4.5.3 La eficiencia, eficacia y economía del proceso

Como parte de la retórica de los procesos de reforma, el ideal de una administración de justicia que sea eficiente y poco costosa constituye un aspecto central. Al indagarse a los jueces civiles del circuito de Medellín, sobre si: ¿Consideran que bajo el CGP (ley 1564-2012) la anhelada celeridad y eficiencia del proceso civil, acerca la práctica procesal civil colombiana a la retórica contemporánea de eficiencia y reducción de costos que se impone sobre el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva?

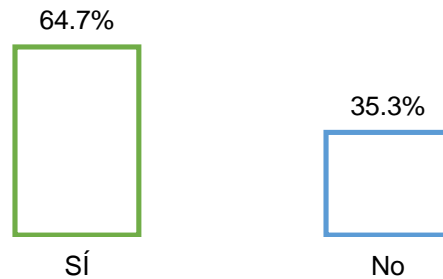
Tabla 7. Pregunta No. 8 con respecto a La eficiencia, eficacia y economía del proceso

Pregunta No. 8	Frecuencia	Porcentaje
Sí	11	64.7%
No	6	35.3%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Se evidencia entonces que el 64.7% de los jueces encuestados respondió afirmativamente, seguido del 35.3% que contestó negativamente.

Gráfica 3. Pregunta No. 8 con respecto a La eficiencia, eficacia y economía del proceso



Fuente: Elaboración propia

Con base en la respuesta dada por los funcionarios, puede cavilarse un análisis en dos perspectivas. Un primer aspecto que puede mirarse a modo de contraste respecto de los puntos anteriores. El 64.7 % podría interpretarse en el sentido que los jueces no consideran que el acercamiento en la práctica civil colombiana al discurso de la eficiencia y reducción de costos se logre a partir del CGP, sino que es más un discurso que si bien no logró arraigarse con el CPC si empezó a tener relevancia con reformas posteriores y más concretamente con la ley 270 de 1996.

No obstante, esta interpretación se contrapone a la resistencia al cambio cultural y mental que se analizó en el punto anterior pues es claro que la retórica de la eficiencia y economía viene de la mano con el aumento del protagonismo del juez en el proceso.

Desde la otra perspectiva pareciera indicar que ese 64.7% considera además que el discurso de la economía y eficiencia no se impone al acceso a la justicia, sino que se trata de un punto de equilibrio entre los diversos intereses que se encuentran en juego.

Desde el punto de vista teleológico, existen también implicaciones respecto de los objetivos y fines que la justicia civil se propone. Para ejemplificar lo dicho, acudamos al trabajo presentado en 1977 en Bélgica¹⁵⁷, por el profesor Devis Echandía, quien para ese momento realizó un análisis de los resultados que trajo consigo el CPC de 1970 en el tiempo que llevaba vigente, por lo que después de enumerar los cambios realizados por el código, el ilustre profesor destacó la poca incidencia que tenía en materia de aceleración del proceso civil.

Sin embargo, el jurista planteó que los problemas no se debían a las deficiencias propias del código en cuanto a su estructuración dogmático-procesal, sino al factor político en lo referente a la falta de presupuesto para una correcta implementación. Según su juicio se requería más dinero que permitiera solucionar los problemas de falta de jueces y magistrados, así como sus subalternos, además de todo lo relacionado con la infraestructura, precisión que valga realizarse en punto al CPC, que hasta el año 2012, fue múltiplemente reformado, siendo las causas de aquellas el insuperable -y ya casi enraizado- problema de congestión judicial y morosidad judicial.

Por ello, el éxito de un código no depende solamente de su configuración intrínseca, sino de la conjugación de otros factores relacionados con su implementación. En este sentido, por más que el CGP refuerce los cambios que se venían dando a la justicia civil en las últimas décadas, estará condenado al mismo resultado¹⁵⁸ si paralelamente no existen los recursos suficientes para su

¹⁵⁷ Este artículo fue posteriormente publicado en 2010 por la Revista Nueva Época, Vol. 10, Núm., 35.

¹⁵⁸ Giacomette Ferrer (2014) afirma que los procesos de reforma en Iberoamérica que se han centrado en la oralidad y en la dirección judicial del proceso no han tenido los resultados esperados. En este punto respecto del caso colombiano, trae como ejemplo las reformas introducidas por la ley 1395 la cual no rindió los resultados esperados debido a la escasez de despachos judiciales y a la falta de seriedad del CSJ y del ejecutivo en relación con una propuesta de inyección necesaria que permita implementar las reformas, agregando que:

En síntesis, la entrada en vigencia de todo el articulado del CGP no es promisorio. En contrario, puede devenir en más inconformidades, críticas y desencantos con una justicia que sigue siendo injusta, pues no hay verdaderas garantías para acceder a ella. Ni el gobierno ni los candidatos al nuevo periodo presidencial dicen nada al respecto al presupuesto de la rama judicial, lo que oscurece el panorama, pues pareciera tratarse de un tema de poca monta que, ni siquiera incluyen

correcta puesta en marcha. Este aspecto fue resaltado por el ICDP quien afirmó la necesidad de:

Presupuesto suficiente, capacitación, pedagogía, adecuada selección y justa remuneración del personal judicial, infraestructura, salas de audiencias dotadas, oficinas modernas y sistematizadas, trabajo en equipo en los juzgados, acceso a la información judicial, fortalecimiento de la credibilidad del sistema, estímulo a las formas alternativas de solución de conflictos, revisión del mapa judicial para contar con un número suficiente de jueces municipales considerando la oralidad y el importante aumento de cuantías que trae el CGP y, finalmente, entre otras cosas, renovación de los sistemas de enseñanza del derecho. (Canosa Suarez, 2012, p. 8-9)

Por otro lado, ya es mucho lo que se ha dicho respecto al rol del juez y su importancia en punto a los fines de la justicia civil. Sin embargo, una norma procesal publicista, no solamente trae reglas de conducta para el funcionario jurisdiccional, sino también consecuencias e implicaciones para las partes y sus apoderados. La lealtad procesal y la buena fe, se constituyen en uno de los imperativos de comportamiento de estos, al punto que su inobservancia puede acarrear consecuencias jurídicas para aquellos.

Un proceso civil que busque la verdad no puede soportar comportamiento desleales de los litigantes. Pero, además, de ello, tampoco se permiten aquellos comportamientos que atenten contra el correcto funcionamiento del proceso. Por ello, Devis Echandía (2010. p.127-135) consideraba que uno de los defectos de la justicia civil en la segunda mitad del siglo XX era el inapropiado comportamiento de las partes tendientes a dilatar el proceso a través de diversas herramientas.

De esta manera el CGP sigue con la línea de dotar al juez no solamente de poderes para evitar esto, sino que impone expresamente normas de comportamiento cuyo desconocimiento acarrea sanciones a cargo del juez. Por ello, el CGP incorpora el capítulo V – artículo 78 y subsiguientes- donde se regula

en sus agendas; es evidente entonces, la falta de voluntad política. Así, sin una inyección considerable de capital al sistema ¿Cómo considerar viable la verdadera descongestión de la justicia? (p. 149)

los deberes y responsabilidades de las partes y apoderados, así como su responsabilidad¹⁵⁹.

5.4.5.4 Eficiencia vs Garantismo

La estructuración de un proceso civil cuyos fines sean al mismo tiempo la celeridad y eficiencia y una decisión justa, comporta delicados inconvenientes en perspectiva de la forma en que el legislador equilibra los distintos intereses que se ventilan en el proceso. Es un fenómeno palmario que los métodos de reforma a la administración de justicia que se han gestado desde la segunda mitad del siglo XX, han tenido como aspecto central la eficiencia y economía del litigio.

El aspecto problemático se presenta cuando lo eficiente se impone sobre el derecho sustancial mismo, es decir, que el proceso de poca duración y poco costoso se convierte un fin en sí mismo independiente de la relación sustancial. El código general del proceso trae una serie de disposiciones que articuladas entre ellas - oralidad, inmediación, concentración, poderes del juez, poderes de las partes, duración máxima de los procesos, etc.- evidencian una seria preocupación por disminuir los tiempos del proceso.

Pero debe tenerse en cuenta que la reducción de los tiempos puede tener consecuencias negativas en otros derechos como el de la prueba y su contradicción. El fino equilibrio de la eficiencia y la garantía de los derechos de las partes e intervinientes no es asunto fácil. Es por ello que existe una cierta preocupación sobre si la lógica de la eficiencia es más importante que un proceso con garantías.

Para responder ese último interrogante, se les indagó a los jueces civiles del circuito de Medellín sobre si ¿Consideraban que bajo el CGP (ley 1564-2012) la

¹⁵⁹ El CPC también traía un capítulo destinado a regular el comportamiento de las partes y apoderados, se trata del artículo 71 y subsiguientes.

anhelada celeridad y eficiencia del proceso civil, acerca la práctica procesal civil colombiana a la retórica contemporánea de eficiencia y reducción de costos que se impone sobre el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva?

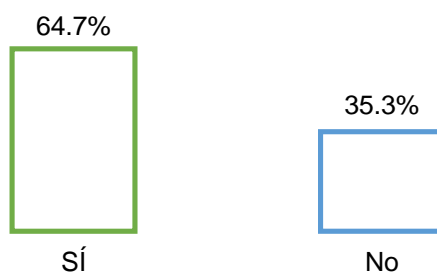
Tabla 8. Pregunta No. 8 con respecto a Eficiencia vs Garantismo

Pregunta No. 8	Frecuencia	Porcentaje
Sí	11	64.7%
No	6	35.3%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Se observa que el 64.7% de los jueces encuestados respondió afirmativamente, seguido del 35.3% que respondió negativamente.

Gráfica 4. Pregunta No. 8 con respecto a Eficiencia vs Garantismo



Fuente: Elaboración propia

5.4.5.5 Triada: oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso

De lo hasta ahora revisado, como pudo mencionarse brevemente en páginas anteriores, pueden encontrarse ciertos contrastes en lo ideado por los jueces civiles del circuito de Medellín, básicamente en lo relacionado con la base ideológica del código así como del cambio mental y cultural.

También se encuentran no obstante ciertas regularidades en lo que a los fines del proceso civil se refiere desde el punto de vista de la oralidad, la dirección judicial del proceso y la eficiencia y economía como elementos de un mismo discurso.

