

## Mesa Redonda: La Oralidad en el Derecho Procesal Civil ¿Solución o Perjuicio?

Antonio María Lorca Navarrete \*  
Eugenia Ariano Deho \*\*  
Omar Sumaria Benavente \*\*\*  
Giovanni F. Priori Posada \*\*\*\*

*La oralidad dentro de los procesos judiciales es uno de los temas más comentados en estos últimos años. Así, tenemos que en los procesos laborales y penales ya emplean este modelo de manera predominante. Pero, ¿qué podemos decir de los procesos civiles? Si bien dentro del Código Procesal Civil existen etapas escritas, también encontramos etapas –en teoría– orales a través de audiencias. De ellas han surgido diversas interrogantes y, por consiguiente, debates en los cuales se busca en el fondo dar respuesta a cómo puede el Estado brindar un proceso justo y a la vez eficaz. ¿Será la oralidad un componente para lograrlo?*

### Presentación<sup>1</sup>

#### Dr. Lorca Navarrete:

En ocasiones, *determinar* la existencia de la garantía de tutela judicial efectiva *oral* dependerá de la *amplitud variable* que se atribuya a ese ámbito de garantía. Y si se decide que efectivamente, no es posible determinar aquella –su *amplitud variable*–, es seguro que, en la praxis integradora, haya que echar mano de la interpretación.

Por ello, conviene fijarnos en algo homogéneo y circunscrito. Por ejemplo, en el *tiempo* en que se desarrolla la *garantía de la tutela judicial efectiva* para luego desentrañar su incidencia *oral*.

No se me escapa que existe un *tiempo procedimental* [no procesal] y, por tal razón, de indudable carácter *formal* y proyección *listada* acordes, ambas características, no tanto con el logro de una sanción de *ineficacia* [procesal y sustantiva], sino más bien con una conceptualización temporal *básicamente acrítica y mecanicista*. Aunque lo dejaré estar porque creo que no conviene complicar, por ahora, mi exposición.

Me interesa, al contrario, estrechar el cerco semántico del término "*tiempo procesal*" y, además, sin artificio. Para tal fin paso revista a la única manera de entenderlo (la que ahora nos concierne) optando por lo que la caracteriza: su *sustantividad garantista*, comprometida con el *garantismo* que postula la Constitución española y que supone asumirlo –el "*tiempo procesal*", se entiende– a través de una conceptualización justificada en la *garantía de sustentividad*, que *permite preterir las dilaciones indebidas* (art. 24.2. de la Constitución española).

Optar por ésta acepción de "*tiempo procesal*" no es una decisión neutra ya que suele llevar aneja la aceptación de ciertos presupuestos (teóricos y/o ideológicos –al fin y al cabo de justificación constitucional–) que seguramente no son compartidos por todos. Por eso, antes de efectuar cualquier propuesta, tomo la precaución (el que avisa no es traidor) de alertar sobre tal circunstancia.

Como he indicado renglones antes creo que debemos convenir en la *sustantividad garantista* del "*tiempo procesal*". Y baste un rápido vistazo para establecer el siguiente balance: *su sustentividad garantista* –como

\* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). E-mail: alorca@ehu.es. Web: www.sc.ehu.es/leyprocesal.

\*\* Magíster en Derecho procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Abogada por la Universidad Particular de San Martín de Porras. Profesora de Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

\*\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín (Colombia). Miembro de la Interamerican Bar Association, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión Consultiva en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Lima. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, y en la Academia de la Magistratura. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio "Cabrejos, Vassallo & Sumaria" Abogados. E-mail: osumaria@pucp.edu.pe.

\*\*\*\* Magíster por la Universidad de Roma Tor Vergata. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori, Carrillo & Cáceres.

