



Primera entrega

El Mito de la Oralidad en el proceso civil

Juan Monroy Gálvez



“... resulta que el escuálido, árido y descuidado fenómeno del proceso, se encuentra estrechísimamente ligado a los grandes movimientos ideológicos del pueblo, y sus diversas manifestaciones deben contarse entre los documentos más importantes de la cultura humana”

(Franz Klein)

SUMARIO: 1. Advertencia. 2. Una breve historia. 3. El relato de Tarello. 4. A manera de síntesis. 5. La oralidad en el Código Procesal Civil peruano de 1993. 6. Las “desventajas” de la oralidad. 7. La “nueva” litigación oral en el proceso civil peruano. 8. Encuentro Nacional sobre la oralidad en materia civil. 8.1. Sobre el primer documento (“Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”). 8.2. Sobre el segundo documento (“Cambios organizativos y nuevo rol de los operadores como premisas para el éxito de la oralidad en la justicia civil del Perú”). 9. Conclusiones.

1. Advertencia

Teóricamente por lo menos, no hay manera de estar en desacuerdo con el uso de la oralidad como técnica para agilizar y tornar eficaz el procedimiento en el que esta se inserte. Sin embargo, se suelen cometer errores al incorporarla. Unos intrínsecos, como considerar que es imprescindible descartar la escritura, otros extrínsecos como estimar que su incorporación puede producirse sin tener en cuenta otras condiciones no necesariamente jurídicas.

Lo que sigue es un estudio sobre la oralidad. Lo iniciamos con una descripción histórica sobre su incidencia en la evolución del proceso, luego analizamos el estado actual del empleo de dicha técnica en el proceso civil peruano y, finalmente, describimos una situación excepcional que, aunque está en desarrollo respecto a su uso en nuestro país, puede convertirse en un bulo de proporciones.

2. Una breve historia

Con prescindencia del tiempo o la distancia con que apreciemos tal o cual ordenamiento procesal, su práctica siempre será un fenómeno social de masas. Está tan involucrado con su hábitat que los patrones de conducta social, política, económica y aún religiosa de una comunidad determinada pueden ser reconocidos, en considerable medida, a partir del estudio de las reglas procesales vigentes en esa época o lugar.

Sustentemos lo expresado con un ejemplo. El Rey Alfonso X el Sabio, un monarca-legislador, ordenó y coadyuvó, se dice, a la redacción de un ordenamiento llamado Espéculo (del latín *speculum*, espejo), el cual se expidió casi simultáneamente con el Fuero Real o Fuero de las Leyes, mientras se estaban elaborando Las Partidas, la más famosa y duradera de las tres legislaciones atribuidas a él. El Espéculo, del cual se conservan cinco libros de un total de siete, constituye una normativa pequeña en comparación con las otras. Se dice que se expidió para que cumpla una función introductoria y didáctica.

Importa para nuestro tema porque, en lo que respecta a nuestro tema, el Espéculo establece reglas procesales que hoy podrían ser consideradas extrañas, aunque su lectura nos permite conocer los rasgos de la sociedad en que estuvo en vigencia con detalles esclarecedores. Se regula, por ejemplo, que todo hombre puede ser testigo, salvo que fuera siervo. Aunque luego se permite al siervo ser testigo, pero no contra su señor ni contra otro señor, sino en los casos donde se acuse a ellos, al rey o al reino¹.

Es notable, por otro lado, el tratamiento que se da a los testimonios en aquellos procesos en los que se ofrecen tanto de una parte como de la otra². Se advierte una profunda discriminación originada en una división de clases tan absoluta, que esta se expresa en normativas distintas según la pertenencia a una específica clase social, grupo económico, edad o género.

¹ ***Ley I.- Que el siervo non puede testiguar contra su señor nin contra otro, salvo en casos ciertos (a)***

Todo ome puede seer testigo, sinon si fuere siervo. Empero este bien lo puede seer en cosas ciertas, así como en fecho de que acusan alguno, que fuese contral rey o contral regno” (Los Códigos Españoles. Concordados y Anotados. Madrid: Antonio de San Martín, Editor, 1872, Tomo Sexto, p. 90).

² ***“Ley XXXII.- Que deve guardar e fazer el juez quando la parte trae testigos, e firman los unos por ello, e los otros contra ella, e quales deven ser mas creydos (a).***

(...). Mas si por aventura fuer que sean tantos los testigos de la una parte como de la otra, e dixieren su testimonio, igualmente, en guisa que tanto digan los unos por la su parte, como los otros de la otra, dezimos que deven ser creydos los mas honrados e los meiores ante que los otros. Ca cierta cosa es, que la onra les da meioria sobre los otros. Otrosi dezimos que los ancianos deven seer mas creydos que los mancebos, porque vieron mas, e pasaron mas por las cosas, e deven mas saber en los fechos. Otrosi dezimos, que mas debe ser creydo el fidalgo que el villano, que bien semeja que mas ayna errarie el villano en lo que oviese a decir, por miedo nin por premia, que el fidalgo. Ca mas tenuto es de guardarse de fazer cosa porque cayese en vergüenza, por si e por su linaje el fidalgo que el otro. E mas deven creer al rico que al pobre, porque bien semeja que el pobre mas ayna derie mentira por codicia, o por promesa, que el rico. E mas creido deve ser el varón que la mugier, porque a el seso mas cierto e mas firme. E mas deve ser creydo aquel que non es tan su amigo daquel por quien firma, que el que lo fuere” (Los Códigos Españoles. Concordados y Anotados. Ibidem, p. 98).

Es significativo cómo esta fractura social se expresa, de manera ostensible, en el proemio del Espéculo: *“En el nombre de Dios Padre e Hijo e Spiritu Santo, que son tres personas e un Dios. Porque las voluntades e los entendimientos de los omes son departidos en muchas guisas, por ende natural cosa es que los fechos e las obras dellos non acuerden en uno”*. Es decir, las desigualdades anotadas son conocidas y, sin duda, justificadas por la Iglesia Católica, a cuya fe es ofrecida la ley. Lo que no es extraño respecto de la discriminación que sufre la mujer, sobre todo si recordamos algunas citas impactantes de Santo Tomás en su obra más conocida (*“La Suma Teológica”*)³. Una explicación puede ser que, siendo las religiones productos culturales, los antecedentes históricos y filosóficos de los cuales se nutren influyen en la opción asumida. Es el caso del cristianismo respecto a la consideración que recibe la mujer⁴. Lo que tampoco nos puede consumir a “normalizar” la discriminación atendiendo a su casi uniformidad. A este propósito conviene destacar el caso de una sociedad distinta en una materia tan susceptible⁵.

³ En la primera parte de su obra, específicamente en la cuestión 92, titulada “El origen de la mujer”, Santo Tomás aborda en el primer artículo la respuesta a la pregunta: “Al producir las primeras cosas, ¿debió o no debió ser hecha la mujer”. Siguiendo su metodología, primero plantea la objeción, que es tomada de Aristóteles (*Generación de los animales*): *“La mujer es un varón frustrado. Pero en la primera creación de las cosas no era conveniente que hubiera nada frustrado ni imperfecto. Por lo tanto, en la primera institución de las cosas no debió ser hecha la mujer”*.

A pesar de que la falacia es evidente, Tomás de Aquino, el Doctor Angélico, no la ataca por allí porque, en el fondo, está de acuerdo con el Estagirita. Por eso responde así: *“1. Considerada en relación con la naturaleza particular, la mujer es algo imperfecto y ocasional. Porque la potencia activa que reside en el semen del varón tiende a producir algo semejante a sí mismo en el género masculino. Que nazca mujer se debe a la debilidad de la potencia activa, o bien a la mala disposición de la materia, o también a algún cambio producido por un agente extrínseco, por ejemplo, los vientos australes, que son húmedos, como se dice en el libro De Generat Animal. Pero si consideramos a la mujer en relación con toda la naturaleza, no es algo ocasional, sino algo establecido por la naturaleza para la generación. La intención de toda la naturaleza depende de Dios, autor de la misma, quien al producirla no solo produjo al hombre, sino también a la mujer”* (Parte Ia., q. 92, a.1).

⁴ “La verdad es que las mujeres nunca lo han tenido fácil en cuanto a igualdad se refiere, y menos en el mundo antiguo. Pensemos en Mesopotamia, donde eran consideradas mano de obra perteneciente al marido y máquinas de producir más mano de obra... en forma de hijos. Ciertamente que en Babilonia la mujer podía presentar demandas en los tribunales y actuar como testigo, estando legalmente protegida contra la violencia y la difamación; pero también lo es que su esposo podía entregarla para saldar una deuda, bien dejándola como fianza, bien para que la pagara con su trabajo. Evidentemente, la posibilidad que fuera al contrario ni se contemplaba. ¿Y qué decir de los democráticos atenienses y sus gineceos, donde las mujeres pasaban encerradas la mayoría de sus días? Más cercana a nosotros está la mujer romana, que en el derecho primitivo de Roma quedaba bajo la autoridad de su marido (cum manu), pasando a propiedad de este tanto su dote como el resto de sus bienes. Durante la época clásica la cosa se liberalizó y la fórmula habitual pasó a ser el matrimonio *sine manu*, mediante el cual la esposa seguía bajo la patria potestad de su padre. Sin duda era una mejora, mas teniendo en cuenta que un padre tenía poder de vida y muerte sobre sus hijos y era dueño de todos sus bienes, incluidas las ganancias adquiridas por medio del trabajo, jurídicamente la mujer solo conseguía libertad económica a la muerte de su progenitor” (PARRA, José Miguel. *La historia empieza en Egipto. Eso ya existía en tiempo de los faraones*. Barcelona: Crítica, 2017, p. 197).

Una patología social actual y dramática es la violencia constante y sistemática contra la mujer. Solo como ejemplo, durante el 2019 se registraron 164 feminicidios en el Perú. Por cierto, la solución a un drama social de esta magnitud exige que, en primer lugar, descubramos sus raíces. En esa dirección, superados los prejuicios, será necesario identificar cuál es la cuota que han aportado y aportan las religiones monoteístas a esta pandemia social.

⁵ “En la sociedad faraónica hombres y mujeres tenían completa igualdad jurídica y los documentos así lo atestiguan desde temprano. Es cierto que con posterioridad al Reino Antiguo, donde conocemos mujeres que formaron parte de la Administración (superintendentes de los cantantes, de los tejedores, de los médicos e incluso una visir), estas parecen haber quedado al margen de la misma. Por causas desconocidas, las féminas egipcias quedaron limitadas a partir de entonces a sus tareas como ‘señora de la casa’: las labores domésticas y traer al mundo hijos sanos. [...]. No hemos de ver en esta clara separación de las tareas un resultado del

Los ejemplos descritos permiten confirmar nuestra tesis. Con solo describir las normas procesales sobre testigos, surge la evidencia de que nos encontramos ante un sistema feudal, es decir, en plena Edad Media. Por cierto, en tanto se repitan estas regulaciones, el sistema social seguirá siendo feudal aunque ya no se esté en la Edad Media.

El derecho romano no es todo lo impecable que se dice que es. Como toda aventura del pensamiento, tiene luces y sombras. Precisamente en las segundas se encuentra el proceso. El derecho romano no puede mostrar, por ejemplo, haber tenido un sistema judicial y tampoco ordenamientos procesales con algún ámbito elemental de razonabilidad. En todo el transcurso de Roma (Formación, imperio, república, otra vez imperio y luego su desaparición) se presentaron tres etapas definidas con un tipo de procedimiento para cada cual.