En efecto, al indagar a los Jueces Civiles del Circuito de Medellín si ¿Consideraban que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?, estos respondieron:

Tabla 9. Pregunta No. 4 con respecto a oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso

Pregunta No. 4	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	100.00%
Total, general	17	100.00%

Fuente: Elaboración propia

El 100% de los jueces encuestados consideran que los principios que orientan el CGP y las nuevas tendencias si tienen consecuencias reales, materiales y prácticas en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo que interesa destacar de este punto son las respuestas que dieron para justificar su posición:

Tabla 10. Pregunta No. 4 con respecto a oralidad, eficiencia -economía y dirección judicial del proceso

4. ¿Considera usted que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?	Justifique	Frecuencia	Porcentaje
Sí	Ante la posibilidad de tener conocimiento directo, presencial e inmediato de la prueba, la decisión puede ser más acertada y justa	1	5.9%
	Brinda agilidad y participación	1	5.9%
	Con el sistema escritural, la intermediación era simple retórica, hoy no, la intermediación permite el empoderamiento del juez en pro del usuario	1	5.9%

4. ¿Considera usted que el deber del juez civil de presidir las audiencias bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad tiene implicaciones sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional?	Justifique	Frecuencia	Porcentaje
	Vs justicia material		
	El manejo de la audiencia y coherencia de la decisión de parte de los principios en conjunto citados	1	5.9%
	En cuanto a la prueba oficiosa	1	5.9%
	Es el juez el que tiene el empoderamiento del proceso y de la decisión	1	5.9%
	Es más interesado en todo el trámite del proceso, y en especial de las audiencias, sobre todo si son concentradas	1	5.9%
	Esas características del proceso oral son las que dan garantías del goce del derecho de acceso a la justicia	1	5.9%
	Implica un gran cambio en la forma en que se venían tramitando y resolviendo los casos	1	5.9%
	Permite hacer la calificación jurídica de los hechos que intentan probarse con un conocimiento directo ante la necesidad de tomar una decisión motivada	1	5.9%
	Por cuanto está impedido a ser más proactivo en el proceso	1	5.9%
	Porque estar más cerca de la prueba le permite tomar decisiones más acertadas	1	5.9%
	Postura diligente a conciliar, al fijar el objeto del litigio el juez que escucha la alegación es el mismo juez del fallo	1	5.9%
	Pues ello permite que las decisiones sean adoptadas con mayor cercanía del juez al objeto de litigio y a las pruebas	1	5.9%
	Se logra una pronta administración de justicia; celeridad; además se logra una dirección de proceso por parte del juez, y más cercano al devenir del mismo por la inmediación que se ejerce, logrando eficiencia	1	5.9%
	Sí, en cuanto a los principios de oralidad y concentración, pues procura una justicia pronta y cumplida. Inmediación y publicidad imperaba en el CPC	1	5.9%
	Toda vez que el principio de la inmediación es determinante de cara a la valoración probatoria y por ende de la decisión	1	5.9%
	Total, Sí	17	100.0%
Total, general		17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Obsérvese que, pese a la disparidad de posiciones en la muestra encuestada, dichas réplicas pueden englobarse en lo que en este trabajo se ha denominado la triada oralidad, dirección judicial del proceso y eficiencia-economía procesal. En

efecto algunas afirmaciones van orientadas a los beneficios que la oralidad aporta al proceso y específicamente a la labor del juez como director del proceso, y finalmente otras dan cuenta de lo que ello implica para una mejor celeridad, todo esto como requisito para garantizar un acceso a la justicia.

Este asunto puede observarse en la siguiente pregunta: Desde el Código General del Proceso y su fin teleológico (ley 1564 de 2012), ¿Cuáles considera son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil?.

Tabla 11. Desde el Código General del Proceso y su fin teleológico (ley 1564 de 2012), ¿Cuáles considera Usted son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil?

Desde el Código General del Proceso y su fin teleológico (ley 1564 de 2012), ¿Cuáles considera Usted son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil?	Frecuencia	Porcentaje
Art 173, trabajo de campo del abogado litigante en su gestión probatoria. Dictamen de parte por distinción de dictamen judicial. Juez que escucha la alegación es el juez de sentencia 590 CGP	1	5.9%
Contribuye a la economía procesal y agilización de procesos	1	5.9%
Dotar al juez de una serie de herramientas, específicamente poderes al interior de los procesos que permiten mayor celeridad y materialización de principios procesales	1	5.9%
Economía procesal y técnica JCA, eficiencia	1	5.9%
Economía procesal, resolución oportuna del conflicto social	1	5.9%
El juez debe resolver de manera ágil, oral y pública, los asuntos sometidos a su conocimiento. Debe efectuar controles de legalidad. Con la nueva legislación debe tener una visión personalizada de los procesos para emitir mejores decisiones	1	5.9%
El juez se convierte en una persona más proactiva al interior del caso, pero imparcial. El juez se convierte en garante del ejercicio de las facultades, derechos y cargas de las partes en el proceso judicial	1	5.9%
El juez tiene un compromiso con la sociedad, la defensa del derecho, garantizando la materialización de la justicia y la eficacia	1	5.9%
Hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley; la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho; garantizar el debido proceso	1	5.9%
Implicaciones de orden disciplinario, correctivo, aplicación de inmediato de la norma vigente, aunque falta la creación de más jueces para prestar un servicio más eficaz	1	5.9%
La implicación más importante es que se logra la participación activa del juez y la verdadera duración del proceso a su cargo. Permite que el juez sea realmente el director del proceso y de las audiencias	1	5.9%
Mayor compromiso con el estudio de los asuntos bajo su juicio, la oralidad, y con ella la concentración y la intermediación reclaman del juez un conocimiento detallado del proceso, porque solo así se cumple con los fines de la oralidad	1	5.9%
Requiere un juez civil capacitado, idóneo y comprometido con el objetivo de aplicar justicia material	1	5.9%
Se plasma una participación más activa del juez en el manejo y dirección de los procesos; Celeridad y eficacia en la resolución de casos; Es una justicia con el rostro del juez frente a los usuarios del servicio	1	5.9%

Desde el Código General del Proceso y su fin teleológico (ley 1564 de 2012), ¿Cuáles considera Usted son las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil?	Frecuencia	Porcentaje
Ser un juez conductor del proceso, con un uso adecuado de los deberes que la ley les confiere y descubrir así la verdad real, incluso de forma oficiosa	1	5.9%
Tutela judicial efectiva Vs Celeridad y rendimiento	1	5.9%
Un juez con mayores herramientas procesales para lograr la tutela judicial efectiva	1	5.9%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Una vez más las respuestas de los jueces civiles van encaminadas a los beneficios de la oralidad y su relación con la dirección judicial del proceso y la eficiencia y economía procesal.

5.4.6 Análisis General de la Encuesta

En el apartado anterior se destacaron respuestas de la encuesta en función de algunos aspectos específicos. A continuación, se analizará de forma conjunta dichas contestaciones y así llegar a conclusiones certeras sobre lo hallado en punto al pensamiento que tienen los jueces civiles del circuito de Medellín en relación con la labor jurisdiccional y su protagonismo con la entrada en vigencia del CGP. Para ello se reflexionará en cuanto a las regularidades que se encontraron, así como en los contrastes.

5.4.6.1 En Cuanto a las Regularidades

- **Los Jueces Civiles tienen conocimiento de las implicaciones de las nuevas tendencias en el ejercicio de la función jurisdiccional.**

En términos generales puede decirse que los funcionarios jurisdiccionales tienen conocimiento de las consecuencias que las nuevas tendencias implican para el ejercicio de su función. Las respuestas giraron en torno a los beneficios de la oralidad, la dirección judicial del proceso y sus consecuencias para que fuese eficiente. En efecto, se destaca también la inclusión en sus respuestas de la

importancia de los MARC, y los beneficios que todo esto tiene de cara al derecho al acceso a la justicia.

Al respecto obsérvese lo contestado a la siguiente pregunta:

Tabla 12. ¿Cuál considera usted es el mayor aporte de las nuevas tendencias procesales, a la función que ejerce un juez civil?

¿Cuál considera usted es el mayor aporte de las nuevas tendencias procesales, a la función que ejerce un juez civil?	Frecuencia	Porcentaje
Concentración e intermediación	1	5.9%
Duración razonable de los procesos; actuación oral; uso de las tecnologías	1	5.9%
Economía procesal, prontitud para resolver los asuntos, mayor control de la actividad procesal	1	5.9%
El contacto directo de los usuarios de la administración de justicia con el juez	1	5.9%
El proceso oral dirigido por un juez dotado de facultades oficiosas se traduce en mayor compromiso, una función más próxima y la verdad material más ágil y oportuna para las partes, lo que se traduce en mejor acceso a la administración de justicia	1	5.9%
El sistema de audiencias permite un contacto más directo con los conflictos sometidos a estudio	1	5.9%
Igual respuesta de la # 11	1	5.9%
Juez más humano y sensible al conflicto del usuario. Resolución oportuna de los conflictos	1	5.9%
Justifican la actividad probatoria del juez en orden a la verdad material	1	5.9%
La oralidad y con ello la celeridad, eficacia y economía en el proceso judicial, que hacen del juez un actor dinámico, productivo y director del proceso	1	5.9%
Mayor confianza en la suministración de justicia; Por eficacia	1	5.9%
Mayor protagonismo y confianza en la labor del juez	1	5.9%
No veo mayor aporte, pues la creencia de que la oralidad es celeridad no es cierta, se ve igual atraso en el despacho con el trámite procesal	1	5.9%
Practicidad en el ejercicio de la función judicial	1	5.9%
Se morigeran los trámites excesivos	1	5.9%
Todos los jueces desde cada una de las especialidades recibimos grandes aportes con las nuevas tendencias procesales, pero nos vemos limitados por la carga, pero las nuevas tendencias sin duda mejoran la participación activa del juez	1	5.9%
Un proceso ágil, eficiente y convencido en la búsqueda de la verdad	1	5.9%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Destáquese que si bien cada juez ofrece una respuesta en apariencia distinta, estas giran en torno a elementos comunes que ya fueron oportunamente mencionados.

Ahora bien, pese a lo anterior, se considera menester destacar lo siguiente. Si bien los funcionarios tienen conocimiento de las consecuencias de las nuevas tendencias, existe cierta imprecisión conceptual sobre ello. En este punto, se observa que para los jueces tendencia y principios son conceptos similares, cuando lo claro es que una cosa es la tendencia y otra la forma que el legislador la incorpora al proceso.

El caso quizá más claro puede encontrarse con la oralidad, que siendo tendencia suele ser incorporada en el caso latinoamericano en la forma de principio como una forma de vincular al legislador y a los mismos funcionarios judiciales. Pese a esto, tal como se abordó en capítulos precedentes, en el CGP existen disposiciones puntuales en su estructura que dan cuenta de la preponderancia del sistema oral más allá que en el título preliminar se estipule la naturaleza de esta como principio.

Lo que se quiere destacar con esto es que, no obstante en Latinoamérica y puntualmente en Colombia la estipulación de ciertas tendencias a manera de principios tiene ciertas consecuencias, no debe perderse de vista que en otras latitudes -como en el caso de los países del *Common Law*- pese a ser incorporadas de una manera diferente, se entiende como una decisión de naturaleza política o de política legislativa en el que convergen diversos aspectos, entre ellos la cultura jurídica del Estado en que se incorpora.

- **Los Jueces Coinciden en los Aportes que introduce el CGP**

De la mano del punto anterior, el conocimiento por parte de los jueces del concepto de nuevas tendencias y sus implicaciones en la función jurisdiccional, coincide al mismo tiempo con el sentir sobre los beneficios que trae el CGP a la justicia civil. En efecto, al preguntárseles ¿Si ejerció como funcionario jurisdiccional bajo el CPC y el CGP. Indique qué diferencias ha encontrado bajo

los postulados de ambas codificaciones a la hora de administrar justicia durante su función como funcionario judicial?.

Tabla 13.