1 La presentación a cargo del profesor Antonio María Lorca Navarrete reproduce su artículo "*La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil*", publicado en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, cuaderno número 3 de 2007. Dicho texto nos fue brindado por su persona para ser expuesto en el evento "La Oralidad en el Derecho Procesal Civil ¿Solución o Perjuicio?" llevado a cabo el 30 de mayo del 2012.

ha quedado advertido- *permite preterir las dilaciones indebidas*. Todo ello, como ya se entrevé, se reflejará en su conceptualización *común*. Pues lo *común* en la estela de los tribunales es -o debería ser- *preterir las dilaciones indebidas*. De ahí que no pueda desembarazarme de ciertos presupuestos teóricos y/o ideológicos a que aludí inmediatamente antes.

Y a lo que voy: el "*tiempo procesal*" es el que se desenvuelve en *condiciones de normalidad* dentro del *tiempo* requerido para que el tráfico de bienes litigiosos pueda obtener una pronta satisfacción. El problema reside en *tipificar esas condiciones de normalidad*.

En la prosa del legislador no hay ninguna idea sobre lo que significan "*condiciones de normalidad*". Y si nos situamos en la estela de la práctica judicial -lo que en realidad *se hace* en los tribunales- volvemos a toparnos con lo mismo. Con el ánimo de ser reiterativo no es baladí afirmar que, en la práctica judicial, no parece nitidamente una idea al respecto. Y en la literatura científico-doctrinal postulo, ni más ni menos -lo que, sea dicho de paso, tengo bastante claro y nítido-, que la *dilación indebida*, aludida en el artículo 24.2. de nuestra Constitución española, es un "*tiempo procesal*" que se integra en la *garantía sustantiva*<sup>2</sup> reclamada por la *efectividad* de la tutela que deben otorgar los órganos jurisdiccionales.

Bien. Que me parezca adecuado preferir este significado de "*tiempo procesal*" se debe a alguna razón, por supuesto. Fundamentalmente a que es *hegemónico* en la Constitución española, de modo que es un concepto que describe bien lo que los tribunales (y no solo sólo ellos sino un entorno mucho más extenso) deban entender por ese término.

Vale. Y si bien dar una respuesta cumplida me llevaría más tiempo y espacio de los que, en este momento dispongo, me pondré en ello ya que no trato de escurrir el bulto por lo que algo diré sobre el particular.

Para empezar no me cuesta nada reconocer, al contrario, que la posición que defiendo no es absolutamente ajena a la anuencia constitucional, según la cual "el procedimiento *será predominantemente oral*..." (arts. 120.2. de la Constitución española y 229.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial español), y que evidencia el abolengo de que, aquel significado de "*tiempo procesal*", es *hegemónico* en la Constitución. Nada menos.

Del mismo aire respira -creo- la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil español (en adelante, LEC). Basten las expresivas palabras de la exposición de motivos de la misma: "la Ley [se entiende la LEC] diseña los procesos declarativos de modo que la *inmediación*, la *publicidad* y la *oralidad* hayan de ser *efectivas*. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras la demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia

previa al juicio y el juicio mismo ambos con inexcusable presencia del juzgador".

Y ahí va la puntilla. En la LEC el *juicio declarativo ordinario y verbal es garantía de tutela judicial efectiva oral*.

A estas alturas de mi contraataque, ya se ve -lo hemos visionado a través de la exposición de motivos de la LEC- que la *garantía de tutela judicial efectiva oral*, a través del juicio declarativo ordinario y verbal, *no es lineal*. Incluso diría -con todos los respetos- que va ser de justificación adversarial. Y, tras tomar nota de la indicación ofrecida, quedamos ya advertidos que en el esquema propuesto, la adecuación al *petitum* del enjuiciamiento en justicia *no va ser uniforme desde la vertiente estrictamente técnica*. Esa falta de uniformidad técnica *le justifica* a la LEC para que la *garantía de tutela judicial efectiva oral* pueda adoptar una operatividad funcional *diversa*. Surge así la operatividad funcional del *juicio* - declarativo- *ordinario* conjuntamente con la del *juicio* -declarativo- *verbal*.