Apreciándolas desde nuestro tema, las dos primeras (la *Legis Actiones* y la Formularia) fueron puramente orales. La tercera (*Cognitio extra ordinem*), en cambio, se caracterizó precisamente por ser escrita y por llevar la huella de Justiniano. Aunque también es bueno precisar que, en estricto, cuando empieza a usarse este último tipo de procedimiento en sustitución del formulario, ya había empezado el ocaso definitivo del imperio romano (s. IV a.C.).

La razón para el predominio de la oralidad en las dos primeras etapas tiene, por lo menos, dos fundamentos culturales. El primero es que la escritura y su complemento, la lectura, eran técnicas de comunicación casi inexistentes en la población romana. Prueba de ello es que cuando la autoridad se comunicaba con el pueblo, lo hacía a través de edictos imperiales que se leían a viva voz en la zona más concurrida de la ciudad. La escritura y la lectura eran patrimonio de muy pocos. Sin embargo, al margen del ámbito procesal propiamente dicho, debe destacarse que, a la vuelta de unos años, la escritura había penetrado la cultura romana de manera tan

machismo de la sociedad egipcia o de la sumisión de la mujer al hombre. Se trata más bien de una división ideológica. Lo masculino y lo femenino tenían igual relevancia en la creación y mantenimiento del mundo, como demuestra que el rey no pudiera cumplir con muchas de sus obligaciones para con el mantenimiento de la *maat* si no contaba junto a él con una reina que lo completara. En el mundo real, tal dualidad quedó reflejada en una división del trabajo que ni mucho menos supuso una merma para la dignidad o la libertad de las mujeres. Veamos una prueba de esa influencia:

'Después de que te dijera que no te volvería a conceder el derecho a cultivar, regresé a Tebas. Pero mira, mi esposa, la señora de mi casa, me dijo: 'No le quites a Painebenadjed el cultivo de esos terrenos. Devuélveselos. Deja que los cultive'. De modo que tan pronto como te llegue mi carta debes atender al cultivo de esos terrenos y no seas descuidado respecto a ellos'. (Papiro de Berlín 8523).

Dejando aparte su capacidad para llevar los pantalones dentro de un matrimonio, como sucede en el caso anterior, las mujeres poseían completa capacidad legal para adquirir bienes de todo tipo y disponer de ellos a su conveniencia. No se trata solo de la posibilidad de intercambiar en el mercado productos agrícolas, sino también de intercambiar cualquier tipo de bien de su propiedad o resultado de su capacidad artesanal ..." (PARRA, José Miguel. *Ibidem*, pp. 198-199).

Maat es un concepto lleno de matices, pero puede ser entendido como 'justicia', 'lo que tiene que ser' o el 'equilibrio'.

incisiva -sobre todo en el derecho privado (*ius civile*)- que, con el tiempo, será la manifestación de su gloria⁶.

El segundo es que la oralidad guardaba, intrínsecamente, un prestigio propio en el núcleo del poder romano. Para el pontificado y para la aristocracia era el método exclusivo para relacionarse con los demás, por lo que, si había que perfeccionarla, no había que abandonarla⁷. Esta importancia de la escritura tuvo una singular trascendencia histórica y, sobre todo, social. Muy pronto se advirtió que la progresiva reducción de su empleo iba a alterar no solo la técnica de transmisión de la memoria colectiva sino también la garantía de veracidad en la descripción de los hechos. Aunque la reflexión aparece por primera vez, cuando se empieza a producir el tránsito de la oralidad a la escritura esta se volverá recurrente. Así, cada vez que la sociedad occidental enfrente un nuevo invento tecnológico que revolucione el archivo y la transmisión de la información (impresión, radio, televisión, fax, internet, etc.) surgirá la duda si ello mejora al hombre. Es tal la recurrencia de la idea que fue tema de uno de los diálogos de Platón⁸.

Esta situación se va a prolongar hasta cierto periodo de la Plena Edad Media (siglos XI al XIV), en tanto el poder se siguió comunicando con el pueblo a viva voz, ahora por medio de bandos o pregones, antecedentes de lo que, siglos después, se convirtió en la notificación por edictos, para España primero y luego para sus colonias.

⁶ “Cuando Publio Mucio componía los diez libros de su trabajo (o ‘libelos’, libritos, según la doble denominación detectable ya en Cicerón y retomada por Pomponio), el saber jurisprudencial romano era todavía, como hemos visto, muy pobre en textos. Estamos en años cercanos al 140 a.C., y hasta entonces la escritura había sido siempre un episodio rarísimo en aquella tradición, y en todo caso ligada a la verificación de circunstancias particulares: había sucedido así para el *De usurpationibus*, y luego también para los *Tripertita*. En torno a mediados del siglo II a.C., en cambio, repentinamente la trama cobra importancia. Aparecen los libros sobre el *ius civile* de Catón, con algún anticipo respecto al trabajo de Publio. (...)”

En menos de un siglo y medio se había cumplido una completa ‘literización’ del saber jurídico romano: un fenómeno que es imposible desligar de la contemporánea transformación de los contenidos cognoscitivos. Son los dos rasgos de un mismo cambio” (SCHIAVONE, Aldo. *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009, p. 194).

⁷ “La cultura no escrita de la tradición, primero pontificia y luego laica, aparecía a la sensibilidad aristocrática de mediados del siglo II como un pensamiento para nada débil, aunque ya podía figurar en muchas ocasiones como un pensamiento inadecuado. Era necesario conservar su antigua riqueza, expresándola en formas nuevas” (SCHIAVONE, Aldo. *Ibidem*, p. 195).

⁸ “Sócrates.- A él vino Theuth, y le mostraba sus artes, diciéndole que debían ser entregadas al resto de los egipcios. Pero él le preguntó cuál era la utilidad que cada una tenía y, conforme se las iba minuciosamente exponiendo, lo aprobaba o desaprobaba, según le pareciese bien o mal lo que decía. Muchas, según se cuenta, son las observaciones que, a favor o en contra de cada arte, hizo Thamus a Theuth, y tendríamos que disponer de muchas palabras para tratarlas todas. Pero, cuando llegaron a lo de las letras, dijo Theuth: ‘Este conocimiento, oh rey, hará más sabios a los egipcios y más memoriosos, pues se ha inventado como un fármaco de la memoria y de la sabiduría’. Pero él le dijo: ‘¡Oh, artificiosísimo Theuth! A unos les es dado crear arte, a otros, juzgar qué de daño o provecho aporta para los que pretenden hacer uso de él. Y ahora tú, precisamente, padre que eres de las letras, por apego a ellas, les atribuyes poderes contrarios a los que tienen. Porque es olvido lo que producirán en las almas de quienes las aprendan, al descuidar la memoria, ya que, fiándose de lo escrito, llegarán al recuerdo desde fuera, a través de caracteres ajenos, no desde dentro, desde ellos mismos y por sí mismos. No es, pues, un fármaco de la memoria lo que has hallado, sino un simple recordatorio. Apariencia de sabiduría es la que proporcionas a tus alumnos, que no verdad. Porque habiendo oído muchas cosas sin aprenderlas, parecerá que tienen muchos conocimientos, siendo, al contrario, en la mayoría de los casos, totalmente ignorantes, y difíciles, además, de tratar porque han acabado por convertirse en sabios aparentes en lugar de sabios de verdad” (Platón. *Diálogos*. Barcelona: Gredos, 2017, Fedro: 274d y 274e y 275^a y 275b, pp. 256-258).

Retornemos un tanto porque en el plano judicial la evolución no fue así. La oralidad, que había primado para dicha actividad, por lo menos hasta antes de la *Cognitio extra ordinem* y también en los procedimientos primitivos de las poblaciones germánicas, empieza a ser paulatinamente desplazada. Siguiendo la huella de la *Cognitio*, descubierta tardíamente (siglo X) junto con los otros aportes de Justiniano, se gesta lo que se va a denominar procedimiento romano-canónico, el proceso por excelencia durante la vigencia del *ius commune*, razón por la cual también se le denomina procedimiento común. Su rasgo principal es que se vuelve obligatoriamente escrito⁹, a ello debe agregarse su desapego a que el juez se relacione con las partes y con las pruebas; que la valoración de la prueba tuviese rigurosa previsión legal (la llamada prueba tasada); que las partes controlen el ritmo del procedimiento y, más que rasgo una consecuencia: que el procedimiento fuese extenso.

Esta situación se fue consolidando en el tiempo, no solo por factores culturales -la posterior invención de la imprenta fue determinante- sino por una razón ideológica. Esta consistió en que se generó una crisis de confianza en la actividad procesal de los jueces, sobre todo en el ámbito de la justicia civil. El fundamento de esa crisis fue considerar que la relación directa establecida entre juez y partes como consecuencia de la intermediación y su técnica la oralidad, produjo la incorporación de relaciones intersubjetivas que afectaban la capacidad de decisión del juez¹⁰. Al conocer a las partes, actuar directamente los medios probatorios y establecer relaciones con los otros protagonistas del proceso –testigos por ejemplo-, se concluía que el juez quedaba determinado (influido decisivamente) por dicha experiencia al momento de resolver. Inclusive un jurista de la época, Gustav Medelius, decía que para que un juez no fuese afectado por toda la experiencia vivida en su relación con las partes y con la actuación probatoria, debía tratarse de un hombre excepcional, un gran juez, un *magnus iudex*.

⁹ “Este predominio se convirtió, absolutamente, en monopolio exclusivo cuando se impuso el principio *quod non est in actis non est in mundo*, o sea el principio de la inexistencia jurídica de los actos procesales no resultantes de las ‘actas’ (escritos, protocolos) de causa, y de la consiguiente nulidad insanable de la sentencia no enteramente basada sobre tales escritos. Este principio está ya consolidado en el siglo XIII, y en cuanto a ciertos aspectos suyos puede hacerse remontar a una famosa decretal de 1216 del Papa Inocencio III, por la cual fue prácticamente suprimido también aquel poco de intermediación de la relación del juez con las partes, que había sustituido incluso en el proceso justinianeo y postjustinianeo. La decretal de 1216 estableció, en efecto, que de todo acto procesal, aunque se hubiese realizado ante el juez o por el juez mismo, se debía redactar por otros –notarios, actuarios, etc.- un protocolo, y, por tanto, que la sentencia debía basarse exclusivamente sobre estos *acta*,” (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y la prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pp. 35-36).

Nota: La fecha correcta de la Decretal es 1215, pero respetamos la cita tal cual.

¹⁰ “Toda especie de poder judicial, en suma, era desconocida o por lo menos estaba muy atenuada; el juez debía permanecer totalmente extraño al proceso; el proceso -repito- era ‘cosa de partes’, se desarrollaba exclusivamente entre las partes; el juez estaba no solamente por encima sino fuera de la arena. La consecuencia más importante de ello era la escasa importancia de las audiencias: el proceso se desarrollaba entre las partes (es decir, normalmente entre los abogados de las partes), sin la presencia del juez. El juez era llamado solamente a juzgar, al final del proceso; y la base sobre la cual él debía apoyar su sentencia está constituida por los escritos que las partes (también, normalmente, los abogados de las partes) se habían ‘cambiado’ entre ellos en el curso del proceso. El temor de que el juez, al entrar ‘en la arena’ terminase por perder su *imparcialidad*, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente, no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o ‘verbales’ [actas] escritos, redactados por secretarios o por otros sujetos destinados a ello” (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial EJE, 1973, pp. 47-48).