Si ejerció como funcionario jurisdiccional bajo el CPC y el CGP. Indique qué diferencias ha encontrado bajo los postulados de ambas codificaciones a la hora de administrar justicia durante su función como funcionario judicial.	Frecuencia	Porcentaje
Anteriormente en el CPC el juez no participaba de la etapa probatoria en casi ningún caso, esta parte estaba a cargo de los sustanciadores; No había inmediatez	1	5.9%
Art 173. Art 590 Dictamen de parte	1	5.9%
Bajo el CGP se logra la efectiva y pronta administración de justicia. Los tiempos del proceso se reducen, hay inmediatez del juez que ayuda a la celeridad del proceso	1	5.9%
Con el CPC el trámite era más lento y dispendioso, con el CGP es más ágil, pero compromete más la intervención del juez	1	5.9%
CPC diversidad de trámites, CGP concentración de trámites; CPC exceso de ritos, CGP tecnificación y reducción de ritos	1	5.9%
Creó el empoderamiento del juez en cada caso que afronta	1	5.9%
Definitivamente es un cambio de mentalidad, de actitud del juez al afrontar la dirección del proceso, se requiere más dinamismo y prontitud (términos más cortos) en el CGP. Se intentó unificar procedimientos con el CGP	1	5.9%
El conocimiento directo de la prueba y la celeridad	1	5.9%
El CPC, aunque tenía manifestaciones modernas de dirección temprana del proceso poseía rezagos muy marcados de derecho dispositivo. CGP modificó instituciones para permitir la realización de derecho sustancial	1	5.9%
El Juez está más al tanto de todas las audiencias y por tanto las audiencias son más demoradas	1	5.9%
En CGP se ve un juez más proactivo, en dirección total del proceso, con más contacto con las partes, más supeditado a lo sustancial que a lo procesal	1	5.9%
Juez visible al usuario, juez empoderado, celeridad, mayor justicia material	1	5.9%
La concentración de la actuación; la inmediatez de la prueba; el fallo inmediato, la publicidad de la actuación	1	5.9%
La entrada en vigencia del CGP, si bien ha sido un reto para los jueces, sí ha garantizado mayor celeridad para resolver los asuntos una vez se inician las etapas por audiencias y la inmediatez facilita la adopción de decisiones	1	5.9%
La mayor diferencia la constituye la implementación del proceso oral y público y por audiencias; también en medidas materiales, diferentes notificaciones y los términos de duración de los procesos	1	5.9%
Mayor concentración al momento de agotar etapas procesales	1	5.9%
Reducción de términos; Evitar dilaciones	1	5.9%
Total, general	17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Mírese que tal como se ha venido destacando, los jueces en sus respuestas consideran:

1. Los beneficios que la oralidad concentrada aporta al proceso.

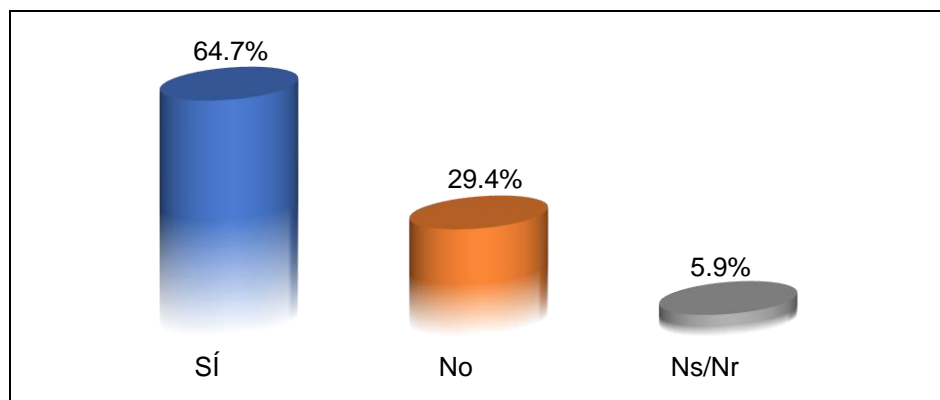
2. La dirección judicial del proceso de cara a las partes y a la prueba, ello de la mano de lo que la oralidad supone concretamente para el juez.
3. Estos dos puntos se erigen en las premisas necesarias para un proceso más eficiente y menos costoso.

- **Los jueces Conocen la Reconstrucción del Concepto Dirección Judicial del Proceso**

Tradicionalmente la visión de una dirección del proceso en cabeza del juez venía dada sobre sus poderes de dirección formal y material. Los aportes del *Case Management Anglosajón* robustecen dicho concepto al incorporar la visión de un juez gerente al estilo empresarial, lo que le permite dirigir la causa procesal no solamente desde el punto de vista judicial, sino a partir de un análisis si se quiere administrativo en lo que a la gestión de los recursos se refiere.

Al preguntarse a los jueces, ¿Conoce usted del concepto de gerencia judicial de casos (case management) y su aplicabilidad al ámbito procesal colombiano?, estos respondieron:

Gráfica 5. Pregunta No. 9



Fuente: Elaboración propia

Y justificaron su respuesta de la siguiente manera:

Tabla 14. Justificación a la pregunta No. 9

9. ¿Conoce usted del concepto de gerencia judicial de casos (case management) y su aplicabilidad al ámbito procesal colombiano?	Justifique	Frecuencia	Porcentaje
Sí	A través de los cursos de formación judicial de los últimos concursos de la rama, se ha orientado al nuevo juez en ese sentido, más dinámico en el manejo y dirección del proceso gerencial	1	5.9%
	Constituye una buena "gerencia" aquel proceso o trámite planeado del caso, "plan" que conlleve al logro de objetivos dentro del proceso judicial. Es planificar, organizar, dirigir y controlar el caso mediante un plan	1	5.9%
	Desde la admisión de la demanda, el juez debe apropiarse del proceso, de tal manera que, surtidas las etapas previas correspondientes, tenga elaborado el plan del caso antes de la audiencia inicial	1	5.9%
	Desde los cursos de formación judicial en los concursos públicos de jueces y magistrados se propende por un módulo completo de juez director del proceso, en el cual se busca que este se apersona de cada caso y busque alternativas de dirección que impliquen celeridad, economía y eficacia	1	5.9%
	El juez civil es el director del proceso desde su inicio hasta su culminación, por lo que para materializar la realización del derecho sustancial debe participar activamente en encontrar la verdad	1	5.9%
	En cierta forma la oralidad le permite al juez un ámbito de dirección y gerencia muy amplia del proceso, sin desconocer reglas fijas del debido proceso	1	5.9%
	En el curso para juez la explican y la enseñan	1	5.9%
	Es la posibilidad que tiene el juez de adoptar formas y métodos alternativos a la ley procesal que le permita resolver los asuntos de su competencia, siendo más proactivo y más inmiscuido en el proceso	1	5.9%
	La manera en que tendría aplicación sería en la prudencia inicial al momento de fijar el litigio, pero en estricto sentido, tal concepto no tiene aplicación en Colombia	1	5.9%
	Los artículos 2 y 37 del CPC, hoy 8 y 42 del CGP imponen al juez el deber de seguir el proceso, velar por su pronta solución, presidir las audiencias, impedir su paralización y procurar mayor economía procesal	1	5.9%
	Por supuesto que el manejo del caso permite hacer un proceso eficiente, pues se centra en tiempos procesales	1	5.9%
Total, Sí		11	64.7%
No	No he recibido capacitación	1	5.9%
	No responde	4	23.5%
	Total, No	5	29.4%
Ns/Nr	Lo conozco en EEUU, pero no conozco su aplicabilidad al ámbito procesal colombiano	1	5.9%
	Total, Ns/Nr	1	5.9%
Total, general		17	100.0%

Fuente: Elaboración propia

Es importante destacar que si bien una proporción tiene claridad en cuanto a los aportes que supone Case Management para la dirección judicial del proceso, aún existen jueces que desconocen tal concepto. Ello invita a seguir trabajando tanto en la formación que se genera en las universidades, como en la doctrina, así como en los cursos de formación judicial, por cuanto la gerencia del proceso va más allá de cuestiones jurídicas, ya que supone conocimientos adicionales o se quiere extrajurídicos que les permitan a los jueces hacer una correcta gestión de los recursos existentes.

Ahora bien, es claro que el Case Management tal como ha sido descrito por la doctrina no ha tenido una aplicación total en el proceso civil colombiano, sin embargo sus implicaciones como el plan de caso resulta altamente valioso de cara a los fines que la justicia civil defiende.

5.4.6.2 En Cuanto a los Contrastes

- **No Existe Claridad en Cuanto al Cambio Ideológico.**

Pese a que se afirme que en general los jueces civiles del circuito de Medellín conocen el concepto de nuevas tendencias y sus implicaciones, ello supone al mismo tiempo un gran contraste. En efecto de las respuestas hasta ahora analizadas, emerge claramente que los jueces consideran que el CGP introduce un cambio ideológico sustancial, lo que de suyo se opone a los cambios que en Colombia se empezaron a introducir a partir de 1970 y de manera paulatina a través de reformas posteriores.

Esto prevé en gran medida una negación de lo que el CPC implicó al menos ideológicamente en el proceso civil colombiano y los grandes aportes doctrinales que influyeron en su promulgación, lo cual viene de la mano con la responsabilidad que se le endilga a dicha normativa no solamente desde el sector

doctrinal sino también desde la misma praxis, de los problemas de la administración de justicia.

- **Los Jueces Consideran que el CGP Supone un Cambio de Mentalidad**

De la mano de la triada oralidad, dirección judicial del proceso y eficiencia y economía, viene la consideración de que el CGP supone para los jueces un cambio de mentalidad. Ello no es desacertado aunque si descontextualizado como se viene defendiendo en el presente trabajo. Si se afirma que la dirección judicial del proceso estaba incorporada en el proceso civil colombiano desde mucho antes, es claro que el cambio de mentalidad como lo pregonaba incluso la jurisprudencia en vigencia del CPC debió empezar a operar desde antes. Esto implica que el CGP refuerza ese ideal de cambio pero al mismo tiempo da cuenta de cierta resistencia al mismo.

5.4.7 Concreciones respecto a las implicaciones en la función jurisdiccional del Juez Civil, a partir del Código General del Proceso y en perspectiva de las Nuevas Tendencias Procesales.

Se genera tranquilidad en el entendido que los funcionarios jurisdiccionales tengan claridad sobre el papel del juez en el proceso civil contemporáneo. Sin embargo, ha de considerarse que la cuestión va más allá que los jueces teóricamente tengan claro las implicaciones que respecto del ejercicio de su función determinan las reformas de las que ha sido sujeto la justicia civil desde finales del siglo XIX.

Los jueces tienen claro que un proceso civil estructurado bajo las nuevas tendencias, y bajo el paradigma de la oralidad, dirección judicial del proceso, eficiencia y economía a la que se añade la desjudicialización, supone un cambio en perspectiva de su relación con las partes, de manera que este asume un papel protagónico a través de la instauración de un proceso civil publicista que en

esencia enlaza elementos del sistema dispositivo y el inquisitivo, así como del sistema escritural y el de la oralidad.

Implica pues, que el juez asume su rol de director del proceso – formal, material y gerencial- a través de un contacto personal y directo con las partes y de manera trascendental con la prueba, en el marco de un proceso tendencialmente oral o de audiencias concretadas le permita realizar una gestión de los casos que permita generar menos costos y ahorrar tiempo. Supone por otro lado la visión de un juez que en todo momento debe estimular en las partes la resolución consensual del litigio como manifestación de los fenómenos de desjudicialización, dejando siempre al proceso el rol de última ratio ante la negativa de las partes a solucionar consensualmente la controversia.

Por ello, llama la atención que a pesar de ello, concretamente la justicia civil colombiana continúe en cierto estado de estancamiento en cuanto a la correcta operabilidad de la administración de justicia, fenómeno no solamente es achacable a la justicia civil sino a un problema estructural de la jurisdicción en Colombia.

Se destaca nuevamente lo dicho por el honorable profesor Echandía por allá en la década de los 70's al hacer referencia a la poca mejoría que presentaba el CPC unos años después de su promulgación. El aparente desconocimiento de los jueces del proceso histórico que inició Colombia en 1970 deja de ser un mero desconocimiento histórico, para mostrar en el fondo el poco cambio que ha operado en el proceso civil colombiano pese a las múltiples reformas que se le han realizado al proceso civil. En esa medida se podría pensar que ese cambio que se requiere todavía no encuentra soporte, ello teniendo en cuenta que de los resultados a la encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín se evidencian notables contrastes entre la labor realizada y la finalidad que quiso incluir el CGP a la hora de resolver los conflictos.

En este sentido, deja de ser relevante si el CGP introduce o no un cambio esencial a la justicia civil, o si los jueces confunden conceptualmente que es una tendencia o un principio, sino existen por un lado, una verdadera aceptación en los funcionarios judiciales de lo que su función representa para los fines de la administración de justicia y por otro lado, la necesaria voluntad política de poner al servicio de la administración de justicia los recursos necesarios para la adecuada gestión de los casos. No se trata de conocer bases ideológicas así como teórico-dogmáticas y sus consecuencias en el ejercicio de la función jurisdiccional si los mismos funcionarios no la incorporan como parte de un cambio mental necesario en su ejercicio jurisdiccional individual.