Ambos [juicio ordinario y verbal] desde sus respectivas *funcionalidades*, en orden a la declaración jurisdiccional de derecho, son *garantías*, en la LEC, de *tutela judicial efectiva oral*.

De lo dicho se infiere que no son *garantía de compartimientos estancos* en los que la *omnipresencia* de los principios de *preclusión* y *eventualidad* fomentaban un modelo muy peculiar de proceduralismo de amplia proyección operativa en la LEC de 1881<sup>3</sup>.

La conclusión no se hace esperar: el juicio declarativo ordinario y verbal de la vigente LEC no es al Derecho procesal lo que el juicio ordinario y verbal de la LEC de 1881 era para el Derecho procesal.

Y ahí va, de nuevo, la puntilla. En la LEC, el juicio - declarativo se ha rendido finalmente a la oralidad impresa por el artículo 120.2. de la Constitución española.

No me cansaré de repetir que semejante planteamiento se encuentra acreditado por el reconocimiento en la vigente LEC de la *garantía de tutela jurisdiccional efectiva oral*.

Y a lo que voy una vez más. No es una oralidad complaciente ni una oralidad pontificada para distinguirla "*de algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso*" o una oralidad que ha preterido "*las preferencias que parecen más fundadas y realistas*" o que "*ponga en peligro la seriedad de la tarea forense*" como parece postular DE LA OLIVA SANTOS<sup>4</sup>.

Y como nada queda a salvo de la crítica (afortunadamente), también se han opuesto algunas

2 A. M<sup>a</sup>. Lorca Navarrete. *El proceso "con todas las garantías" (artículo 24.2 de la Constitución)*, en el Diario LA LEY, año XXVIII. Número 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007.

3 A. M<sup>a</sup>. Lorca Navarrete. *El problema de la Administración de justicia en España*. Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Bilbao, 1989, pág. 21 y ss. "Esta edición ha sido posible gracias a la subvención recibida por el Instituto Vasco de Derecho Procesal del Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico del Gobierno Vasco".

4 A. De La Oliva Santos. *Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998*, en Revista de Derecho Procesal (RDP), 1999, 2, pág. 369 y 370.

objeciones más. Así, se ha dicho que «en la clásica pugna entre oralidad y escritura, no se entregó –al juicio ordinario de la LEC, se entiende– a la “moda” de la oralidad a ultranza, aunque esa “moda”, como tal, persistiese aún en algunos ambientes jurídicos de este país»<sup>5</sup>.

“La oralidad podría ser una de las técnicas, porque permitiría que se pueda concentrar varios actos en una sola audiencia, pero aun así todo depende de si el sistema funciona, sino igual se producirá un tremendo desbarajuste.”

No estorba pues –siquiera a modo de apéndice– dedicar unas líneas a esos adjetivos que han servido para calificar la *garantía de la oralidad* del juicio –declarativo–. A este último respecto, para subrayar lo que vengo indicando, creo que no existe mejor mensaje que el que sigue: *la garantía de tutela judicial efectiva oral* a la que finalmente se rinde al juicio –declarativo–, *no debe ser conceptuada por las generaciones futuras como un acto de claudicación. Ni tampoco debe ser conceptuada como un peligro para “la seriedad de la tarea forense”, ni el reclamo a la oralidad ha preterido “las preferencias que parecen más fundadas y realistas”, ni, en fin, la oralidad que adopta el juicio –declarativo– es la mejor porque exista otra propia de “algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso”.*

Y empalmo con una afirmación que no deseo dejar desamparada: no es ese el mensaje que debe dar la LEC a las generaciones futuras. Muy al contrario la oralidad del juicio –declarativo– no es una oralidad complejada por la escritura a la que parece pedir permiso porque represente [la escritura] la “seriedad de la tarea forense”. No es una oralidad que serpentea y repta pretendiendo fomentar el equívoco y la disfunción. No es la oralidad que surge a hurtadillas con el permiso de no se sabe quién. Es simplemente la oralidad. Es la oralidad que no desea poner en peligro nada. La oralidad que no es conservadora, sino que es ruptura porque así lo exige la Constitución. La oralidad que no tiene complejos ni desea ser catalogada de “moda doctrinaria”. Es, en fin, una oralidad que no precisa ser pontificada.