En consecuencia, para evitar lo pernicioso de ese contacto, lo idóneo era que el juez solo tenga versiones de los hechos que condujeron al conflicto. Y para ese propósito, no había nada mejor que usar la escritura. Aquí se encuentra el comienzo de su auge: la necesidad de aislar al juez del drama real que regularmente contiene un proceso.

En las primeras décadas del Iluminismo, esto es, hacia fines de la Edad Moderna, la escritura siguió primando en el proceso¹¹. En pleno auge de la “razón”, el privilegio de la norma escrita, agrupada y clasificada en conjuntos llamados “códigos”, se convirtió en un incentivo para que la actividad judicial se expresara a través de documentos de intercambio entre el juez y las partes, y viceversa. Una vez reconocido el proceso como fuente de obligaciones, también se le exigió tenga fuente escrita como la ley o el contrato. Lo expresado no desconoce el hecho que la Revolución francesa trajo cambios en el sistema de impartición de justicia como, por ejemplo, que se abolieran las jurisdicciones especiales y, para nuestro tema, también la prueba tasada, reemplazándola por las reglas de la “sana crítica” las que, posteriormente, se van a convertir en el método de la apreciación razonada. Regresemos a la oralidad.

Sin embargo, no debe confundirse el predominio de la escritura con lo ocurrido en la misma época en otros países de Europa. En efecto, en países como Alemania, Austria y Suecia se produjo un cambio brusco, algunos lo denominan revolucionario, que consistió en un desplazamiento hacia la oralidad. Sin embargo, esta “revolución procesal” fue de poco vuelo, fueron solo escauceos y tampoco se extendió a otros países como Italia, Francia o España. Lo ocurrido en este último es de nuestro mayor interés por ser nuestro modelo. Allí se promulgó, en 1853, la Instrucción del Marqués de Gerona, la cual contenía propuestas de oralidad. Sin embargo, esta fue muy rápidamente puesta de lado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Tal vez el gran error de estas propuestas iniciales de oralidad, como la ZPO alemana de 1877, fue su extremismo, es decir, la concepción de que toda actividad que no tuviese fuente oral estaba viciada¹². Desgraciadamente se cometió el error de pasar de un extremismo a otro. Es decir, de considerar ineficaz todo acto que no esté

¹¹ “El proceso de los albores del absolutismo fue claudicante, escrito, mediato y reservado, condujo a una crisis de confianza en la justicia civil: la justicia se convirtió exclusivamente en una fuente de renta para la profesión forense, cuyos integrantes exigían una posición monopólica cada vez mayor. Los modelos procesales del siglo XVIII servían menos a la tutela jurídica y mucho más a la denegación de justicia.” (FASCHING, Hans Walter. *La posición de los principios de oralidad y de intermediación en el proceso civil moderno*. En: Revista de Processo No. 39, Año 10, junio-setiembre de 1985, p. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985).

¹² “La idea de la cual se partía era aquella que, así como proceso escrito había significado, en su más rígida acepción, *inexistencia* de toda actividad procesal no resultante de los (sic) *acta* de causa, así proceso ‘oral’ debía significar *inexistencia*, a los efectos de juzgar, de todo acto no comunicado al juez oralmente en la audiencia de las partes o de sus defensores (*alleinige Entscheidungsgrundlage ist das vor dem erkennenden Gericht gesprochene ‘Wort der Parteein*) [la única base de la decisión es la palabra de las partes, pronunciada ante el tribunal que conoce de la causa]. Y así, por ejemplo, no solamente las demandas y las excepciones ya presentadas a la Corte y al adversario por escrito, sino las propias pruebas documentales, para ‘existir’ debían ser ‘leídas’ en la audiencia.

Se trataba, obviamente, de un exceso un tanto irrealístico y doctrinalístico –en efecto, se han acuñado, a este respecto, los términos de ‘*Mündlichkeitsformalismus*’ y de ‘*Mündlichkeitsfanatismus*’- típico de las reacciones con las cuales, para evitar un defecto, se incurre en un defecto análogo pero de signo contrario” (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y la prueba en el proceso civil*. Op. cit., pp. 48-49).

por escrito, a afirmar la inexistencia de todo acto que no haya sido expresado verbalmente¹³. Con estos antecedentes, básicamente la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895 –vigente desde 1898–, llegamos al siglo XX.

3. El relato de Tarello

Tarello esclarece algunos aspectos que pueden resultar útiles para comprender el proceso de inserción de la oralidad desde fines del siglo XIX. Considera que a inicios del siglo pasado habían tres modelos de proceso civil: el de los soberanos iluminados, el liberal y el autoritario.

El primero está representado por el Reglamento judicial austriaco de José II, el cual estuvo en vigor prácticamente todo el siglo XIX y no solo en Austria sino también en algunas provincias lombardas. Sobre nuestro tema el proceso austriaco-giuseppino, como también se le llamaba, era plenamente escrito. No se presentaron cambios importantes hasta la época de Klein, aun cuando ya se insinuaba la necesidad de una reforma¹⁴.

El segundo, el liberal, puede ser mejor comprendido desde su cotejo con el proceso napoleónico. Su principal diferencia radica en que reduce considerablemente los procedimientos de jurisdicción voluntaria que en el proceso austriaco-giuseppino habían sido los más, y también que en confía a las partes la dinámica del proceso, su duración por ejemplo. Sobre nuestro tema el cambio es radical, en oposición al anterior fue considerado un proceso oral y público, y en efecto contemplaba un tratamiento oral, aunque en sus preliminares era escrito.

El tercero, llamado autoritario porque coloca el proceso al impulso y disposición del juez, se origina en la reforma austriaca de Franz Klein. Entra en vigencia el 1 de enero de 1898. Tenía como principio el impulso del juez (*Offizialmaxime*). En esa línea, propiciaba la oralidad y la publicidad, descartando así el viejo procedimiento escrito y secreto¹⁵. Por cierto, la reforma de Klein fue duramente discutida en sus primeros años.

Y aunque lo expresado puede implicar adelantar la temática, la adhesión de Chiovenda al planeamiento de Klein tuvo en nuestra materia un ingrediente especial: la tesis de Chiovenda según la cual es con la vigencia de la oralidad cuando se gesta

¹³ “Las grandes reformas procesales del siglo XIX acentuaron, por eso, en la Europa Central, de manera expresa, los principios de oralidad y de intermediación. Su concretización fue entusiastamente saludada y merecerá en la moderna ciencia procesal casi el carácter de dogmas intocables” (FASCHING, Hans Walter, Op. Cit., p. 27).

¹⁴ “En 1873 el Ministro de Justicia austriaco Glasser (que era también un jurista ilustre) presentó proyectos destinados –como se decía- a ‘agilizar’ el proceso, con la intención de admitir una discusión ‘oral y pública’, y sobre la base de estos proyectos una ley del 16 de marzo de 1874 introdujo ‘provisoriamente’ una pequeña reforma, mientras se continuaba hablando de una gran reforma (y así se continuó hasta la época de Klein)” (TARELLO, Giovanni. *Dottrine del proceso civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 14).

¹⁵ “... de hecho la oralidad (y la publicidad), en el régimen de impulso oficial no podía restringirse al debate, más bien debía extenderse a toda la actividad preparatoria e instructoria, poniendo a las partes en continuo contacto con el juez; ...” (Ibídem, p. 21).

el incremento del poder del juez, obviamente en desmedro del poder dispositivo de las partes.

El siglo XX es el de la transformación de los estudios procesales en una disciplina jurídica (objeto de estudio, método y sistema propios). En esta materia y en la de la difusión de la oralidad la figura de Chiovenda es determinante, como ya se apreció. Sin embargo, describir su aporte solo desde la perspectiva del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942 sería una opción sesgada que, como tal, puede recibir más de una interpretación. Así, puede decirse que el aporte de este y de Calamandrei a dicho Código permitió que la oralidad se encuentre al servicio de un proceso que le otorga al juez la dirección del procedimiento y, con ello, un conocimiento directo de los hechos que configuran el conflicto que va a resolver. Sin embargo, el mismo aporte puede ser entendido como la confirmación de que la redacción del Código y sus impulsores habían asumido un compromiso con el fascismo.

En la búsqueda de una respuesta desapasionada, puede afirmarse que la oralidad propicia la intermediación y la concentración, con lo cual el proceso aumenta su eficacia como instrumento de tutela del ordenamiento jurídico. Ahora, si este objetivo era también el querido por el fascismo, pues habrá que reconocer que los objetivos fueron, entonces, comunes. Sin embargo, antes de confirmar una identidad como la descrita, resulta necesario precisar qué es el fascismo y no quedarnos con el mito¹⁶ y

¹⁶ Constituye la esencia del fascismo ser un partido-milicia, querer construir un régimen totalitario, una religión política, una reglamentación de la conducta de la población y un militarismo integral ligado a una preparación belicosa para la expansión imperial. También lo identifica la formación de un 'ciudadano colectivo organizado', criado para anular su propia personalidad en la comunidad de la masa organizada por el partido.

El fascismo ha sido el primer movimiento nacionalista y revolucionario, antiliberal, antidemocrático y antimarxista, que ha conquistado el monopolio del poder político y ha destruido la democracia parlamentaria para construir un Estado nuevo y regenerar la nación.

Su ideología está basada en un pensamiento mítico, virilista y antihedonista, sacralizado como religión laica. Afirma la primacía absoluta de la nación a fin de transformarla en una comunidad orgánica étnicamente homogénea, organizada jerárquicamente en un estado totalitario. Fue el modelo del nacionalsocialismo. (Cfr. GENTILE, Emilio. *Quién es fascista*. Madrid: Alianza Editorial. 2019).

"Nos ocurre de tanto en tanto tener que explicar a otros o a nosotros mismos lo que es el fascismo. Y nos damos cuenta de que es una categoría muy esquivada: no es sólo violencia, porque ha habido violencia de varios colores; no es sólo un estado corporativo, porque hay corporativismos no fascistas; no es sólo dictadura, nacionalismo, belicismo, vicios comunes a otras ideologías. A menudo corremos, incluso, el riesgo de definir como 'fascismo' la ideología de los otros. Pero hay un componente a partir del cual el fascismo es reconocible en estado puro. Dondequiera que él se manifieste, sabemos que de esa premisa no podrá surgir otra cosa que 'el' fascismo: se trata del culto a la muerte.

Ningún movimiento político e ideológico se ha identificado tan decididamente con la necrofilia erigida en ritual y razón de la vida. Muchos mueren por sus propias ideas y muchos hacen morir a otros, por ideales o por intereses, pero cuando la muerte no es considerada un medio para obtener otra cosa sino un valor en sí, tenemos entonces el germen del fascismo y tendremos que llamar fascismo a todo lo que se convierte en agente de esa promoción.

Hablo aquí de la muerte como un valor que se afirma por sí mismo. No me refiero a la muerte para la cual vive el filósofo, quien sabe que, en el trasfondo de esta necesidad y a través de su aceptación, cobran sentido otros valores; ni me refiero a la muerte del hombre de fe, que no reniega de su propia mortalidad sino que la juzga providencial y benéfica porque a través de ella alcanzará otra vida. Me refiero a la muerte sentida como 'urgente', como fuente de júbilo, verdad, justificación, purificación, orgullo, sea la causada a otros, sea la causada a uno mismo" (ECO, Umberto. *Ma perché questa voglia di morte?*, 'La Repubblica', 14 de febrero de 1981).

la repetición fácil, por lo menos antes de concluir que el Código de 1940 fue su manifestación.