En este orden de ideas, pese a las discusiones ideológicas que aún se generan en el campo doctrinal, es ya una realidad que el proceso civil desde finales de siglo XIX y en Colombia a partir de los 70, defiende una concepción que se aparta de la visión liberal tradicional del proceso. Esto lleva a que para el adecuado funcionamiento de la justicia civil, converjan elementos de distinta naturaleza que incluye el cambio de mentalidad, reconstrucción de los procesos de formación, voluntad política, etc., elementos que no pueden seguir atrasándose toda vez que los intentos de reforma -en los que se incluye el CGP- no serán más que un etapa más de soluciones coyunturales, y de las que los últimos 40 años de reformas continuas al proceso civil dan cuenta de ello.

Es así como la visión del juez bajo el CGP es acorde con los cambios que la doctrina publicista influenció en Europa desde finales del siglo XIX, y en Iberoamérica a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, la adopción de las nuevas tendencias en el proceso civil colombiano es ante todo un proceso más amplio que en Colombia empieza en los 70 con la expedición del proceso civil. Así el CGP continúa y refuerza la adopción de una base ideológica sustancialmente diferente para la justicia civil colombiana.

Por otro lado, las nuevas tendencias para el proceso civil colombiano, revelan la necesidad de cambios de naturaleza cultural y mental, por parte de todos los actores jurídicos, litigantes y de manera determinante del juez. Así la internalización de las bases dogmáticas y políticas del proceso está supeditada a cambios que operan en otros niveles, pero que en todo caso requieren tiempo ante los eventos naturales de resistencia a su transformación.

6. PROPÓSITO

La investigación tuvo como propósito determinar las implicaciones a la función jurisdiccional del juez civil desde las nuevas tendencias procesales, a partir de la nueva codificación procesal que entró a regir en Colombia. Esta finalidad estuvo enmarcada de acuerdo con los objetivos y basada en la justificación de la investigación.

Por ello se estudió el concepto, desarrollo y evolución de las denominadas nuevas tendencias procesales o tendencias contemporáneas para el proceso civil, desde una perspectiva histórica y conceptual, que permitiera comprender el camino recorrido por la justicia civil desde incluso el proceso antiguo, y de manera específica del proceso civil colombiano, de manera que al propender el estudio del CGP se tuvieran elementos que permitiesen comprender de manera integral el proceso histórico por el que ha transitado la justicia colombiana desde su instauración como Estado independiente de la corona española.

Y conceptualmente hablando porque se determinó cuáles eran aquellos elementos estructurales de esas tendencias y la forma en la que el legislador colombiano decidió acogerlas en la nueva normativa civil. Esto determina pues que el trabajo no se concentró en estudiar individualmente los cambios presentados en el CGP respecto del CPC, sino más bien determinar cómo se manifestaron dichas tendencias en la nueva normativa de manera correlacionada, y, además, cuáles de ellos -como parte del estudio en perspectiva histórica- ya estaban presentes de una u otra forma en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, a pesar de que el Código general del proceso codificado bajo la Ley 1564 de 2012, se presenta como un instrumento normativo de carácter procesal para dinamizar la función jurisdiccional en el derecho civil y ámbitos que comparten su naturaleza jurídica, no debe entenderse como una ruptura respecto

de una situación normativa anterior sino más bien como la continuación de cambios que ya se venían presentando desde décadas anteriores.

Por ello, el análisis de las implicaciones de las nuevas tendencias en el ejercicio de la función jurisdiccional del juez civil no podía centrarse exclusivamente a partir del CGP pues ello implicaría negar o restar mérito a reformas previas a la justicia civil. En este sentido, el CGP se presenta como un punto de llegada de un camino recorrido en Colombia a partir de 1970.

Por otro lado, la encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín permitió confrontar los desarrollos teórico-dogmáticos con la práctica judicial en sí misma. Ello como parte de la idea de que el derecho es más que una norma jurídica estipulada en el papel, sino que en vista de su eficiencia es fundamental su correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Para cumplir dicho propósito pues se intentó realizar una investigación integral que reuniera información a partir de los grandes trabajos teóricos y doctrinales, así como de la praxis judicial, a través de una encuesta realizada a los jueces civiles del circuito de Medellín.

7. HIPÓTESIS

7.1 HIPÓTESIS DE ENTRADA

La investigación tuvo como hipótesis de que el Código general del proceso codificado bajo la Ley 1564 de 2012, se presenta como un instrumento normativo de carácter procesal para dinamizar la función jurisdiccional en el derecho civil y ámbitos que comparten su naturaleza jurídica, los jueces civiles del circuito de Medellín ignoran cuáles son las implicaciones a la función jurisdiccional en perspectiva de las nuevas tendencias procesales que orientan el mismo.

7.2 HIPÓTESIS DE SALIDA

Después de finalizada la investigación, puede afirmarse que en efecto el CGP se constituye en una herramienta que permita agilizar y dinamizar el proceso civil a través de la continuación de un camino de reformas que comenzaron décadas atrás en Colombia, y cuyo espíritu va encaminado en la publicización del proceso civil a través de la introducción de ciertos instrumentos o herramientas que pueden ser englobadas en el concepto de nuevas tendencias procesales o tendencias procesales contemporáneas.

Lo anterior implica contextualizar históricamente lo que representa el CGP para la justicia civil, en el entendido de que no sería acertado afirmar que este es el punto de partida o un punto de quiebre en la forma en que el legislador históricamente configuraba el proceso civil, sino como parte de un proceso de reformas en Colombia que se remontan desde CPC de 1970 y a través de reformas posteriores que introdujeron al proceso instituciones novedosas y que el CGP acoge, reconfigura, unifica y refuerza.

Puede decirse que contrario a los planteado en la hipótesis inicial los jueces un conocimiento parcial sobre las implicaciones de estas tendencias en el ejercicio de

su función. En efecto la triada oralidad, dirección judicial y eficiencia y economía, son conceptos que los jueces ven incorporados en el CGP como forma de garantizar el acceso a la justicia.

Pese a ello, dicho conocimiento debe tenerse en todo caso como parcial, en primer lugar porque no hay precisión conceptual como tal sobre lo que es una tendencia y la forma en que estas concretamente se incorporan al proceso, en segundo lugar porque no hay claridad en estos sobre cuál es el camino recorrido por la justicia civil colombiana para llegar al estado actual. En este sentido los jueces asocian el cambio ideológico y de mentalidad a partir de la promulgación a partir del CGP y no como un proceso paulatino cuyo punto de quiebre se ubica en la década de los 70's con la expedición del CPC.

De esta manera, es claro que el CGP introduce cambios y mejoras específicos en ciertos aspectos concretos y específicos, no obstante, desde una perspectiva más general, este debe entenderse como una mensaje a los operadores jurídicos respecto de las consecuencias que implica para el ejercicio de la función jurisdiccional un proceso civil inspirado en la ideología publicista cimentado en ciertos aspectos estructurales como la oralidad, dirección judicial del proceso, desjudicialización y desformalización como parte del ideal de una administración de justicia económica y eficaz, cuya introducción al ordenamiento jurídico colombiano ha sido paulatina a través de diversos procesos de reforma.

Ello refuerza el mensaje en perspectiva de la necesidad de un cambio de mentalidad respecto en la forma en que jueces y litigantes actúan en el proceso. Cambio que requiere de cierto tiempo si se entiende que el proceso civil colombiano incluso desde antes de la independencia respecto de la corona española estuvo fuertemente inspirado en el derecho español cuya base se encuentra en un proceso civil de naturaleza exclusivamente dispositiva. Por esto, el CGP continúa el camino iniciado por el CPC en 1970 en el cambio de esta perspectiva y las importantes consecuencias que para el juez ello representa.

8. METODOLOGÍA

Método de derecho comparado o comparativo: La investigación se fundamentó en el método de Derecho Comparado y del método analítico. En efecto hablar de nuevas tendencias procesales, implica conocer sus orígenes y antecedentes, el proceso histórico que precedió a las reformas procesales inspiradas en sus principios.

Método analítico: Igualmente, se hizo menester analizar cuáles son las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil en Colombia, análisis que trasciende al simple análisis exegético de la norma procesal y que implica ahondar en la historia del proceso civil colombiano, su evolución, su ideología además de factores políticos y económicos que determinan la expedición de los códigos procesales con sus reformas.

8.1 TIPO DE ESTUDIO

El presente trabajo se realizó bajo unos lineamientos teóricos ya que se estudiarán las tendencias actuales en Colombia y en el mundo sobre las cuales se fundamentó la existencia del Código General del Proceso, por lo que se efectuó un rastreo sobre los autores que han hablado sobre el tema, tanto a nivel nacional como foráneo.

De igual manera el presente trabajo fue teórico analítico porque se interpretó cómo debe ser el rol de juez específicamente en materia civil a partir de la ideología que inspira el proceso civil colombiano.

8.2 POBLACIÓN

Dada la naturaleza de la presente investigación, no se requirió el señalamiento de la población objeto de estudio. No obstante, para la gestión del dato se aplicaron

encuestas relacionadas con el propósito de investigación a los jueces civiles del circuito de Medellín.

8.3 DISEÑO MUESTRAL

Se encuestaron 17 jueces civiles del circuito de Medellín. La contribución de la encuesta es complementaria de la investigación teórica y documental realizada, pues permite hacer confrontaciones entre lo dogmático y la praxis judicial.

8.4 DISEÑO DEL PLAN DEL DATO

8.4.1 Gestión del dato

Los datos fueron gestionados a través de préstamos interbibliotecarios que se realizaron en las distintas universidades del país, y con los soportes bibliográficos suministrados por el asesor temático. Para acceder a bases de datos se solicitó el usuario y la clave para poder tener acceso a las mismas.

8.4.2 Obtención del dato

Se obtuvieron a través de fuentes

8.4.2.1 Fuentes primarias

Como bases de conceptualización teórica, se aplicó ficha de encuesta a jueces civiles del circuito de Medellín que tienen contacto directo con las dinámicas procesales aludidas.

8.4.2.2 Fuentes secundarias

Secundarias tales como libros, revistas y bases de datos que se encuentran en internet y jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Civil, asimismo se acudió a los antecedentes normativos y legislativos en torno a su aprobación.

8.4.2.3 Recolección del dato

El dato fue recolectado por los investigadores a través de las distintas consultas que se realizaron a medida que fue avanzando la investigación, con fichas bibliográficas, utilizando para esta investigación ficha N° 1 formato de fichas bibliográficas de resumen ficha N°2 formato ficha bibliográfica de cita textual y ficha N° 3 formato de ficha textual comentada. En dichas fichas bibliográficas donde se plasmaron los aspectos más relevantes para la investigación y fichas de análisis de sentencias.

8.4.3 Control de sesgos

Con la realización de este trabajo se buscó establecer las implicaciones de la función jurisdiccional del juez civil en Colombia con la nueva tendencia en el Código General del Proceso. Los sesgos que se advirtieron fueron son los siguientes:

- **Sesgo de selección:** Uno de los aspectos centrales en la presente investigación, fue describir desde un punto de vista histórico, comparativo y normativo el papel del juez en los diversos sistemas procesales civiles, es decir, aquellos regidos bajo el principio dispositivo o el principio inquisitivo. Lo anterior implicó dar cuenta de sistemas donde el juez tendrá un papel activo o pasivo en materia de dirección e impulso del proceso. Uno de los sesgos que se identificaron fue el sesgo de selección, ya sea por omisión o por inclusión, es decir, en el

proceso de recolección bibliográfica, omitir o incluir información a conveniencia en uno u otro sistema, debido a una concepción ideológica previa sobre el papel de la judicatura en el proceso civil que determina una parcialización a priori en el proceso de investigación. Este sesgo se controló a través de un proceso de citación y referenciación de la bibliografía integral, es decir, poniendo de presente las diversas posiciones que se presentan sobre un aspecto de la investigación determinado.