Cae de su base, pues, que se está en presencia de la garantía de tutela judicial efectiva oral que evidencia el abo­lengo de que, aquel significado de “tiempo procesal” justificado en la garantía de *sustantividad* que permite preterir las dilaciones indebidas (art. 24.2. de la Constitución española), es hegemónico en la Constitución española en la que, a su vez, se prescribe –y es literal– que “el procedimiento será predominantemente oral” (art. 120.2. de la Constitución española). Nada menos.

**1. Teniendo en cuenta que, tanto en los procesos laborales como penales, se ha optado por un sistema basado esencialmente en la oralidad: ¿Cuál sería la razón por la cual se ha optado por dejar de lado a la oralidad en los procesos civiles, en los que sólo ocupa, algunas veces, un espacio en las audiencias? Por otro lado, ¿la oralidad no sería compatible con la tutela diferenciada? Además, ¿cómo se vincularía con la implantación del expediente digital?**

**Dra. Ariano:**

Para comenzar, debo decir que yo partía de la premisa de que la oralidad ya se había instaurado en el Perú con el Código Procesal Civil de 1993, por lo que la primera pregunta en cierta medida me sorprende. En realidad, la oralidad tiene siglos de existencia en el Perú, solo que en los últimos tiempos se suele enfatizar que con los nuevos procesos penales y laborales “recién” se ha optado por un sistema basado en la oralidad.

Probablemente ello se deba a que los procesal-penalistas han evidenciado más el aspecto de la oralidad del nuevo proceso penal, que lo más relevante del nuevo modelo, es decir, el que se trate de un proceso de partes, bajo el molde acusatorio. En este modelo, se ha decidido que es bueno que el contradictorio se articule en audiencias, con la presencia de ambas partes, es decir del acusado y su defensor, así como del acusador.

En cuanto al proceso laboral establecido en la Nueva Ley Procesal de Trabajo, cuya implementación está actualmente en curso, también se dice que aquél consagra una “verdadera” oralidad. Tengo mis dudas de que esto sea así, puesto que el proceso laboral siempre ha sido un proceso oral, cuyo acto central, antaño, era justamente el llamado comparendo.

Pero la pregunta es por qué pensamos hoy que la oralidad –sea lo que fuere lo que se entiende por ella– pueda representar una solución a los problemas del proceso civil. Lo que se vendió en su momento con el Código Procesal Civil de 1993 es que con él se había implementado la oralidad, en cuanto se había estructurado un proceso que se articulaba por audiencias.

Dicho sea que, ni en los procesos laborales ni en los penales se ha prescindido de la escritura, siendo los actos importantes de ambos procesos plasmados por escrito. El acto de acusación en materia penal se plasma por escrito, así como la demanda y la contestación en el proceso laboral.

Ahora, como decía, en el proceso civil se plasmó la oralidad a través de la existencia de audiencias. Sin embargo, lo que ha pasado es que con el tiempo en el proceso civil se han ido suprimiendo algunas de estas audiencias. Sería bueno debatir por qué se suprimieron. Así, el Código Procesal Civil nació, para el proceso llamado de conocimiento, con tres potenciales audiencias. La primera se llamaba audiencia de

saneamiento y su finalidad era actuar las pruebas de las excepciones y resolverlas. Esta audiencia la suprimieron en el año 2007. Luego, en el año 2008 se suprimió la audiencia de conciliación –al menos en donde está vigente la Ley de Conciliación, tal como fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1070–, y de paso también se suprimió la audiencia a los efectos de fijar los puntos controvertidos, siendo reemplazada por un previo intercambio de escritos entre las partes, tras lo cual el juez fija los puntos controvertidos, por escrito. Por último, la audiencia de pruebas quedó reducida solo cuando fuera necesario actuar pruebas.