En cualquier caso, lo que hizo Chiovenda fue hacer suyo el pensamiento de Klein y, cuando se dio la oportunidad, hizo efectiva la reforma procesal que consideraba idónea para su país. El asunto no es afirmar que ello ocurrió en un ámbito fascista, lo que no está en duda¹⁷. Lo que no se puede hacer es deducir militancias. ¿Cuál de los postulados del fascismo antes descrito está en el Código de Procedimiento italiano? En el caso de Calamandrei, ¿se puede haberlo leído y luego afirmar que fue seguidor del Duce, sobre todo atendiendo a lo descrito sobre qué es el fascismo? Estar a favor o en contra de la oralidad no puede tener como sustento una postura política, sin perjuicio de que tal advertencia no encubra el hecho evidente de que la categoría 'oralidad' es mucho más que su acepción nominal¹⁸.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, con mucha reticencia al inicio, empezaron a aparecer ordenamientos procesales en los que se privilegiaba, precisamente, lo que los juristas medievales denostaban, es decir, el contacto entre el juez y el drama que subyace dentro de cada proceso. Es en este escenario donde se empiezan a proponer procesos de reforma dispuestos a valorar la incorporación de la técnica de la oralidad, pero, evitando su ideologización.

Oralidad o escritura son creaciones del hombre como todas las instituciones procesales, es decir, no preexisten a la imaginación del procesalista, son su obra. Siendo así, resulta necesario hacer de aquella que privilegiemos, en nuestro caso la oralidad, lo que mejor convenga a nuestra finalidad, para lo cual es esencial tener claro los presupuestos materiales que se requieren para su empleo pleno. Asimismo, determinemos los ámbitos en que esta debe ceder su vigencia a la escritura, a fin de consolidar la seguridad, eficacia y oportunidad de contar con un instrumento esencial –el proceso- para la vigencia de un Estado democrático.

¹⁷ "Las actitudes de la doctrina procesal en el periodo precedente al fascista y en el periodo fascista, no son otra cosa que la manifestación doctrinaria (no distinta de las doctrinas de otras ramas del derecho) de una realidad sociocultural que encontró en el fascismo un nombre y, más aún, un conjunto de conexiones estructurales. Pensar distinto sería como decir que, dado que todos los aspectos de la realidad de la época pueden ser objeto de historiografías particulares donde la categoría 'fascismo' no es necesaria, entonces no hubo una era fascista: conclusión que podría complacer a muchos, pero me parece que es más absurda de aquella por la cual, existiendo los lobos, el chantaje, las colusiones, la *omertá*, etc., se afirma que la mafia no existe" (TARELLO, Giovanni, Ob. cit., p. 10).

¹⁸ "En el continente, el gran movimiento de reforma se presentó bajo el nombre-símbolo de 'oralidad', un nombre, por lo demás, bastante a menudo mal entendido y desorientador. Lo que el movimiento reformador efectivamente quería, en realidad, era bastante más que una mera reacción contra el predominio de la escritura en el procedimiento de *ius commune* y en los procedimientos derivados de este. Quería reaccionar contra -o romper con- todas las otras características del viejo procedimiento que ya hemos mencionado. Por tanto, en añadidura a un revalorización del elemento oral en el proceso, los ideales inspiradores del movimiento de reforma fueron también: primero, 'inmediación', o sea relación directa, personal y pública entre el órgano decisor por un lado y las partes, los testigos y las demás fuentes de prueba, por el otro; segundo, 'libre valoración de las pruebas', o sea valoración dejada a la apreciación crítica del juez, desvinculada de reglas apriorísticas de exclusión o de valoración, y basada en la observación directa de los elementos probatorios por parte del juez en la audiencia pública; tercero, 'concentración' del procedimiento en lo posible en una audiencia única o de cualquier modo en pocas audiencias orales, mantenidas a breve distancia temporal la una de la otra, preparadas esmeradamente en una fase preliminar en la cual las escrituras no son necesariamente excluidas; por último, y como consecuencia de los ideales precedentes, *rapidez* en el desarrollo del proceso" (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 43).

Finalmente, el principio de intermediación –el que realmente importa hacer efectivo¹⁹- se concretará cuando la técnica de la oralidad asegure la dirección y organización de la actividad procesal por parte del juez, sin perjuicio de que algunos actos procesales mantengan necesariamente la forma escrita²⁰.

4. A manera de síntesis

En Roma y buena parte de la Alta y Plena Edad Media, los procesos eran orales, atendiendo al universo reducido de personas que estaban en aptitud de usar la escritura como un medio de comunicarse y, por tanto, de proponer o defenderse dentro de un proceso. Ya en la Baja Edad Media y, sobre todo en la Edad Moderna, la escritura se impuso como un medio de acabar con la inseguridad que presuntamente producía el hecho de que el juez tenga contacto con las partes y esté presente en la actividad probatoria, es decir, que sea sensible a la realidad que subyace al proceso.

Durante el Iluminismo se mantuvo la escritura, esta vez afianzada por la profunda desconfianza de los revolucionarios franceses en los jueces del Antiguo Régimen. Y llegamos al siglo pasado. En buena parte de este se mantuvo el privilegio de la escritura, por lo menos hasta su último tercio cuando los aportes de la nueva ciencia del proceso y la exigencia de hacer oportuna la tutela de los derechos, determinaron el progresivo tránsito hacia la oralidad. Superado el periodo extremista de descartar la escritura y considerar que carece de valor todo acto que no haya sido previamente “oralizado” en una audiencia, podemos afirmar que la técnica de la oralidad o la opción alterna, la escritura, han sido empleadas atendiendo a cierta carencia cultural y, después, en respuesta a un criterio de reconocimiento de la autoridad del juez para dirigir el proceso.

Estas situaciones permiten destacar lo expresado al inicio de este trabajo, es decir, la profunda dependencia que tiene el fenómeno procesal del contexto histórico, político, económico y cultural de una comunidad determinada. La precisión es importante porque los estudios procesales suelen explicar el fenómeno procesal por sí

¹⁹ “El principio de la intermediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de las que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El principio de la intermediación no está solo estrechamente unido al de la oralidad, en cuanto que solo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que verdaderamente constituye la esencia del proceso oral” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, Vol. III, p. 177).

²⁰ “a) respecto a la formulación-proposición de la *demanda judicial*, y por tanto también respecto a la formulación de los elementos esenciales-constitutivos de la misma (*petitum* y por tanto conclusiones; *causa petendi* y por tanto alegaciones de hechos constitutivos del derecho o del contraderecho hecho valer en juicio), no hay duda que, en la normalidad de los casos, la forma escrita solo puede ayudar a la precisión, a la seriedad, a la ‘puntualización’ de la demanda misma. (...)”

b) respecto de la *argumentación jurídica* (teórico-jurídica: interpretación de las normas, de los negocios, de los documentos, etc.), parece menos dudoso que, sin negar en cualquier caso la oportunidad del debate oral y sobre todo del coloquio oral entre juez y abogados, sea normalmente más seria y útil la elaboración escrita, la que permite a la parte, sobre todo a su defensor, y al juez mismo una más serena y meditada elaboración, (...)”

c) de lo que dije en a) y b), quien a mi parecer estaba muy claro ha sido el más profundo -aunque ni siquiera el más afortunado, como veremos- teórico de la oralidad: Giuseppe Chiovenda. Y también fue consciente del hecho que el campo en el cual el principio de oralidad podía y debía más propiamente operar, era fundamentalmente *solo sobre aquel de las pruebas*.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. Bolonia: Il Mulino, 1969, pp. 101-102).

mismo o por su tratamiento normativo, sin advertir que detrás de su vigencia, derogación o mantenimiento hay una cantidad considerable de influencias externas²¹ que deben ser conocidas por el procesalista a fin de evitar caer en explicaciones reiterativas o, lo que es peor, erradas.

Este es el escenario en el cual nos encontramos. La categoría “oralidad” guarda más contenido del que aparece de su significado literal. Detrás de ella está en juego la función del juez dentro del procedimiento, esto es, si debe actuar como director del proceso o solo ser un funcionario neutro preocupado por el cumplimiento de las formas. En teoría, los ordenamientos tradicionales que privilegian la escritura son cada vez menos respecto de los que han asumido la técnica de la oralidad como instrumento para concretar el principio de inmediación. Sin embargo, la preferencia normativa a la cual hacemos mención tiene, decididamente, sus ventajas y desventajas. La técnica de la oralidad no es, como se cree y se hace creer, la panacea para la eficacia de los ordenamientos procesales.

Aun cuando ya ha sido expresado, reiteramos que la disyuntiva entre escritura y oralidad es histórica, jurídica y lógicamente errónea. Constituye un dilema artificial considerar que la vigencia de una requiera la inexistencia de la otra. Cada cual cumple dentro del proceso funciones importantes, pero no excluyentes como algunas experiencias históricas nos muestran²².

²¹ “Naturalmente, la realización del principio de la oralidad comportaba un radical abandono del viejo sistema, o sea del denominado ‘proceso común’; y esto significaba evidentemente una profunda ruptura de aquella unidad que había nacido en los siglos del medioevo y que, al menos en parte, había sobrevivido hasta todo el siglo XVIII. Pero puesto que el siglo pasado ha sido un siglo predominantemente inspirado, al menos en Europa, en movimientos ideológicos y políticos nacionales y nacionalísticos, la ruptura de aquella unidad, correspondía perfectamente también a la dominante tendencia ideológica y política de la época” (CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado*. Op. cit., pp. 53-54).

²² “Pero está actualmente claro que, con esto, a un formalismo se venía a sustituir otro, aunque fuese opuesto. Si anteriormente como *acta* se entendían solo aquellos actos que hubieran asumido la forma escrita, ahora eran considerados válidos y existentes solamente los actos orales; de este modo el ‘*quod non est in actis non est in mundo*’ no era abolido, sino conservado, con la simple transformación del significado del sustantivo: *acta* como actos orales, en lugar de como actos escritos. De ahí nuevos inconvenientes gravísimos, nuevos vacíos formalismos: las partes o sus defensores que debían repetir oralmente, por lo general con la prohibición de apoyar el discurso sobre la lectura de escritos o de apuntes, en la audiencia de sustanciación las argumentaciones que ya habían sido exhaustivamente expuestas en sus escritos de defensa; la necesidad *quod substantiam* de decir de viva voz, en aquella audiencia, cuáles eran las conclusiones instructorias y de fondo de las partes, conclusiones que también ya claramente figuraban en los escritos; la necesidad de leer de viva voz los documentos producidos, y hasta el texto de las pericias, y así sucesivamente. Absurdas e inútiles pérdidas de tiempo, históricamente explicables solamente como reacción a un método que se quería radicalmente abandonar, sin darse cuenta, por otra parte, de que se caía de este modo en un opuesto pero no menos grave exceso formalístico. Este exceso, que se comienza a encontrar en el Código de procedimiento civil de Hannover de 1850, código debido principalmente a la obra de Gerard Adolf Wilhelm Leonhardt y que ha sido el primer código que haya adoptado el principio de *la inexistencia jurídica de los actos escritos*, se encuentra después, todavía más acentuado, en el texto originario de la ZPO federal alemana de 1877-1879” (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y la prueba en el proceso civil*. Op. cit., p. 87).