- **Sesgo de confirmación:** En el proceso de recolección de información también podía darse que el investigador se fuera adscribiendo o que ya tenga claramente preconcebida una determinada posición crítica, reflexiva o ideológica. Eso podría haber afectado el proceso investigativo en la medida que se seleccionaría de manera voluntaria la información que apoyara dicha postura independiente del poder persuasivo o nivel de veracidad de la información, impidiendo que la investigación mostrara las diversas posiciones o posturas sobre un determinado tema. La forma de controlar este sesgo fue un proceso de recolección de información objetivo que demuestre las virtudes, críticas y reflexiones sobre una determinada postura.

- **Sesgo de información:** Un sesgo posible era la difusión errónea de los resultados de la investigación en la bibliografía. Esto es, escoger a conveniencia los resultados que querían mostrarse y ocultar los resultados desfavorables. Ello podía ocurrir en la presente investigación, cuando se ocultara la presencia de posturas que determinaran un determinado papel o función del juez, ya sea defendiendo o criticando los diversos sistemas. Así mismo podía ocurrir cuando se hiciera énfasis en determinada posición doctrinaria sin dar cuenta de las críticas u oposiciones que la misma presentara. En la presente investigación se pretendía otorgar herramientas históricas, teóricas y conceptuales a los funcionarios judiciales que les permitieran reflexionar sobre el proceso civil, sus fines y objetivos a partir de una mirada del papel del juez en el mismo, lo que de suyo conllevaba a dar cuenta de las diferentes percepciones, concepciones e ideologías

sobre el papel del juez a lo largo de la historia, en el derecho comparado y en el ámbito normativo.

8.5 PLAN DE ANÁLISIS

Tabla 15. Objetivos e hipótesis

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
Describir la evolución del proceso civil a lo largo a lo largo de la historia y su evolución específica en Colombia	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Encuestas (Anexo 6)	DESCRIBIR	Se diligenció la información en la totalidad, almacenamiento en base de datos (USB-Computador) Se utilizó para la muestra de los resultados una tabla con lo pertinente.
Identificar los poderes y deberes del juez civil a partir de la configuración del proceso civil bajo el sistema inquisitivo y dispositivo.	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Encuestas (Anexo 6)	IDENTIFICAR	Se diligenció la información en la totalidad, almacenamiento en base de datos (USB-Computador) Se utilizó para la muestra de los resultados una tabla con lo pertinente
Describir las tendencias procesales contemporáneas y sus implicaciones en los poderes y facultades del juez civil.	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Encuestas (Anexo 6)	DESCRIBIR	Se diligenció la información en la totalidad, almacenamiento en base de datos (USB-Computador) Se utilizó para la muestra de los resultados una tabla con lo pertinente.
Analizar las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil, a partir del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) y en perspectiva de las nuevas tendencias procesales.	Fichas: Bibliográficas (Anexo 1) Resumen (Anexo 2) Textual (Anexo 3) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 4) Encuestas (Anexo 6)	ANALIZAR	Se diligenció la información en la totalidad, almacenamiento en base de datos (USB-Computador) Se utilizó para la muestra de los resultados una tabla con lo pertinente.

Fuente: Elaboración propia

8.6 PROCESAMIENTO DEL DATO

El dato fue procesado a través de fichas documentales o digitales, el uso de Word y Excel para organizar los datos recolectados y diapositivas realizadas en PowerPoint.

9. RESULTADOS

En relación con el objetivo específico número uno

Una vez desarrollado el objetivo específico uno en cuanto a: describir la evolución del proceso civil a lo largo de la historia y su evolución específica en Colombia, en perspectiva del juez se obtuvo los siguientes resultados:

- a. El proceso civil a lo largo de la historia siempre ha sido dinámico, es decir ha evolucionado, con las oscilaciones que trajo cada periodo histórico, de lo cual se ha visto influenciado el rol del juez.
- b. La evolución del proceso civil en torno a la relevancia que tiene el juez al interior el proceso ha sido fluctuante, entre un Juez particular y público, y entre el juez pasivo y activista con plena injerencia de los sistemas procesales adoptados por los Estados en los diferentes momentos políticos, teístas y jurídicos.
- c. La posición doctrinal respecto de los aspectos evolutivos del proceso es pacífica, dado que la academia tiende a estar de acuerdo en cuanto a las principales características del proceso civil en cada una de sus etapas históricas.
- d. El proceso romano de la etapa de *la ordo iudiciarum privatorum* constituyó el principal referente para la estructuración del proceso civil de finales del siglo XIX en lo que al sistema dispositivo se refiere, con las consecuencias que ello representa en su notabilidad.
- e. Las reformas al proceso civil que se dieron posteriores a la Revolución Francesa recuperan la oralidad instaurada en el periodo de las legis acciones y formulario, aspecto que refleja la pervivencia de las instituciones romanas incluso en el proceso civil contemporáneo.

- f. La ordenanza austriaca de 1895 es el punto de partida de los denominados códigos publicistas, por lo que su estudio no debe entenderse como novedoso.
- g. El proceso civil colombiano históricamente ha sido influenciado en su estructuración por la doctrina y jurisprudencia foráneas, lo que denota la falta de iniciativa en cuanto a la creación de instituciones procesales propias, fenómeno en general predicable del proceso iberoamericano.
- h. El Código General del Proceso refleja la dinámica evolutiva del proceso civil colombiano, al denotar el cambio de una justicia civil de ideología liberal a una publicista, no obstante en Colombia esta transición inicio con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil.

En relación con el objetivo específico número dos.

Una vez desarrollado el objetivo específico II en cuanto a: identificar los poderes y deberes del juez civil a partir de la configuración del proceso civil bajo el sistema inquisitivo y dispositivo, por lo que se obtuvieron los siguientes resultados.

- a. Los conceptos inquisitivo y dispositivo aluden a sistemas procedimentales cuyo eje es la regulación de la relación entre el juez y las partes a través de la distribución de sus poderes y facultades, decisión tradicionalmente sujeta a la política legislativa de cada Estado.
- b. Los estatutos procesales atribuyen potestades y facultades al juez civil. Las potestades son verdaderos poderes-deberes que pueden traer aparejadas consecuencias jurídicas con relevancia en el proceso, las facultades se advierten como discrecionales, dependiendo de la particularidad del caso.
- c. Los poderes que se le pueden atribuir al juez civil en función de uno u otro sistema pueden clasificarse como formales y materiales. Las primeras

corresponden al inicio, impulso del proceso, las segundas por su parte tienen la virtualidad de incidir en el objeto del proceso a través de poderes oficiosos en diversas materias.

- d. En esencia el sistema inquisitivo, concede potestades formales y materiales al juez civil que tienen la virtualidad de incidir en los resultados del proceso como consecuencia del papel activo del funcionario jurisdiccional, contrario a lo desarrollado por el sistema dispositivo, que deja en mano de las partes las facultades formales y materiales, relegando el actuar del juez a un papel secundario.
- e. Doctrinalmente se afirma que no existen sistemas puros, por lo que el proceso civil contemporáneo de corte *publicista*, asume características tanto del sistema inquisitivo como del dispositivo, siendo denominado por algún sector de la doctrina y jurisprudencia como mixto.
- f. Se evidencia la politización del debate, por lo que al margen de las discusiones dogmáticas el sistema procesal dispositivo se fundamenta en una ideología liberal o garantista, mientras que los estatutos civiles de naturaleza mixta son considerados de naturaleza publicista.

En relación con el objetivo específico número tres.

Una vez desarrollado el objetivo específico 3 en cuanto a: Describir las tendencias procesales contemporáneas y sus implicaciones en los poderes y facultades del juez civil, se obtuvo los siguientes resultados:

- a. Como parte del entendimiento de lo que es una “tendencia”, es imperativo diferenciar entre el concepto y su materialización o instrumentalización por parte del legislador en los estatutos procesales. Este aspecto resulta esencial

- a la hora de analizar la naturaleza de los principios, propios de los estatutos procesales iberoamericanos.
- b. Las reformas al proceso civil contemporáneo recuperan la oralidad como institución ya existente de la antigüedad, aspecto que revela la importancia central que representa en el proceso civil actual.
 - c. La publicización del proceso actual no es novedoso, pues esta se puede encontrar de manera incipiente en el proceso extraordinario romano que reemplazó *la ordo iudiciarum privatorum*, y como concepto “proceso civil publicista” desde finales del siglo XIX en Europa.
 - d. Los elementos fundantes de las nuevas tendencias no deben entenderse de forma aislada sino articuladas a partir de un discurso que se erige como estructural de los procesos de reforma al proceso civil, concretándose en la necesidad de eficiencia y eficacia del proceso
 - e. Los elementos esenciales que conforman el concepto “nuevas tendencias procesales” son: 1. Duración razonable de los procesos. 2. Oralidad, inmediación y concentración. 3. Dirección judicial y gerencial de los procesos con la ideología publicista como subyacente. 4. Celeridad y economía procesal.
 - f. El juez pasa a ocupar un rol más preponderante bajo el elemento “dirección judicial del proceso”, no solamente por el aumento de los poderes y facultades, sino también por la obligación de tener contacto directo y pleno con las partes y la prueba.
 - g. En el proceso civil contemporáneo la dirección judicial del proceso se entiende bajo dos aristas, una judicial y otra administrativa o gerencial, aspecto que refleja la preocupación por la gestión de los recursos disponibles.

- h. Las reformas procesales que empezaron a gestarse en Europa a finales siglo XIX pusieron sus esperanzas en la oralidad, pues entendieron que a partir de allí se hacían más ágiles los procesos, materializándose en un proceso civil por audiencias concentradas.
- i. El discurso del eficientísimo ha sido una herramienta tomada por el legislador como la mejor forma de articular aquellos elementos centrales de los procesos de reforma enfocados en lograr un adecuado funcionamiento de la justicia civil.
- j. La oralidad ha sido considerada como el instrumento por excelencia para lograr que los procesos sean menos costosos y rápidos.
- k. Los poderes formales y materiales del juez van ligados con apreciaciones de tipo doctrinal y política. Por lo que los debates legislativos no están exentos de valoraciones extrajurídicas o si se quiere ideológicas.
- l. Desde la segunda mitad del siglo XX se ha buscado desjudicializar la cultura litigiosa que campea en la sociedad con alternativas como los MARC's, el arbitraje y el ejercicio de función jurisdiccional por parte de autoridades administrativas.
- m. Han sido álgidos los debates doctrinales en punto a la relevancia que debería tener el juez al interior del proceso civil, que en todo caso no deben entenderse como terminados.

En relación al objetivo específico 4.

Una vez desarrollado el objetivo específico 4 en cuanto a: Analizar las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil, a partir del Código General

del Proceso (ley 1564 de 2012) y en perspectiva de las nuevas tendencias procesales, se encontraron los siguientes resultados:

- a. El CGP es el resultado de la necesidad de armonización de la oralidad de una manera más acorde con las herramientas denominadas como nuevas tendencias procesales o tendencias procesales contemporáneas.
- b. La jurisprudencia nacional ha sido pacífica en torno al papel del juez en la búsqueda de la verdad histórica y el interés público de aplicar la ley sustancial al caso concreto como forma de garantizar la paz social.
- c. Existe cierto consenso en la doctrina en torno a las ventajas, bondades y méritos del Código General del Proceso, en tanto se robustece el rol del juez como director del proceso en la necesidad de garantizar la igualdad material de las partes.
- d. El papel del juez de cara al valor justicia se ve reforzado no solamente por los poderes y facultades que la ley le otorga, sino por todo el marco de acción que le concede la constitución política.
- e. La Jurisprudencia no recurre al concepto de nuevas tendencias a efectos de plantear la preponderancia del juez al interior del proceso, sino que lo hace a través de sus elementos, recurriendo a la figura del sistema mixto.
- f. El CGP acoge instituciones que ya se encontraban directamente en el CPC de 1970, o que paulatinamente sus diversas reformas ya venían incorporando, por lo que aquel es el resultado de una etapa histórica más amplia.
- g. La oralidad materializada en el concepto de audiencia concentrada le permite al juez civil articular sus poderes de dirección formal, material y gerencial, con los mecanismos de justicia consensual.