Nota: No alcanza a ser más que una digresión, pero cuando en los últimos años se televisan los megaprocursos por delitos de corrupción en agravio del Estado peruano, imaginamos el asombro de los ciudadanos al tener que escuchar horas y horas la lectura de una sentencia. Se trata de un asombro que compartimos agregándole indignación. Sin duda se trata de tiempo precioso de jueces y funcionarios perdido en la lectura de cientos de hojas. Un sinsentido por donde se le mire. Reflexionamos ahora sobre si el origen de esta anomalía en el proceso penal peruano contemporáneo, tenga su causa en este extremismo de la oralidad, consagrada, tal vez, en una norma absurda que no se deroga por inercia o pereza mental.

Si la opción por la oralidad –que solo es una técnica no un principio²³- ha prevalecido es porque dentro de una orientación contemporánea en torno a la función social del proceso, resulta imprescindible que el juez deje de ser un personaje neutro en la solución del conflicto que tiene en su escritorio, y más bien se involucre en su conocimiento, privilegiando los valores sociales que suelen estar discutidos en los procesos.

Sin embargo, nos parece que el debate actual no pasa por establecer las ventajas o desventajas de incorporar la oralidad, esa es casi una obviedad. El tema materia de este trabajo es identificar cuáles son las razones por las que no es posible hacer de ella una técnica procesal masiva, confiable y permanente, que constituya un aporte valioso a la solución de los problemas endémicos del proceso civil peruano, sobre todo, a su morosidad y desconfianza social.

5. La oralidad en el Código Procesal Civil peruano de 1993

Durante buena parte del siglo pasado –ochenta y un años- estuvo vigente un código de procedimientos que, en considerable medida, acogía buena parte de la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881. Esto motivó que los ordenamientos herederos, como el nuestro, fuesen “desesperadamente escritos”, en frase feliz de Santiago Sentís Melendo.

En la ruta abierta por la doctrina procesal civil de la segunda mitad del siglo pasado, el Código Procesal Civil de 1993 (en adelante, el CPC) construyó su sistema sobre la base de cuatro Principios que los ubicó en su Título Preliminar, el de dirección del proceso por el juez, el de economía, el de concentración y, a nuestro juicio el más importante, el de inmediatez. Como resulta evidente, una reforma integral del proceso civil pasaba, esencialmente, por darle al juez un protagonismo que le permitiera decidir más allá de los aspectos formales del procedimiento, sobre todo, con pleno conocimiento de los hechos y de los valores sociales en disputa.

En tal contexto, la oralidad tiene una considerable importancia, en tanto es la técnica más apropiada para hacer efectivo el principio de inmediatez. Tal vez un ejemplo grafique de mejor manera esta situación: el Código impuso que ninguna actuación probatoria sea válida sin la presencia del juez, y exactamente así viene ocurriendo desde 1993.

Cuando en 1988, cinco años antes, entró en vigencia en Uruguay el Código de Proceso Civil Modelo para Iberoamérica, el Gobierno de la época cumplió el pedido de la Comisión redactora y duplicó el número de jueces civiles desde su entrada en vigencia. Antes de ello, los jueces fueron capacitados y, simultáneamente, se

²³ “La segunda consistió en advertir que cuando se habla de la oralidad no se está haciendo mención de un verdadero ‘principio’, el cual, además, no puede determinar de modo exclusivo la forma del proceso, de cualquier proceso (no existe ni puede existir un proceso exclusivamente oral, como tampoco cabe un proceso solo escrito), de modo que como mucho podía hablarse de mero prevalecimiento.” (MONTERO AROCA, Juan. *La oralidad en el modelo garantista del proceso civil*. En: *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 255).

dispusieron de nuevos locales construidos especialmente para que se realicen audiencias. Importa este relato porque ni el nombramiento y preparación de jueces, ni la construcción de locales se realizaron en sede nacional. Ni antes ni después.

En nuestro caso, faltando un mes para la entrada en vigencia del CPC, se debió preparar de urgencia a la mitad de los jueces civiles del país. Luego se duplicó la carga de quienes no recibieron la capacitación, a fin de que se quedaran con toda la carga procesal del código derogado, mientras los jueces “capacitados” en menos de un mes, enfrentaron el reto de sacar adelante el nuevo. Por cierto, en locales hechos para el procedimiento escrito y no para que se realizaran audiencias. Ese abandono punible produjo consecuencias nefastas, las que aún soportamos.

Sin perjuicio de lo dicho, el CPC no optó por la oralidad en sustitución de la escritura, eso hubiera significado acoger el mito surgido alrededor de ella. Se descartó comprenderlas como opciones binarias excluyentes (alto/bajo, blanco/negro, etc.). A este propósito, la técnica escrita se mantuvo, sobre todo en lo referente a la determinación de los límites del objeto del proceso²⁴.

Lo que hizo el legislador, entonces, fue optar por privilegiar el Principio de intermediación y eliminar del ordenamiento procesal civil la figura clásica del juez en el despacho cerrado, es decir, del juez comprimido en un cubículo de su juzgado mientras afuera los escribanos de la época actuaban las pruebas. Como se advierte, el cambio fundamental consistió en involucrar al juez en dirigir y participar en la actuación de las experiencias vitales que motivaron el conflicto que, en su oportunidad, deberá resolver²⁵.

Nos estamos refiriendo al proceso civil propuesto hace veintiséis años. Si a la fecha el Estado estuviera en condiciones –que dígame al paso no lo está, porque nuestra década de bonanza económica satisfizo intereses privados- de solventar, por ejemplo, el uso de medios tecnológicos que permitan garantizar, en plazos razonables, la originalidad de los documentos, sin necesidad de su intercambio y traslado físico entre los sujetos del proceso, sería una considerable mejora para el sistema. Sin perjuicio de que sería pernicioso intentarlo sin que, a nivel nacional, se hayan satisfecho las condiciones mínimas para que tal reforma tecnológica se produzca²⁶. Condiciones que, a su vez, deberían esperar a que el funcionario judicial

²⁴ “Así, la oralidad es rota siempre que el objeto y los alcances de la controversia estuvieran por ser fijados, por tanto, en la acción, en la contestación y en los recursos. Todos esos pasos procesales tienen que ser dados por escrito” (FASCHING, Hans Walter, Op. cit., p. 28).

²⁵ “La oralidad se maneja, pues, con discreción y sin asumir el mito formado en torno a la misma. De igual manera se alude, también sin exageración, a la intermediación y a que el cambio no estriba en una concentración a ultranza de los actos procesales. Se huye así de ciertos aspectos míticos de la oralidad y de sus principios, que tan malos resultados prácticos han dado en otros países. Sobre todo, no se sigue el camino de otros legisladores que han aludido a la oralidad como si fuera la panacea de todos los males.” (MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 257).

Nota: La referencia es a la LEC española de 2000. El trabajo fue redactado a pocos años de su vigencia. Sería bueno saber si la ley citada –veinte años después- mantiene la línea aquí descrita.

²⁶ “El registro de lo ocurrido en la audiencia se deja sentado en un acta escrita, privilegiándose este medio antes que cualquier otro medio técnico (grabación de audio o video).”

–entre ellos el juez de grado- sea satisfecho en sus necesidades primarias, por lo menos a la altura de la dignidad de su función.

6. Las “desventajas” de la oralidad

Después de todo lo descrito sobre la oralidad, la pregunta que surge es por qué no convertimos en orales todos los procedimientos, con lo cual obtendríamos los beneficios que hemos descrito. En efecto teóricamente la oralidad es casi impecable, sin embargo, como ya se insinuó, la decisión sobre qué hacer con ella es menos sencilla de lo que parece. Expliquémoslo.

a. Incorporar la oralidad exige alterar sustancialmente el presupuesto destinado al tema de la impartición de justicia estatal. Para empezar, es imprescindible que los locales estén condicionados para que se realice una audiencia. Nos referimos a un ambiente donde los jueces tengan el suficiente espacio y distancia con los participantes, a fin de permitirles un control de su desarrollo. Por cierto, esta exigencia se repite para las partes y sus defensores, a los cuales hay que agregar un lugar para el público.

Salvo situaciones excepcionales, resulta imprescindible que las audiencias sean públicas, se trata de una garantía constitucional del sistema estatal de resolución de conflictos. Y para concluir, es indispensable el apoyo tecnológico y administrativo que requiere el juez –cuyo número se deberá acrecentar- para dirigir y luego garantizar que su desenvolvimiento va a ser dirigido y controlado por quien tiene un panorama anticipado de lo que va a ocurrir en la audiencia²⁷.

“Ese culto al acta es quizá uno de los peores enemigos de la oralidad. Felizmente en nuestra época existen otros medios distintos y mejores a la escritura para poder dejar constancia de lo ocurrido en una audiencia. El audio y el video se convierten ahora en los más fieles celadores de un auténtico proceso oral.” (PRIORI POSADA, Giovanni. *Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una auténtica oralidad en el proceso civil peruano*. En: THEMIS Revista de Derecho, No. 58. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 135 y p. 142).

Interesante la crítica del profesor peruano. En el primer párrafo la referencia es al artículo 204 del CPC de 1993, el cual también prescribe: “Para la elaboración del acta el Secretario respectivo puede usar cualquier medio técnico que la haga expeditiva y segura”. Sin duda hubiera sido mejor privilegiar otro medio técnico más expeditivo y no colocarlo como auxilio del acta. Pero, a fines de la segunda década del siglo XXI, ¿qué porcentaje de juzgados civiles y de paz letrados del Perú cuentan con los medios técnicos a los que hace referencia indirecta el profesor peruano? Me atrevo a decir que no nos acercamos al 5% a nivel nacional. Si esto es así, hace 26 años el porcentaje era, sin duda, mucho menor, tal vez inexistente. Prescribir lo que se recomienda en 1992, cuando se acabó de redactar el CPC, hubiera significado inventar la realidad y, eso, normativamente equivale a asegurar su incumplimiento.

Si a la fecha los recursos técnicos que cita el apreciado profesor están a disposición de todos los jueces del país, sería una negligencia no regularlas. Si no lo están, como intuimos, hacerlo sería prescribir una broma macabra que debe ser soportada por un funcionario (el juez) a quien se le viene negando, sistemáticamente, la posibilidad de vivir siquiera con decoro.

²⁷ “Otra de las desventajas de la oralidad es que requiere una dotación de medios humanos y materiales muy alta, lo que hace aumentar los presupuestos de justicia. Reconózcase que es más rápido leer un escrito que escuchar la lectura del mismo. Si se han de celebrar más vistas se necesitarán más jueces. Y si no se aumenta la planilla, los retrasos irán creciendo paulatinamente, como de hecho ya se está observando en algunos lugares de España, pese a que inicialmente, en el año 2001, la introducción de la oralidad abrevió, ciertamente, los antiguos tiempos de espera” (NIEVA FENOLL, Jordi. *Los problemas de la oralidad*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, Año VII – No. 11, 2008, p. 276).

En nuestro cotejo con la experiencia uruguaya, nuestra situación se convierte en miserable. Al Gobierno de la época no solo no le interesó el cambio –lo cual tiene mucho sentido, dado que tenía al sistema judicial plenamente controlado y sometido– sino que su desinterés por el ámbito civil de la justicia iba a la par con su absoluta ignorancia sobre su importancia.

b. Hacer factible la oralidad impone no solo una variación sustancial en la infraestructura, sino también en la cantidad de jueces y funcionarios que van a estar involucrados en esta manera distinta de conducir los procesos²⁸. Decir esto en un escenario como el nuestro puede considerarse una falta de respeto si no se explica lo expresado. Los funcionarios judiciales han paralizado el sistema en años sucesivos durante lo que va del siglo XXI, sin que sus reclamos hayan sido satisfechos. Los jueces, específicamente los de grado, vienen sufriendo una marginación severa en sus remuneraciones y están cada vez menos dispuestos a seguir soportando a un Estado que los describe como trascendentes y esenciales para la comunidad, pero, a la vez, les dispensa un tratamiento miserable.

c. La desventaja mayor es que la oralidad expresa en el proceso su correspondencia con los estereotipos que propone la posmodernidad. En las distintas facetas de la sociedad contemporánea se presentan modelos de conducta que, presuntamente, permitirán que las tareas o compromisos que se asuman se cumplan con sencillez, seguridad, que todo sea tecnológicamente expeditivo.

Exactamente igual a lo que ocurre en los sistemas financieros y de crédito. Son una maravilla hasta que, tardíamente para los ingenuos, se descubre que se trata de una pirámide en la cual, los únicos que corren y soportan el riesgo son los aportantes que están en su base. Ellos son los que sufren el desmoronamiento. Así son los estereotipos de la modernidad.

Como vamos a demostrarlo, incorporar la técnica de la oralidad en un país pobre es exactamente lo mismo. Todo está bien hasta que deja de estarlo, pero cuando eso ocurre ya es muy tarde²⁹. Dicho de otro modo, es imposible estar en

²⁸ “Al proyectarla se pensó que los pocos tribunales colegiados recibieran un promedio de 600 causas cada uno. El número de causas rápidamente se triplicó, no se crearon nuevos tribunales, y las demoras de las agendas para fijar las audiencias de prueba hicieron naufragar la experiencia, formando un criterio negativo en torno a la oralidad” (OTEIZA, Eduardo. *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*. En: *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Vol. 1, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008, p. 422).

²⁹ En 1996, cuando el CPC estaba cumpliendo su tercer año, el juez supremo Carlos Ernesto Giusti Acuña me pidió lo acompañara a Ica un sábado. Me adelantó que iba a realizar una premiación. En efecto, siendo Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), había recibido pedidos de investigación y sanción para una Jueza de Paz de Ica. Al investigar su caso, advirtió que a dicha jueza se le imputaba celeridad en los casos que conducía, sobre todo, que sentenciaba en las mismas audiencias en los procesos sumarísimos de desalojo. Su “inconducta” mayor era retirar a los abogados de las audiencias, cuando advertía que estos solo querían complicar el caso para prolongarlo. Sentenciaba más del noventa por ciento de los procesos sumarísimos en audiencia. Con el profundo sentido de justicia que lo caracterizaba, el doctor Giusti decidió premiar en lugar de castigar a tan excelente jueza.

La anécdota demuestra que un juez involucrado en su función, pero sobre todo con tiempo para estudiar previamente el caso, dirigir la audiencia por el cauce idóneo para hallar la verdad y luego resolverlo, tiene en la intermediación y la oralidad sus instrumentos más valiosos. Eso fue lo que ocurrió en Ica y seguro también en muchos lugares del país, pero, no hay que olvidarlo, fue a tres años de vigencia del CPC.

desacuerdo con la oralidad. Es como estar en desacuerdo con tener una piscina en casa, salvo por el hecho de que, donde se ubica el predio, no existe servicio de agua.

d. Al margen de contar con un presupuesto que habilite la infraestructura indispensable para hacerla funcional, siempre será el conocimiento de la realidad el instrumento que permitirá al legislador elegir en qué procedimientos o actos procesales debe ser significativamente importante insistir en la escritura, inclusive con exclusión de la oralidad. Estos, al final, son detalles de técnica procesal que no pueden concretarse si el tema lo analizamos sesgados por prejuicios.

7. La “nueva” litigación oral en el proceso civil peruano

Desde hace poco más de un año, con medios y entusiasmo contagioso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha decidido “incorporar” la oralidad al proceso civil peruano. La primera inquietud que aparece es una afirmación como la expresada es que, conforme a lo descrito, desde el CPC de 1993 la oralidad es una técnica ya incorporada al proceso civil peruano. Siendo así, ¿qué puede estar ocurriendo para que destacados miembros del Consejo antes citado, incluso alguno de ellos jueces que alguna vez dirigieron audiencias con el CPC, hayan olvidado lo que hicieron? Se comprendería que digan que lo que se está intentando es un reforzamiento, o tal vez un redireccionamiento del empleo de la técnica de la oralidad en el CPC, a fin de recuperar su eficiencia perdida, pero no, se refieren a “incorporar”. Solo un dato curioso.

Lo dramático no es que esta aclaración no se haya producido, al final una anécdota. Lo grave es que los documentos que sustentan lo que se pretende con esta “incorporación” de la oralidad al proceso civil peruano son, en el mejor de los casos, preocupantes. Aunque un adjetivo más idóneo con lo que contienen es que son patéticos. Como ambos calificativos son lo suficientemente intensos como para deducirse que el tema encierra una preocupación mayor, pasaremos a sustentar lo encontrado.

8. Encuentro Nacional sobre la oralidad en materia civil³⁰

Los documentos que se van a comentar se utilizaron en una capacitación de jueces ocurrida en Lima los días 17 y 18 de octubre de 2019. Se trata de tres trabajos distintos. Uno de ellos se llama “Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”, su autor es el señor Marco Fandiño Castro. El otro se denomina “Cambios organizativos y nuevo rol de los operadores como premisas para el éxito de la oralidad en la justicia civil del Perú”, sus autores son el mismo Marco Fandiño Castro y el señor Matías A. Sucunza, ambos adscritos al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y, finalmente, hay

Años después esa misma juez, Teresa Escate, renunció a la judicatura. Decía que la actividad judicial se había convertido en un infierno, ¿cómo estar en desacuerdo?.

³⁰ Aparecen como responsables del documento: el Centro de Investigaciones Judiciales, la Comisión Nacional de Implementación, Supervisión y Monitoreo de la Oralidad Civil y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA.

un documento denominado “Diagnóstico final (Proyecto Piloto Gestión Judicial y Oralidad, Lima y Arequipa”, sin autor conocido.

8.1. Sobre el primer documento (“Lineamientos para la transformación de los juzgados civiles en base a los nuevos paradigmas procesales”)

En la Introducción al documento advertimos un dato que va a servir mucho para explicar las incongruencias encontradas a lo largo de él. Estamos ante un modelo de aplicación múltiple, esto significa que los cambios se proponen de manera genérica para cualquier sistema de la región sudamericana, es decir se trata de una plancha.

El documento, asimismo, hace referencia a la implantación de los “nuevos juzgados civiles”, que son aquellos donde se va a empezar a aplicar la oralidad. Es decir, propone exactamente lo que no corresponde al caso peruano. Como ya ha sido expresado, hemos superado el cuarto de siglo con la técnica de la oralidad incorporada. Si a la fecha esta es disfuncional, solo se explica a partir del abandono criminal del sistema judicial en el presupuesto nacional, lo que convierte en imposible que este pueda ser reformado.

Los “Lineamientos...” denominan organización judicial colonial-piramidal lo que Zaffaroni, con mayor propiedad e información más precisa, denomina modelo empírico-primitivo³¹. En el documento comentado se afirma que, a la fecha, “la mayoría de sistemas judiciales todavía conservan una estructura y forma de organización propia de un sistema monárquico...”. En efecto, el modelo empírico-primitivo o estructura organizativa colonial, como es llamado en el documento, se mantiene en muchos de países de Sudamérica. Sin embargo -y aquí empieza lo sorprendente- el cambio que se propone es en el ámbito de la oralidad (procedimental), siendo así, ¿cómo se relaciona la técnica de la oralidad con todo el modelo empírico-primitivo?

Nos explicamos, si el origen del problema judicial es que todavía se mantienen vestigios de la estructura judicial bonapartista -afirmación que compartimos plenamente-, entonces el cambio a proponerse, tal vez el más importante en nuestra historia republicana sobre el tema judicial, debería concretarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no en los ordenamientos procesales. El nexo que se pretende establecer carece de sustento lógico elemental.

En una organización judicial colonial-piramidal, se dice, uno de sus rasgos es la “escrituración” -citando a Zuckerman-. Siendo así, es necesario un cambio en este rasgo y en todo lo que conlleva (el desarrollo de una cultura del trámite y del incidente). Se trata de un dato histórico confirmado, por tanto, nada de lo dicho está en discusión. Lo absurdo es pretender que el cambio de organización judicial empiece por el tránsito de la escritura a la oralidad, sin siquiera advertir las exigencias que supone incorporar esta última. Se pretende dotar de un sistema de comunicación de última generación a una empresa que está en quiebra.

³¹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras Judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994.

El documento comentado hace referencia a reformas procesales en el área civil ocurridas en distintos países de América Central (Honduras, 2008 y El Salvador, 2010) y América del Sur (Bolivia, 2014; Colombia, 2014; Ecuador, 2014 y Brasil, 2015), sin que se cite la reforma peruana de 1993 que, como las anteriores, tuvo como modelo la reforma uruguaya de 1989. En cualquier caso, se trata de un olvido que luego va a explicar otras afirmaciones.

Más adelante el documento define algunas instituciones que van a ser claves para la propuesta a implementar. Así, se precisa qué es la gestión judicial, los colegios de jueces o juzgados corporativos³², la justicia itinerante, la gestión de casos (*case management*), entre otros.

También se describe el Tribunal Multipuertas (*Multi-Door Courthouse*). El relato de su origen permite sintetizar nuestra opinión de todo lo que hasta aquí se ha descrito. Este tribunal es idea de un profesor de Harvard quien, a su vez, la tomó durante un viaje sabático a Suecia, donde conoció una técnica sobre cómo se resuelven los conflictos familiares. Lo antes descrito nos da una idea de lo que contiene el documento comentado, propuestas sobre instituciones interesantes de distintos países y sistemas que, eventualmente, podrían ser útiles para cualquier país en aptitud de solventar una reforma con un determinado nivel de inversión.

En el caso nacional es absolutamente imprescindible tener presente que no solo la infraestructura judicial es paupérrima, sino lo es también algo prioritario: los ingresos de los funcionarios (entre ellos los jueces). Lo que es más, hay una absoluta carencia de autogobierno judicial -el Judicial no es un poder en los hechos, su dependencia de los otros poderes es plena- con lo cual las condiciones mediocres en las que se imparte justicia se van a mantener. El tema judicial no es una política de Estado, sin esa percepción del problema, todo lo que se diga en materia de implementación de las condiciones para producir el cambio hacia la oralidad es *flatus vocis*.

En países donde las necesidades básicas están mayoritariamente satisfechas, se puede encontrar una reducción en la demanda judicial de los ciudadanos. Llevado este análisis al campo procesal, se considera, por ejemplo, que como los ciudadanos

³² Y entonces empiezan a ser preocupantes algunas afirmaciones que, si se conocieran las experiencias que hemos sufrido en el Perú, deberían ser analizadas con más detenimiento antes de ser propuestas. Así, sobre los juzgados corporativos se dice: "Por otro lado se rompe con la lógica de que los jueces sean los dueños de las causas ya que estas le pertenecen al tribunal el cual las asignará a los jueces en base a criterios." (pág. 23).

Como es evidente el presupuesto del planteamiento es que los tribunales no van a ser copados por un poder externo o interno. Porque si así fuera, la liberalidad con la que un proceso puede cambiar de manos -que es lo que se propone con una ingenuidad que estremece- va a servir a propósitos ajenos a los valores en juego en un caso judicial.