- h. El proceso civil deja de ser un escenario protocolar o mediato y se convierte en un escenario en el que los sujetos procesales interactúan directamente imponiéndose una nueva forma de entender el ejercicio dialectico que es el proceso.
- i. Los jueces comprenden las consecuencias que para la función jurisdiccional que ejercen los jueces civiles representan aquellas al identificar la estructuración del proceso civil del CGP a partir de la triada oralidad, dirección judicial del proceso, y eficiencia- economía procesal.
- j. Los jueces comprenden las consecuencias o implicaciones de la tendencia publicista, pero confunden el concepto, al asimilar tendencia con principio y en consecuencia negando que una cosa es la tendencia y otra su instrumentalización.
- k. Los jueces civiles del circuito de Medellín consideran que las nuevas tendencias procesales tienen efectos sustanciales en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- l. Los jueces civiles del circuito de Medellín comprenden la importancia de la dirección judicial del proceso y la mentalidad que ella supone de cara a los fines del proceso civil, sin embargo, lo entienden a partir de una negación de la necesidad de ésta en reformas anteriores al CGP.
- m. Los jueces civiles del circuito de Medellín consideran que la materialización de la oralidad bajo la forma de audiencia concentrada supone un cambio importante en el entendimiento de la oralidad, así como sus incidencias particulares en materia de celeridad economía procesal, y dirección judicial del proceso.

10. CONCLUSIONES

Del capítulo 1

Relacionado con: “La evolución histórica del proceso civil: una mirada en perspectiva del papel del juez”, se concluye lo siguiente:

1. La justicia civil contemporánea, tanto en el sistema continental del *civil law* como en el angloamericano del *common law*, busca recuperar la oralidad como principio estructural del proceso, aunado a una dirección judicial del proceso que representa un cambio sustancial en la visión del juez al interior de este.
2. El Derecho hispánico depositario del derecho común fue la principal fuente del Derecho Procesal Iberoamericano hasta mediados del siglo XX tanto en su época colonial como en su etapa de Estados Nacionales Independientes.
3. La Revolución Francesa representa un afianzamiento del papel protagónico de las partes en el proceso civil, como consecuencia de la ideología liberal sustentada en el individualismo y la concepción privatista, con las consecuencias que esto implica para la función jurisdiccional.
4. Desde finales del siglo XIX se produce un cambio de perspectiva del papel del juez en el proceso a partir de un aumento de sus poderes y facultades, como resultado de la emergencia del cientificismo procesal y la publicización del proceso civil.
5. La adopción del proceso civil publicista en Iberoamérica, se justificó en el descontento social generalizado con la administración de justicia debido a su ineficacia y su alto costo.

6. El estudio del Derecho Procesal Iberoamericano ha sido receptivo de los importantes cambios que se han dado en Europa en sus distintas etapas históricas, por lo que, pese a las particularidades de cada Estado, pueden encontrarse puntos de convergencia que muestran una evolución común.
7. La evolución del proceso civil en Colombia en específico puede dividirse en dos etapas, profundamente marcadas por la orientación liberal o publicista de sus estatutos procesales. La primera se encuentra en el periodo que comprende tanto el derecho indiano como los estatutos procesales post-independencia, y la segunda se da a partir de 1970 con la expedición del CPC.
8. El Código General del Proceso se adscribe al movimiento publicista, derivado del cambio producido en Iberoamérica y Colombia desde la segunda mitad del siglo XX.

Del capítulo 2.

Relacionado con “El Juez en el Proceso Civil: poderes y facultades desde el Sistema Dispositivo e Inquisitivo”, se concluye lo siguiente:

1. La configuración del proceso civil en el marco del papel del juez puede ser ubicada en la discusión doctrinal, cuyo punto de partida se encuentra en la distinción entre principios del proceso y del procedimiento.
2. No existe acuerdo en la doctrina en relación a si la configuración de un proceso civil con un mayor o menor papel del juez es un asunto de mera técnica legislativa o si hace parte esencial de la principalística del proceso.
3. El estudio de las denominadas nuevas tendencias procesales parte de conocer los problemas inherentes a la conceptualización sobre la forma en que se configura un proceso civil, y de las discusiones inherentes a ello.

4. La contraposición inquisitivo- dispositivo, tiene como punto central los poderes con que cuenta el juez al interior del proceso, en relación a unos poderes de dirección formales y materiales, los cuales se miden en función del inicio e impulso del proceso, así como de la aportación de los hechos, la prueba y la mayor o menor sujeción del juez a éstos.
5. El estudio histórico del proceso ha demostrado que no existen formas de configuración puras -independientemente de la discusión de si son principios del proceso o del procedimiento-, sino más bien la configuración de un procedimiento que comparte elementos de uno u otro sistema.
6. Las discusiones en torno a la configuración del proceso civil no deben ser radicalizadas, pues se corre el riesgo de olvidar que en la construcción del proceso civil contemporáneo se intenta adecuar de manera equilibrada los beneficios que puede representar uno u otro sistema, sin querer indicar que tal equilibrio sea perfecto.
7. Las discusiones sobre la forma que debe adoptar el proceso civil se han nutrido no solamente de debates en perspectiva de la teoría general del derecho procesal y del proceso, sino, además de profundas y fuertes discusiones ideológicas en las cuales se debate sobre la naturaleza autoritaria del proceso civil publicista como una forma de extensión del control del Estado a través de la centralización jurisdiccional.

Del capítulo 3.

En relación con: “Las tendencias procesales contemporáneas e implicaciones en los poderes y facultades del juez civil”, se concluye lo siguiente:

1. La manera en que el concepto de nuevas tendencias se ha incorporado a través de las múltiples reformas, ha implicado ante todo una elección política en la

que se valora su grado de exigibilidad y las implicaciones normativas y económicas que acarrea tal determinación.

1. El legislador ha tratado de configurar un proceso civil con un equilibrio ontológicamente complejo, esto es, un proceso con respeto de todas las garantías, pero al mismo tiempo poco costoso para el Estado y el asociado.
2. El legislador concibió la oralidad como el mecanismo redentor contra la congestión judicial, la falta de inmediación judicial y concentración y en general la economía procesal.
3. La recuperación de la oralidad para el proceso civil contemporáneo supone la superación de la desconfianza al juez civil propio del proceso medieval, por el contrario, ella supone la mejor herramienta de acercamiento del juez a las partes y a la prueba. Por ello el proceso civil contemporáneo entiende al juez no solo en su significación de decisor sino en su significación física o personal.
4. La oralidad materializada en la forma de “audiencia concentrada” le permite al juez articular sus poderes dirección formal y material en forma sistemática en aras de garantizar el adecuado desarrollo del proceso en sus distintas etapas. Lo que naturalmente representa que la oralidad en su concepción contemporánea lleve aparejada indisolublemente la economía procesal y la dirección del proceso.
5. La celeridad y economía procesal tiene una estructura dual como mecanismo-fin, por cuanto permite vincular el actuar del legislador y del juez conforme a marcos y parámetros claros que se encaminan y concretan ideal de un proceso en un plazo razonable, por eso la estructura del proceso civil contemporáneo es una consecuencia apenas natural de las exigencias de justicia en la actualidad.

6. La dirección judicial del proceso representa para el juez un nivel de especialización que va más allá de su formación jurídica, toda vez que la dirección del proceso en su dimensión gerencial hace menester la adquisición de conocimientos propios de otras ciencias como la economía o la administración empresarial, como requisito esencial para la gestión eficiente y eficaz de los recursos existentes.
7. Los mecanismos de justicia consensual son el reflejo de que las reformas a la justicia civil deben conllevar la adopción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como forma de proyectar la concepción del proceso como última ratio.
8. Los cambios sustanciales introducidos como consecuencias de los procesos de reforma a la justicia civil ha conllevado a que los elementos que se van introduciendo no sean aceptados plácidamente, lo que ha generado serios debates político – dogmáticos.
9. El análisis del proceso civil que se impone desde finales del siglo XIX determina que el concepto *nuevas tendencias procesales o tendencias procesales contemporáneas* conlleve en su trasfondo una atenuación del sistema dispositivo a través de la conformación de un proceso civil mixto.
10. El proceso civil contemporáneo implica la incorporación de elementos del sistema inquisitivo que vienen a convivir con la estructura dispositiva considerada como característica propia de la justicia civil en perspectiva histórica, por esto, además de publicista, el proceso civil contemporáneo es considerado como mixto desde finales del siglo XIX.

Del capítulo 4.

En relación con: “Las implicaciones en la función jurisdiccional del juez civil, a partir del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012) y en perspectiva de las nuevas tendencias procesales, se concluye lo siguiente:

1. El proceso de recodificación de la mentalidad jurídica colombiana con un marcado enfoque de justicia social exige una garantía eficiente y pronta de los derechos subjetivos, desterrando el concepto formalista del derecho procesal.
1. La reafirmación del CGP del poder – deber que le confiere la ley al juez, más que un cambio gramatical o la concreción de posiciones jurisprudenciales de larga data existente, debe entenderse también como un mensaje dirigido al juez en el sentido de que el proceso civil colombiano se ha transformado en una justicia que sin dejar de lado los intereses privados de las partes, defiende otros intereses de mayor calado.
2. El proceso civil colombiano del CGP acoge y continúa las reformas propias de la doctrina publicista que conlleva para el principio dispositivo una atenuación - que no eliminación- de algunos de sus elementos como forma de lograr los fines del proceso, no siendo el funcionario judicial un convidado de piedra en el litigio que se le pone de presente.
3. El juez asume su rol de director del proceso – formal, material y gerencial- a través de un contacto personal y directo con las partes y de manera trascendental con la prueba, en el marco de una justicia oral permitiendo realizar una gestión de los casos con menos costos y más ahorro de tiempo.
3. El estudio de las nuevas tendencias desde la perspectiva de la praxis judicial muestra que los cambios introducidos por el CGP no solo deben ser ubicados desde su significación conceptual, sino desde su comprensión como parte de

procesos culturales, históricos y político-jurídicos, que en todo caso son más amplios en la medida que permite estudiar los procesos de reforma a la justicia civil desde la perspectiva de los contextos.

4. La adopción de las nuevas tendencias y su asimilación por parte de los jueces no supone un desconocimiento de las implicaciones o consecuencias de estas en el proceso civil, sino más bien el retardo en su asimilación desde sus primeros pasos en la segunda mitad del siglo XX, aunado a factores de naturaleza política que inciden en la correcta implementación de los códigos.
5. La negación de los cambios introducidos en reformas anteriores demuestra la resistencia al cambio por parte de los funcionarios jurisdiccionales y litigantes, en la medida de que si bien hay conocimiento de la teleología que inspiran las últimas reformas al proceso civil, existe todavía una fuerte defensa del proceso civil de ideología liberal, lo que supone cómo será el papel del juez al interior del proceso.
6. Los fenómenos de resistencia a la nueva visión del proceso civil pueden entenderse como resultado de la politización propia de los procesos legislativos, que en ninguna forma deben entenderse como procesos nuevos, sino inherentes a los distintos periodos evolutivos de la justicia civil.
7. Los procesos de resistencia dan cuenta que, al lado de los cambios en el nivel legislativo, debe converger un cambio cultural, que no solo incluye al funcionario jurisdiccional sino también a los operadores jurídicos.
8. Para los Jueces Civiles del Circuito la implementación del CGP no es un aspecto problemático, esto sin embargo solo se predica desde un ámbito conceptual, en la medida que es necesario que los jueces en el ejercicio de su función asuman la visión gerencial del juez en el proceso civil contemporáneo

por tanto hagan uso de aquellos poderes y facultades que construyen el concepto dirección judicial del proceso.