Más allá de las eventuales experiencias que podrían avalar la propuesta (no se cita ninguna), resulta altamente discutible proponer la ruptura de la relación unitaria juez/proceso. Entre otras objeciones, destaca como la más importante la dilución de la responsabilidad. Que participe más de un juez en un mismo grado es una situación excepcional y no deseada. La hemos vivido, y aún vivimos, por años, por ello podemos asegurar que es pernicioso, pero provocarla es inaudito. En el documento se dice: "*Por lo tanto, al tratarse de dos perfiles de jueces completamente diferentes, sería positivo que en el conocimiento de un caso, existan directamente dos autoridades judiciales diferentes en cada una de las etapas procesales*". Aunque parezca increíble, en esto consiste la propuesta.

han alcanzado un nivel satisfactorio de cultura jurídica básica, no es imprescindible que el Estado les otorgue defensa jurídica gratuita, salvo que la soliciten. Es lo que se conoce como la autorrepresentación. Entonces, el deber se convierte en derecho: el Estado solo prestará asesoría jurídica si el ciudadano se lo pide. Por cierto, estamos hablando de países que no pertenecen a nuestro hemisferio, sin embargo, curiosamente, en el documento analizado se propone esta opción³³. ¿Qué país sudamericano puede afirmar que ha llegado a ese nivel de difusión de su cultura jurídica básica? Nosotros, ni pensarlos.

8.2. Sobre el segundo documento (“Cambios organizativos y nuevo rol de los operadores como premisas para el éxito de la oralidad en la justicia civil del Perú”)

En el sumario se dice que este documento contiene las “*principales reformas que se deben emprender, desde el punto de vista normativo y de política pública, para garantizar el funcionamiento de la oralidad en la justicia civil en el Perú*”. Así entendido, estamos ante el documento clave para conocer qué cambios deben realizarse a fin de que, de una buena vez, la oralidad “funcione en sede nacional”.

- El punto de partida de las propuestas es que solo puede incorporarse la oralidad si se modifica la organización de los juzgados. Y como la referencia es a la estructura “colonial-piramidal” que heredamos, la propuesta pasa por cambiar ese sistema tradicional donde el medio de comunicación era privilegiadamente escrito.

Dos precisiones sobre la propuesta. La primera, como ya se dijo, es que el sistema colonial-piramidal como lo llama el documento (empírico-primitivo según Zaffaroni), solo se va a modificar cuando se produzca una reforma integral de la organización judicial -normativamente nos referimos a la Ley Orgánica del Poder Judicial-. La segunda es que cualquier modificación que se proponga en la estructura de los juzgados no puede, en el caso nacional, implicar gastos. El presupuesto judicial para innovaciones es, literalmente, inexistente. Sobre esta base apreciemos las siguientes propuestas.

- En la página 58 del documento se dice: “... *hacer reformas en la organización de los juzgados para poder **iniciar** el funcionamiento de la oralidad*” (el resaltado es nuestro). Cabe esperar que solo sea ignorancia, pero el documento -esta vez hecho para el Perú- afirma que recién con el proyecto se incorporará la oralidad a la justicia civil peruana. Puede considerarse un asunto menor, pero, en el contexto de un amago de reforma, conocer que la oralidad en sede civil está incorporada en sede nacional desde 1993, le hubiera permitido al reformador investigar las razones por las cuáles aquella no se concretó y no propiciar su “incorporación”.

³³ “Por otro lado, es frecuente que los recientes códigos procesales civiles en la región incluyan la posibilidad de que las partes puedan litigar su conflicto en tribunales sin representación letrada. Este fenómeno de la autorepresentación suele estar restringida para aquellos procedimientos denominados de baja cuantía o “pequeñas causas”, esto es, casos hasta determinado monto. La autorepresentación puede ser vista como una forma moderna de que los ciudadanos resuelvan sus conflictos ante la justicia, en donde la asistencia letrada no es vista como una carga o imposición del Estado sino más bien como un derecho que el Estado debe facilitar en casos en que la parte requiera dicha asistencia.” (pág. 46).

Por ello, en la misma página el documento dice: *“para que la estructura del tribunal responda al nuevo objetivo de la justicia: la celebración de audiencias orales y públicas”*. Ahora sí es imposible ocultar el desconocimiento de nuestra realidad por parte de los reformadores: en el documento se afirma que en el Perú jamás ha habido oralidad en sede civil. Se ignora (o decide ignorar) que desde hace más de un cuarto de siglo se realizan audiencias orales y públicas.

- Sigamos en la página 58: *“Gracias a la incorporación de profesionales de otras áreas especializadas en la gestión de recursos, los jueces verán liberadas sus agendas y de esta forma podrán asumir la celebración de un mayor número de audiencias orales, así como el dictado de sentencias.”*

No tengo duda que los autores, señores Marco Fandiño y Matías A. Sucunza, no ejercen en sede nacional. Ahora, si además no tienen siquiera un panorama de la situación actual de nuestro sistema judicial, acaban de desperdiciar lo poco de credibilidad que acaso tenían.

Los autores desconocen que los funcionarios del Poder Judicial reciben, desde hace años, un sueldo miserable al cual debe agregarse una serie de restricciones para tener empleos complementarios que alivien su deplorable situación. En el momento que escribo esta página –enero de 2020- los jueces de primer grado del país llevan casi un mes de paralización de labores, exigiendo una homologación con los ingresos de jueces de grados superiores. La pregunta que surge es: ¿cuando los señores Fandiño y Sucunza hacen alusión a la incorporación de profesionales de otras áreas especializadas en gestión de recursos, tienen idea de la fuente de ingresos que va a permitir incorporar profesionales especializados? ¿Los profesionales que recién ingresen van a reemplazar a los que ya están? Complementamos lo expresado extendiendo la patología administrativa de la actividad judicial a lo que ocurre en un país vecino³⁴.

- En la página 60 se dice lo siguiente: *“... no dependerá un caso del mismo juez durante todo el proceso, sino que ahora los conflictos serán asignados de acuerdo a la carga de trabajo de los jueces que se encuentren activos.”*

Se ha asumido que la experiencia judicial sueca en materia de familia, adecuada a la judicatura norteamericana por un profesor de Harvard, puede ser aplicada en sede nacional tal cual. En ningún caso es propósito de este trabajo ofender el compromiso o entusiasmo o, finalmente, el interés de los autores del documento. Sin embargo, un nivel mínimo de responsabilidad nos impele a cuestionar una propuesta que podría calificarse de absurda e insólita, si no fuera porque algún

³⁴ “El 5% del personal del Poder Judicial Nacional son jueces. El promedio es de unos 20 empleados por juez. Estas cifras demuestran que la delegación es un fenómeno que trasciende a las normas procesales que regulan la actividad del juez y las partes. El sistema en su conjunto está estructurado sobre una base burocrática jerárquica en la cual los jueces tienen como principal función resolver, en el mejor de los casos, las cuestiones que documentan en el expediente judicial preparado por sus auxiliares. Papeles y más papeles, funcionarios y más funcionarios y una cultura que se ha acostumbrado a tolerar la falta de intermediación y de concentración, bajo el pretexto de una pretendida realidad y del exceso de tareas, muchas veces generado por esas mismas prácticas, explican el fracaso de las sucesivas reformas.” (OTEIZA, Eduardo. *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*. En: *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Ob. cit., p. 421).

funcionario judicial ha decidido tomarla en serio. Y es así como se consuman las desgracias en nuestro país: creemos que algo tan desopilante no va a ocurrir hasta que pasa, después solo nos queda inventariar los daños.

El concepto juez/proceso (sea el primero unipersonal o colegiado) es esencial a nuestro sistema. Quebrar esa identidad a partir de las etapas por las que discurre el procedimiento, es diluir un elemento nuclear del acto de impartir justicia, nos referimos a la responsabilidad del juzgador.

Si la propuesta tuviera factibilidad, podría ser experimentada en países donde una organización judicial estable y una satisfacción mínima de las condiciones para su funcionamiento permitan intentarla. Hacerlo en el Perú expresa un desconocimiento punible del estado actual de nuestro sistema de impartición de justicia.

- En la página 61 encontramos otra frase célebre: “... *se impulsa la desapropiación de los casos por parte de los jueces para instalar una visión institucional del juzgado.*”

Durante la última década del siglo XX, llamada la década negra por el envejecimiento de la institucionalidad democrática, el sistema judicial peruano no fue ajeno a ello. En sede civil, por ejemplo, como parte de la reforma judicial que conducía José Dellepiane, a su vez dirigido por Vladimiro Montesinos, se acordó formar una sala superior civil pero no de tres sino de once jueces. Como los turnos de los jueces variaban cada día de la semana, era mucho más fácil para el Presidente de dicha Sala, adscrito al entorno corrupto, colocar los casos que le interesaban en los días que era competente una conformación de la sala adscrita al poder oculto. ¿Alguien en su sano juicio puede garantizar que un poder de la magnitud de la propuesta va a estar depositado siempre en personas confiables?

Los peruanos sabemos en qué devienen estas visiones corporativistas del órgano judicial. Lo que es peor, tal vez sin advertirlo, la propuesta de que los procesos pasen al juez mejor dispuesto (por tiempo, número de casos o lo que fuese) está propiciando una suerte de taylorismo³⁵ del despacho judicial. En esa línea, pronto van a existir jueces especializados en admitir o rechazar la demanda, otros en calificar los recursos, en fin, un desatino total. Y, por cierto, el juez empezará a recibir su remuneración en función de lo que produce, un original “obrero especializado en justicia”.

- Finalmente, en la página 61 el documento enumera los cambios que se van a producir en los juzgados civiles. Uno de ellos está expresado con otra frase célebre: “e) *Aumento en cantidad, calidad y responsabilidad de las actividades administrativas,...*”.

El aspecto positivo de la propuesta es que, si va a haber una profusión de actividades administrativas y estas no van a estar a cargo del juez, este va a poder realizar su función esencial -impartir justicia al caso concreto- de la mejor manera.

³⁵ El taylorismo es una forma de organización del trabajo industrial que consiste en la división de tareas del proceso de producción en cadena. Su fin era aumentar la productividad y evitar el control que el obrero podía tener sobre los tiempos de producción. Asimismo, permitía establecer un régimen salarial en función al cumplimiento de la tarea. Como es obvio, intensificaba la explotación del trabajador.

Imposible no estar de acuerdo con un objetivo como el descrito. Sin embargo, este aumento solo puede ser entendido con la incorporación de profesionales especializados en la gestión de oficinas y, además, en la adquisición de tecnología que permita concretar la propuesta.

En el escenario paupérrimo en el cual nos encontramos, solo queda preguntar si los proponentes tienen idea del estado de la justicia civil en el Perú.

9. Conclusiones

1. La aparente disyuntiva oralidad/escritura es absolutamente ingenua. Históricamente se ha demostrado que el predominio en el empleo de una u otra en sede judicial ha estado ligado a otros fenómenos culturales, básicamente a la difusión que hubiera alcanzado la escritura y a la consecuente lectura de documentos. Sin perjuicio de que esta variable no debe apreciarse aisladamente sino con otros condicionantes, como por ejemplo el conocimiento masivo de los derechos por parte de amplios sectores de la comunidad, la independencia de la judicatura respecto de los otros poderes o algo tan concreto como su autonomía presupuestal.