9. El CGP demuestra que los jueces tienen el conocimiento suficiente de las bases teórico-dogmáticas, así como político-ideológicas del proceso civil colombiano desde la entrada en vigencia del CPC, sin embargo, la reiteración jurisprudencial de los poderes-deberes al interior del proceso muestra que la cuestión no es de apropiación conceptual sino de mentalidad.

11. RECOMENDACIONES

Al legislador

1. Compromiso sensato en la expedición de códigos procesales, a través de un correcto estudio que no parta simplemente de la adecuación de instituciones extranjeras, no olvidando que cada ordenamiento jurídico tiene sus propias particularidades y especificidades, se requieren pues, estatutos procesales con vocación de permanencia.
2. Propender por mayor inclusión social de los menos favorecidos a la hora de elaborar códigos procesales, ello en la medida que no es suficiente cambios de naturaleza normativa, sino que se precisan otros elementos entre los que intervengan otras ciencias sociales que ayuden a analizar no solo la norma sino el verdadero impacto de ésta en la sociedad. Se predica de una alta socialización del código en la academia y en la doctrina, pero es preciso también tener una visión de la sociedad, Máxime si se tiene en cuenta que son las expectativas de ésta las que dotan de legitimidad a la jurisdicción del Estado.

A los jueces

En razón al cambio ideológico por el que transita la justicia civil desde hace unas décadas, se recomienda a los jueces:

1. Realizar cambios extrajurídicos, es decir, de naturaleza política o cultural, debe comenzar precisamente en los jueces. La eficacia de una norma no viene dada intrínsecamente por su carácter de tal, sino por su correcta y eficaz aplicación esto se logra si los jueces hacen uso de los poderes y facultades que la ley le otorga y en la medida que ellos se apersonen de los mismos.

2. Capacitar al funcionario judicial de tal manera que al aplicar la ley, deje de lado posturas ideológicas propias que ha asumido a lo largo de su trayectoria profesional, y que sean diametralmente opuestas con la normatividad vigente, pues en un Estado Social de Derecho aquellas no pueden ser aplicadas si se va en contravía de las garantías y derechos fundamentales de las partes en conflicto.
3. Propender que los jueces se apersonen del concepto de dirección judicial y gerencial de los casos, a través de una correcta utilización de la oralidad, plan de caso, y en general del arsenal de herramientas que la ley les otorga, dejando de la concepción privatista del derecho civil, para anclarlo a una función social.
4. Los Jueces deben dejar de lado los formalismos excesivos que aún siguen imperando en la manera de administrar justicia, lo que va en detrimento de un orden justo, del derecho a la administración de justicia, de defensa y contradicción, dejando de lado interpretaciones judiciales que no consulten los fines del Estado, lo que implica que las partes no puedan ejercer cabalmente sus derechos sustantivos.
5. Atender la realidad social en la medida que el funcionario judicial entienda que todos los ciudadanos no están en condiciones de igualdad para enfrentar los procesos en lo que se ven inmersos, a fin de permitir garantizar un debido proceso y darle un contenido material al derecho de igualdad en orden de hacerlo más real que formal, con lo cual se cumple lo previsto en el artículo 4º del título preliminar del C.G.P que le impone al juez la obligación de lograr la igualdad de las partes.

A los litigantes

En razón a que es natural que los cambios normativos generen ciertas resistencias se recomienda a los litigantes:

1. Estructurar cambios en la forma en que se ejerce el derecho, por lo que es necesario que los litigantes se despojen de aquellas estrategias dilatorias y aprovechadas que atentan contra el cabal desarrollo del proceso, pues la tarea del abogado viene dada por el ejercicio de su profesión dentro del marco de lo que la ley le permite y autoriza.
2. Asumir un compromiso contundente con la labor que se ejerce, en aras de que los procesos sean ágiles y céleres, cambio este que es fundamental a la hora de que los procesos sean resueltos en un tiempo prudencial.

A la doctrina

En razón a la importancia que representó la doctrina en la elaboración del CGP se recomienda:

1. Desarrollar estrategias que ahonden en el estudio del derecho comparado, que definitivamente abre muchas puertas y alternativas que permitan ante un adecuado y debido estudios, acoger y perfeccionar instituciones que pueda ser de ayuda a diversas problemáticas. Esto implica mucha responsabilidad pues no se tratará solo de copiar y pegar instituciones foráneas sino de estudiar, analizar y adecuar si es el caso.

A la academia

En razón de que la academia es el lugar de formación de los futuros jueces y litigantes y en general operadores jurídicos, se recomienda.

1. Propiciar los espacios donde a través del debate y la crítica, se someta a control interdisciplinariamente la forma en que el legislador crea los códigos, y también una forma en el que los funcionarios judiciales pueden ejercer sus derechos democráticos.
2. Formar a las nuevas generaciones a través de los avances en la forma en que se educa, de manera que se permita modular la formación del concepto de abogado integral asilándose de la concepción tradicional. No se trata de formar abogados carentes de crítica a lo legalmente establecido, sino a una formación que les permita de acuerdo a su particular visión del derecho y concretamente de la administración de justicia, ejercer ética y críticamente la profesión como parte de un proceso de cambio que se encuentra en un estado más avanzado como ocurre en Colombia desde 1970.

12. ÉTICA

Los autores de la presente investigación se abstuvieron de fabricar y falsificar datos, así como de plagiar, copiar, duplicar información o referenciar autoría injustificada, sesgar publicaciones, o presentar inexactitudes en las citas bibliográficas. Se respetaron los derechos de autor enunciando y referenciando correctamente.

Así las cosas, por medio de la presente investigación los investigadores cumplieron los siguientes compromisos.

- Considerar el marco ético-jurídico –institucional, local, nacional e internacional – para la toma de decisiones en la investigación; incluyendo acuerdos, convenios y términos de referencia.
- Respetar la propiedad intelectual con el debido reconocimiento según las contribuciones de los actores que llevan a cabo la investigación; verbigracia, coinvestigadores, estudiantes, técnicos y personal auxiliar.
- Referenciar correctamente el trabajo de otras personas, entidades u organizaciones. Los investigadores se comprometen a no plagiar, copiar o usurpar otras investigaciones y publicaciones.
- Gestionar el proceso investigativo -desde el protocolo hasta la obtención de los datos y los resultados- como la evaluación ético – científica, con responsabilidad, seguridad, transparencia y veracidad.
- Cumplir a cabalidad su papel en la investigación sin abrogarse logros que no se correspondan con las responsabilidades asumidas, ni incurrir en prácticas de suplantación o encubrimiento con el fin de obtener un beneficio para sí o para un tercero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Alcalá Zamora, N. (1947). La influencia de Klein y Wach sobre Chiovenda. En: *Revista de Derecho Procesal*. [On line]. Recuperado de: http://www.academiadederecho.org/biblioteca/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=569

Alcalá Zamora, N. (2001). *Estudios de teoría e historia del proceso*. México: Editorial Jurídica Universitaria.

Alsina, H. (2001). *Fundamentos de derecho procesal*. México: Editorial Jurídica Universitaria.

Alvarado Velloso, A.; y Montero Aroca, J. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Barcelona: Tiranch Lo Blanc.

Alvarado Velloso, A. (2008). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni Editores.

Alvarado Velloso, A. (2011). *Lecciones de derecho procesal civil*. Medellín: Librería Jurídica Dikaia.

Alvarado Velloso, A. (2011). *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. En: *Proceso civil e ideología* (2ª edición). Valencia: Tiranch Lo Blanch.

Alvarado Velloso, A. (2014). *Proceso y República. Crítica a las tendencias actuales del Derecho Procesal*. En: Bustamante Rúa, M.M. (coord.). (2014),

Reformas procesales en Colombia y el mundo, (p.82-135). Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.

Alzate Noreña, L. (1982). *Pruebas judiciales*. Bogotá: Imprenta departamental.

Anton Mittermaier, K.J. (2001). *Pruebas en materia criminal*. México: Editorial jurídica universitaria.

Armenta Deu, T. (2013). *La convergencia entre el proceso civil y penal: ¿una dirección adecuada?* Madrid: Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2013). *Lecciones de derecho procesal penal (7ª edición)*. Madrid: Marcial Pons.

Barona Vilar, S. (2017). *Justicia civil y penal en la era global*.

Benabentos, O.A. (2001). *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá: TEMIS.

Bentham, J. (1971). *Tratado de las pruebas judiciales*. vol. 1 (1ª edición). Argentina: Ediciones jurídicas Europa-américa.

Betancur Jaramillo, C. (1973). *De la prueba judicial. Aspectos generales (1ª edición)*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Boss Agudelo, J. (2011). *Proyecto código general del proceso. ¿proceso judicial o método de investigación?* En: Pensamiento y poder, Vol. 01 (07) enero-junio 2011, pp. 55-67.

Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA.

- Canosa Suarez, U. (2003). *El proceso civil por audiencias*. Revista Novum Jus, No 1, p. 65-78.
- Canosa Suarez, U. (2012). *Presentación Código General del Proceso*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. [On line]. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/PresentacionCGP.pdf>
- Canosa Suarez, U. (2014). *Presentación Código General del Proceso*. En: Código General del Proceso (2ª edición). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Cappalli, R.B. (1992). *Procedimiento civil comparado. Estados unidos, Chile, Sudamérica*. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 19 (2), pp. 203-275. [On line]. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649733.pdf>
- Cappelletti, M. (1973). *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires: EJEA.
- Carnelutti, F. (1997). *Derecho procesal civil y penal*. México: Harla.
- Chacón Tapias, F.G. (s.f). Scribd. *San Francisco*, EU: [On line]. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/36226479/Evolucion-del-Derecho-Procesal>
- Chayer, H.M.; y Marcet, J.P. (2016). *Nueva gestión judicial y oralidad en los procesos civiles*. En: Nueva gestión judicial y oralidad en los procesos civiles. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cipriani, F. (1995). En el centenario del Reglamento de Klein: el proceso civil entre libertad y autoridad. En *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp. 968-1004.

- Cipriani, F. (2011). *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*. En Montero Aroca (coordinador). *Proceso civil e ideología* (2ª edición): Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Colombo, C. (1992). *Curso de derecho procesal civil*, volumen I. Buenos Aires: Abeledo perrot.
- Colomer, J.L.; Esparza Leibar, I.; Gargallo, A.P.; Pérez Cebadera, M.A.; Beltrán Montoliu, A., y Gánem Hernández, E. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Couture, E. (1990). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición). Buenos Aires: Ediciones Depalma
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición). Buenos Aires: Roque Depalma.
- Couture, E. (2001). *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- De la Oliva Santos, A. (2012). *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, prudentia iuris*. Madrid: Civitas.
- De la Oliva, A.; Díez Picazo Giménez; I.; Vegas Torres, J. (2013). *Curso de derecho procesal civil: parte general* (2ª edición). Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.
- Dellepiane, A. (1983). *Nueva teoría de la prueba* (9ª edición). Bogotá: TEMIS
- Devis Echandía, H. (1985). *Compendio de derecho procesal*, Tomo I (10ª edición). Bogotá: Editorial ABC

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial TEMIS.

Devis Echandía, H. (2002). *Liberalización o socialización del proceso civil*. En: Revista nueva época, vol. 09 (18-19), pp. 39-48.

Devis Echandía, H. (2010). *La aceleración del proceso judicial y el proceso oral. El caso de Colombia y otros países de américa del sur*. En: Revista Nueva Época, vol. 16 (35), pp. 127-150.

Escobar Alzate, J. (2014). *Nociones de derecho procesal civil en el código general del proceso*. Ibagué: Universidad de Ibagué.

Escobar Fornos, I. (1998). *Introducción al proceso* (2ª edición). Managua: Editorial Hispamer. [On line]. Recuperado de: file:///C:/Users/USER/Downloads/INTRODUCCION_AL_PROCESO_-_Dr._IVAN_ESCOBAR_FORNOS.pdf

Falcón, E.M. (2005). *Manual de Derecho procesal: gráficos ilustrativos*. Argentina: Astrea.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: TEMIS.