2. En sede procesal no existen sistemas orales o escritos exclusivos ni excluyentes. El privilegio en el uso de una u otra técnica, depende del acto procesal. Todos aquellos referidos a lo que es el objeto del proceso (la pretensión) es preferible mantenerlos por escrito, nos referimos a la demanda, su contestación o los medios impugnatorios sobre el mérito. Asimismo, la oralidad debe ser esencial para la actividad probatoria. No son reglas pero sí pautas a seguir.

La disyuntiva no es correspondiente, tampoco, con una reflexión histórica elemental. La escritura es una vieja conquista del pensamiento humano que permite fijar en el tiempo la idea expresada, de modo tal que el instrumento que la contiene permita consolidar la información y ponerla a disposición de los interesados. El animal humano trascendió de la oralidad a la escritura, por lo que considerar ambas como situaciones alternativas en el ámbito procesal constituye un dilema artificial. Algún día, como ya se dijo, los mandatos jurídicos y también los judiciales debieron anunciarse por bandos, el funcionario los leía en voz alta en la plaza mayor, sea las normas o las decisiones a ser cumplidas. Ahora se usa el boletín o gaceta oficial. Hoy cada vez se extiende más el empleo de la página web del emisor para enterarse de actuaciones ocurridas en los procesos.

3. Desde una perspectiva procesal, el auge de la escritura es una idea que se consolidó en la Edad Moderna, según la cual la garantía de una decisión correcta dependía de que el juez no se interiorizara del conocimiento material de los hechos ni de los personajes que intervenían en el conflicto. Es decir, que mientras más abstracta y genérica fuese la información que contaba sobre el conflicto y sobre los sujetos involucrados en el proceso, era mayor la posibilidad de que se obtenga una decisión idónea.

Como es obvio, desde una concepción así, la escritura cumple una función esencial. Con ella se concreta el objetivo de separar al juez de los litigantes, de los

testigos de los hechos acaecidos y también del lugar donde acontecieron estos. El juez solo debe, al final del procedimiento, leer el paquete de hojas cosidas que contiene todo lo afirmado y “probado” por las partes a lo largo de varios meses e inclusive años. Con tal margen de separación de la realidad, el juez no podrá ser afectado por los sentimientos, intereses y por los detritus emocionales producidos en cualquier conflicto de intereses.

4. La oralidad no es un principio del proceso, es una técnica que permite hacer efectivo el que, tal vez, sea el principio más importante con que puede contar un sistema judicial que pretenda involucrarse en la tutela de los valores sociales de la comunidad. Nos referimos al principio de intermediación y su importancia para que un juez activista cumpla su función esencial en sociedades fracturadas por diversas formas de discriminación, como es el caso de la nuestra.

5. La posibilidad de que un juez pueda resolver un caso con algún margen de corrección implica, como cuestión previa, que esté en aptitud de conocer todos los aspectos materiales ligados al conflicto suscitado, es decir, que se involucre en las ocurrencias vitales (vivenciales) que motivaron el conflicto. Para que esto ocurra, resulta indispensable romper la aduana que se le impone al juez cuando se le recluye en su “cuarto de lectura”.

Como resulta evidente, esto va a ocurrir cuando el juez empiece a tener una participación activa en el *iter* procesal, sobre todo, cuando sea el protagonista principal de las actuaciones probatorias. Esta fue la opción escogida por el Código de 1993.

6. Insistimos en que la disquisición no fue entre optar por la oralidad o la escritura, sino más bien entre mediación o intermediación, esto es, colocar al juez a cierta distancia de los sucesos procesales o hacerlo partícipe de los más trascendentes. Entonces, el CPC de 1993 asumió, con carácter preferente el principio de intermediación, y la oralidad, entendida como la técnica idónea para que la intermediación irradie por todo el sistema procesal patrio, sin perjuicio de hacer que la escritura garantice la seriedad e invariabilidad de los actos postulatorios que se realicen dentro del proceso.

7. Como la realidad lo demuestra, el modelo del CPC de 1993 fracasó. Como el objetivo es recuperar la oralidad, atendiendo a todas las ventajas jurídicas y sociales que tiene su empleo, es indispensable identificar las razones por las cuales no funcionó. Así, el fracaso de la oralidad no puede explicarse solo en razones de superestructura (capacitación, compromiso del juez, formación del abogado forense y otras especies), estas tendrán su cuota en la disfunción, pero no explican todo el déficit de eficacia procesal.

Sobrevalorar los elementos subjetivos es, más que un defecto de apreciación, un pensamiento desiderativo (*wishful thinking*). En países como el nuestro se convierte en una opción muy perniciosa porque coadyuva a mantener las cosas como

están y, lo que es peor, a hacerse cómplice de “reformas” superficiales que dejan intacto el grave problema social de convivir con una justicia demorada e inconfiable³⁶.

8. A propósito de la propuesta de “incorporar” la litigación oral en el proceso civil, es bueno recordar que los problemas judiciales no son uniformes. Cada país soporta los suyos y también, en determinadas circunstancias, sus remedios. Damaska, citado por los proponentes del proyecto materia de comentario fue, lamentablemente, entendido al revés por estos³⁷.

9. La falta de perspectiva política e histórica para asumir una propuesta de cambio sin conocer el medio donde aquél se va a concretar tiene, en nuestra opinión, una causa técnica y otra ideológica.

9.1. La primera es creer que el proceso se puede reformar desde el proceso. Si no se reconocen las limitaciones de un país sobrepasado en su capacidad de gobernarse, afectado por un poder económico trasnacional que ha colocado a su organización política, nos referimos al Estado, como el organillero de una fiesta que no controla su inicio, su ritmo, los invitados y tampoco su final, pocas posibilidades tiene el judicial de generar un cambio auténtico en su anacrónico sistema de impartición de justicia. Por ejemplo, para el documento resulta un dato irrelevante (no aparece como preocupación en ninguno de los documentos) establecer la relación entre la aplicación de la oralidad y la proporción juez/habitante en el ámbito donde se piensa aplicar la primera.

9.2. En el escenario descrito, el mismo poder que hace un cuarto de siglo incentivó un sistema económico donde conceptos como “crecimiento”, “ganancia”, “consumo”, “mercado libre”, “flexibilización de las relaciones de trabajo” tienen trascendencia, viene “ofreciendo” algunas alternativas para, aparentemente, conducir una reforma de los subsistemas que giran alrededor de las leyes del mercado, con el objetivo de convertirlo en más “amigable”. Es el Consenso de Washington en su versión jurídica. Así, se presentan modelos de reforma no vinculantes –aunque al final lo terminan siendo- para uniformar distintas materias, como las normas sobre arbitraje (Uncitral), sobre prenda mobiliaria, etc.

³⁶ “Pero quizá la principal causa de que el proceso por audiencias no haya tenido el éxito esperado fue la realidad que se vivía en cada audiencia. Es que la entrada en vigencia del Código Procesal Civil no vino acompañada de un programa de capacitación de operadores del Derecho, ni de un diálogo con las universidades. Si a ello le sumamos un conjunto de normas que impedían conseguir una auténtica oralidad, el resultado que se fue consiguiendo, a pesar de las buenas intenciones del legislador, fue lamentable.” (PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit., p. 136).

³⁷ “El esquema analítico abre por tanto la posibilidad de encontrar en Europa algunos aspectos sobre resolución de conflictos ignorados por la jurisdicción angloamericana, y en esta, algunos aspectos de implementación de opciones políticas que no existen en el derecho europeo. En síntesis, los elementos de los dos arquetipos no deben ser considerados como catálogos de rasgos esenciales de los sistemas procesales existentes en los países del *common law* y del *civil law*.

Ellos más bien serán utilizados para intentar comprender las complejas mezclas institucionales, es decir, empleados como instrumentos para analizar los elementos que los componen, así como en la química analítica se estudian los compuestos” (DAMASKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. Bolonia: Il Mulino, 1991, p. 44).

Considero que esta propuesta de litigación oral en sede civil es un modelo que sigue esa ruta. Su objetivo es orientar hacia un sitio vacío la preocupación del jurista comprometido con su sistema judicial. Hacer que se preocupe por concretar “cambios” que, al final del día, solo resultan cosméticos, dejan el problema intacto, es decir, en el mismo estado de miseria que ahora se encuentran, aunque dejándole la sensación que algo bueno ha producido. La vieja táctica del Gatopardo. Nada más.

10. Para concluir, la propuesta de oralidad que hemos analizado equivale, en un país sin recursos como el nuestro, a asumir el comportamiento de aquel atleta que consigue grandes logros, pero consumiendo anabólicos. Sus primeros años son exitosos, sea que lo descubran o no, pero cuando acabe su carrera se va a movilizar en silla de ruedas. Al consumir lo que no debía y gastar lo que no tenía, se dirige sin remedio al desastre. La oralidad en nuestro país va a producir resultados los tres o cuatro primeros años, luego vendrá el declive y, años después, el derrumbe. Eso pasó en el proceso civil y está empezando a ocurrir en el proceso laboral como ya ha ocurrido en otros sistemas³⁸.

La reforma judicial, no la procesal, es la que este país requiere. Pero ella no se va a conseguir con propuestas de coyuntura como la Junta Nacional de Justicia y ahora la “litigación oral”.

³⁸ “No podemos menos de reconocer que, en general y tal como acontece en nuestro país. La ‘realidad manda’, y una serie de problemas insolubles (exigencia de una judicatura altamente especializada, creación de mayor número de tribunales, onerosidad connatural al juicio oral) conspiran contra la implantación de la ‘oralidad absoluta’. Es decir, contra un código ritual que adopte el juicio oral como procedimiento madre. Más aún: no estamos totalmente convencidos de las bondades que arroja la adopción del juicio oral como trámite reservado para el tratamiento de algunas materias, temperamento este que, como viéramos *supra*, parece haberse impuesto en nuestro medio. Es que los mismos motivos que impiden, a nuestro juicio, la instauración de la ‘oralidad absoluta’ también juegan, si bien de manera menos acentuada, contra la instrumentación de ‘oralidades restringidas’. Así, v. g., puede comprobarse que las buenas intenciones que tuvieron algunos codificadores locales al imponer la forma oral como trámite apto para ventilar con mayor celeridad ciertas cuestiones, no se han concretado. Peor aún: en muchos casos el proceso oral montado deviene en mucho más lento que el escrito. Se podrá atribuir tal resultado no querido a circunstancias extrañas a aquél, por ejemplo, el escaso número de tribunales colegiados de instancia única existentes en el distrito judicial respectivo, pero lo cierto es que así ocurre.” (PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1978, pp. 327-328).

Lo dicho por el entrañable amigo, juez muchos años y maestro siempre, se aplica tal cual a lo que viene ocurriendo con el proceso laboral en sede nacional.

“La Ley Procesal del Trabajo es un modelo mucho más leal con el sistema de la oralidad. Es un modelo que debemos mirar para que, en función a él, podamos hacer la gran reforma de nuestro proceso civil.” (PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit., p. 142).

Opinión distinta y entusiasta tiene el profesor peruano. Para ilustración, describiré el estado del único proceso -dado que no es mi especialidad- que vengo conduciendo con la novísima Ley Procesal del Trabajo. La demanda se presentó en agosto de 2017 ante el Décimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente (Exp. No. 17221/17). El próximo 29 de enero de 2020 se iba a realizar la cuarta audiencia (tres de ellas frustradas, por lo que llevé en vano a mi patrocinada al piso 18). Hace poco el juez notificó que la audiencia se va a reprogramar, pero su agenda le impide precisar la nueva fecha. El proceso, muy sencillo en el mérito a decir verdad, será resuelto en primer grado, con alguna fortuna, este año, es decir, tres años después de iniciado.