Florián, E. (1998). *De las pruebas penales*. Volumen 1 (3ª edición). Bogotá: TEMIS.

Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons.

Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Giacomette, A. (2014). *Visión crítica de las reformas al proceso civil en Colombia a propósito del Código General del Proceso de la República de Colombia*. En Bustamante Rúa, M.M. (coord.). (2014), *Reformas procesales en Colombia y el mundo*, (p.137-169). Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.
- Gorphe, F. (1982). *De la apreciación de las pruebas*. Bogotá: Mundo editores.
- Gozaíni, O.A. (2012). *Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- Hempel, C. (1997). *La teoría de la verdad de los positivistas lógicos*. En Juan Antonio Nicolás y María José Frápoli (ed.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Tecnos, Madrid, 1997, traducido por J. Rodríguez Alcázar. [On line]. Recuperado de: <http://www.unizar.es/arenas/tc/Hempel-La-Teoria-de-La-Verdad-de-Los-Positivistas-logicos.pdf>.
- Hess, B. y Jauernig, O. (2015). *Manual de derecho procesal civil* (3a edición revisada). Madrid: Marcial Pons.
- Hinestrosa, F. (2005). *El código civil de Bello en Colombia*. *Revista de Derecho Privado*, No 9, p. 5-27.
- Kant, I. (1954). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Editorial Siglo veintiuno editores.
- Kripke, S. (1997). *Esbozo de una teoría de la verdad*. En Juan Antonio Nicolás y María José Frápoli (ed.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Tecnos, Madrid, 1997, traducido por M. M. Valdés. [On line]. Recuperado de: https://www.ddooss.org/libros/Saul_KRIPKE.pdf.

- Landoni Sosa, A. (2013). *El proceso por audiencias en el código general del proceso de Uruguay*. México: UNAM. [On line]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3330/26.pdf>
- Da Silva Orcoyen, M.L. (2014). *Métodos alternativos de resolución de conflictos*. [On line]. Recuperado de: https://wold.fder.edu.uy/material/leles_metodos-alternativos-resolucion-conflictos.pdf
- López Blanco, H.F. (2009). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I (10ª edición). Bogotá: DUPRÉ Editores.
- López Blanco, H.F. (2016). *Código general del proceso*. Parte general. Bogotá: DUPRE Editores.
- López Medina, D.E. (2004). *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López Medina, D.E. (2006). *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Loutayf Ranea, R.G. (2004). *Audiencia preliminar*. En: Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O.: “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, pp. 1-53. [On line]. Recuperado de: <file:///C:/Users/USER/Downloads/audienciapreliminar.pdf>
- Macho Gómez, C. (2014). *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión en Europa*. En: ADC, tomo LXVIII. [On line]. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-

30093100996_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Origen_y_evoluci%F3n_de
_la_mediaci%F3n:_el_nacimiento_del_%93movimiento_ADR%94_en_Estad
os_Unidos_y_su_expansi%F3n_a_Europa

Maier, J. (1999). *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (2ª edición, 1ª reimpresión).
Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mesa Calle, M.C. (2004). *Derecho procesal civil: parte general* (1ª edición).
Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el estado constitucional. Diálogos para un
diagnóstico*. Lima: Palestra editores.

Monroy Cabra, M.G. (1974). *Principios de derecho procesal civil* (1ª edición).
Bogotá: TEMIS.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá. Editorial TEMIS.

Montealegre Lynett, E.; y Bernal Cuellar, J. (2013). *El proceso penal* (6ª edición).
Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montero Aroca, J. (1994). *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: José María Bosch.

Montero Aroca, J. (2000). *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la
oralidad*. En: *Derecho PUC*, Pontificia Universidad Católica de Peru, (53), pp.
583-668.

Montero Aroca, J. (2002). *La prueba en el proceso civil* (3ª edición). Barcelona:
Civitas.

Montero Aroca, J. (2011). *El proceso civil llamado "social" como instrumento de
"justicia autoritaria"*. En: *Proceso civil e ideología* (2ª edición). Valencia:
Tiranch Lo Blanch.

- Morales Molina, H. (1973). *Curso de derecho procesal civil. Parte General*. Bogotá: Editorial ABC.
- Nieva Fenoll, J. (2007). *Los problemas de la oralidad*. [On line]. Recuperado de: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/08/los-problemas-de-la-oralidad.pdf>
- Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C.S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (12ª reimpresión). Buenos Aires: Astrea.
- Ormazábal Sánchez, G. (2016). *Introducción al derecho procesal* (6 edición). Madrid: Marcial Pons.
- Oteiza, E. (2014). *Posibles convergencias de los procesos de reforma a la justicia civil en América Latina. Por una mayor civilidad*. En Bustamante Rúa, M.M. (coord.). (2014), *Reformas procesales en Colombia y el mundo*, (p. 29-45). Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.
- Ovalle Favela, J. (1994). *Teoría general del proceso* (2ª edición). México: Harla.
- Pabón Giraldo, L. (2014). *¿Una nueva tendencia en el proceso civil colombiano? Problemas y desafíos*. En Bustamante Rúa, M.M. (coord.). (2014), *Reformas procesales en Colombia y el mundo*, (p.171-196), Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.
- Pabón Giraldo, L. (2017). *El juez como gerente del proceso civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo*. En: *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, Velandia Canosa, E.A. (director), Bogotá: Universidad Libre, pp. 519-539.

Palomo Vélez, D. (2006). Nicolás Trocker and Vincenzo Varano. En: *Revista chilena de derecho*, vol. 33 (1), pp. 187-194. [On line]. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100013

Palomo Vélez, D. (2006). Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 (3), pp. 621-661.

Parma, N. (2016). La oralidad en el proceso civil. En: *Revista RyD República y Derecho*, VOL. 16, pp. 1-15. [On line]. Recuperado de: <http://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/70>

Parra Quijano, J. (1992). *Derecho Procesal Civil*. Bogotá: TEMIS.

Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: TEMIS.

Picò I Junoi, J. (2011). *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. En: proceso civil e ideología, Montero Aroca (coord.). Valencia: Tiranch lo blanch.

Quintero de Prieto, B. (2008). *Teoría general del derecho procesal* (4ª edición). Bogotá: TEMIS.

Radbruch, G. (1958). *El espíritu del derecho inglés*. Barcelona: Revista de Occidente.

Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rico Puerta, L.A. (2006). *Teoría general del proceso* (1ª edición). Medellín: Comlibros.

Rico Puerta, L.A. (2013). *Teoría general del proceso* (3ª edición). Medellín: Leyer.

Rivera Morales, R. (2016). *El juez director del proceso*. En: Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica. Cúcuta: Universidad Libre.

Rojas, M.E. (2004). *Teoría del proceso* (2ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rueda Fonseca, M.S. (2014). *La raíz del Código General del Proceso*. En: El proceso civil a partir del código general del proceso (1ª edición), Cruz Tejada, H. (coord.). Bogotá: Universidad de los andes.

Rueda Fonseca, M.S. (2015). *La raíz del Código General del Proceso: ley 1564 de 2012*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Rueda Fonseca, M.S.; y Velasco, C.J. (2015). *Las bases del CGP*. En: La raíz del CGP. Bogotá: Uniandes.

Sbdar, C. B. (2015). "La oralidad en el proceso civil argentino". *Rev. Jurídica La Ley*. Tomo 2015-B, pág. 1034

Silva Melero, V. (1963). Prueba procesal. Barcelona: *Revista de Derecho Privado*.

Silva Vallejo, J.A. (1989). *Los fundamentos científicos del derecho procesal*. [On line]. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10776/11270>

Sirvent Gutiérrez, C. (1998). *El procedimiento civil en los Estados Unidos de América*. [On line]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1590/29.pdf>

- Soto, A.A. (2016). *Nuevas tecnologías y gerenciamiento de la oficina judicial*. En: Nueva gestión judicial y oralidad en los procesos civiles. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: TEMIS.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Tejeiro Duque. (2014). *Principios generales del Nuevo Código General del Proceso*. En: El proceso civil a partir del CGP. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Valencia Villa, H. (2012). *Cartas de Batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana
- Van Rhee, C.H. (2011). Tradiciones europeas en el procedimiento civil: Una introducción. *En: Revista de Estudios de la justicia, Universidad de Chile, No. 15*, pp. 15-42. [On line]. Recuperado de: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29447/31223>
- Van Rhee, C.H. (2011). Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal. *En: revista chilena de derecho y ciencia política, vol. 2(2)*, pp. 11-40. [On line]. Recuperado de: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-EvolucionDelDerechoProcesalCivilEnEuropa-4036388.pdf>
- Vásquez Alfaro, M. (2015). *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina* (1ª edición). Bogotá: Uniandes y Uninorte.

Verde, G. (2011). *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*. En: Proceso civil e ideología (2ª edición). Valencia: Tiranch Lo Blanc.

Vescovi, E. (1984). *Teoría general del proceso*. Bogotá: TEMIS.

Vescovi, E. (1999). *Teoría General del proceso* (2ª Edición). Bogotá: TEMIS.

Vescovi, E. (2006). *Teoría general del proceso* (4ª edición). Bogotá: TEMIS.

Vogler, R. (2005). *Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal*. En Ambos, K. (compilador), y Montealegre Lynett (compilador). (2005). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Walter, Gerald. (1985). *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá. Editorial TEMIS S.A.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia T 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-450 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-416 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-577 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-803 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-648 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C 830 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-874 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C 873 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-1177 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-183 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C 980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C 543 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C 826 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-279 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

Sentencia C 439 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sentencia C 583 de 2016, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

Sentencia C-086 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T 202 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Giraldo

Sentencia T 237 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 22 de enero de 1974, M.P. German Giraldo Zuluaga. La sentencia se encuentra en la gaceta CXLVIII, enero a diciembre de 1974, números 2378 a 2389, pp. 7-13.

Sentencia del 12 de febrero de 1977, M.P. Germán Giraldo Zuluaga. La sentencia se encuentra en la gaceta CLV primera parte, enero a diciembre de 1977, número 2396, pp. 34-41.

Sentencia del 26 de octubre de 1988, M.P. Alberto Ospina Botero. La sentencia se encuentra en la gaceta CXCII, segundo semestre de 1988, número 2431, pp. 229-238

Sentencia del 12 de septiembre de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta, expediente No. 4293.

Sentencia del 24 de noviembre de 1999, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno, gaceta CCLCI, volumen II, segundo semestre 1999, número 2500.

Sentencia del 29 de noviembre de 2004, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 7880.

Sentencia del 6 de diciembre de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz, expediente 37370 -sala de casación penal.

Normas Jurídicas

Colombia

Acto Legislativo 03 de 2002

Constitución Política de 1991: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

Ley 270 de 1996: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996

Ley 640 de 2001: Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001

Ley 712 de 2001: Diario Oficial No. 44.640 de 8 de diciembre de 2001

Ley 794 de 2003: Diario Oficial No. 45.058 de 9 de enero de 2003

Ley 906 de 2004: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

Ley 1285 de 2009: Diario Oficial No. 47.240 de 22 de enero de 2009

Ley 1395 de 2010: Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010

Ley 1437 de 2011: Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011

Ley 1564 de 2012: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

Decreto 2282 de 1989

Decreto 1400 de 1970: Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970

Uruguay

Ley No. 15.982: Código General del Proceso de Uruguay

Venezuela

Código de Procedimiento Civil de Venezuela de 1990

Perú

Código procesal civil de Perú de 1993

Gacetas

Gaceta 261 de 2012

Proyectos Legislativos

Proyecto 159 de 2011 (senado)

Proyecto 196 de 2011 (cámara)

Acuerdos

Acuerdo No. PSAA15-10392, del 1º de octubre de 2015, artículo 1º, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.