Pero esto tenía ya un antecedente en el ámbito del proceso contencioso administrativo. Frente a la ley original –que había establecido como moldes el sumarísimo, por un lado, y, por el otro, el abreviado– en el año 2005, se modifica, justamente, para suprimir las audiencias. La pregunta es: ¿por qué?

Aquí viene mi punto para la reflexión. La oralidad implica la introducción de audiencias para promover la conciliación, para fijar puntos de la controversia, para actuar las pruebas, etc. Sin embargo, estas audiencias fueron suprimidas en el proceso contencioso administrativo porque se constató que este sistema de audiencias en lugar de hacer más rápido el desarrollo del proceso lo hacía algo más lento. Esto también, pienso, fue lo que motivó las reformas del proceso civil.

Pero, ¿por qué un proceso que se articula por audiencias puede ralentizar su marcha? Quizás mis colegas no estén de acuerdo, pero yo tengo una explicación.

Debo aclarar que, aunque parezca lo contrario, a mí me simpatiza un proceso por audiencias. No soy una fanática, pero pienso que pueden ser saludables. El problema está en otro lado: en el impulso de oficio. Cuando todos los procesos se impulsan de oficio es inevitable que tengan que marchar al mismo tiempo, y si todos tienen que marchar al mismo tiempo y para que los procesos marchen se tienen que llevar a cabo audiencias, es también inevitable que los roles de audiencias se llenen y por lo tanto que no se puedan realizar en el momento que conforme a ley le correspondería. A la postre un proceso que se impulsa de oficio y para cuya marcha se requiere la realización de audiencias, termina siendo más lento que un proceso, incluso impulsado de oficio, que las prescinde. Ese es el problema de fondo, que es probable que ocurra también en el ámbito laboral –que es exactamente como el proceso civil de hoy– con la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Ahora, es posible que en los lugares donde haya pocos procesos se pueda respetar los plazos establecidos por la ley para la fijación de las audiencias. Sin embargo, en aquellos lugares donde hayan muchos procesos y pocos jueces, es altamente probable que se atoren los roles de audiencias y que tengan que fijarse de aquí a –no a los 30 días ni a cuantos días diga la ley– ocho meses o a los años que sean necesarios según este lleno el rol de audiencias. Es que un proceso oral, es decir, un proceso con audiencias, requiere no solo de una gran cantidad

de jueces, sino de una base organizativa que no puede estar librada a la “organización” que se haga cada juez. Además, las audiencias deberían realizarse cuando al menos una de las partes lo pida y no de oficio.

El tema aquí es cómo organizamos técnicamente un proceso eficiente. La oralidad podría ser una de las técnicas, porque permitiría que se pueda concentrar varios actos en una sola audiencia, pero aun así todo depende de si el sistema funciona, sino igual se producirá un tremendo desbarajuste.

Respecto a si la oralidad es compatible con la tutela diferenciada, no sabría cómo contestar a la pregunta porque yo no sé qué significa en el Perú discurrir de tutela diferenciada. Nosotros no tenemos un proceso ordinario. Si no se tiene un proceso ordinario, no hay punto de referencia para establecer que es lo distinto de lo ordinario y, por lo tanto, estamos sin posibilidad de comparación. Una tutela diferenciada implica un módulo procesal distinto frente a uno ordinario. Nosotros tenemos una pluralidad de procesos especiales con pequeñas características que los distinguen unos de otros, siendo, por ejemplo, el laboral uno de ellos. En el proceso civil no se puede encontrar uno ordinario.

Sobre el expediente digital, cuando se implemente se sustituirá el papel por un soporte digital, pero, aun así, siempre se van a escribir, en un soporte distinto, los actos que requieren hacerse por escrito. Si se quiere, se verá cuáles serán los mecanismos técnicos para realizar audiencias, incluso virtuales a través de mecanismos tecnológicos que permitan que se realicen audiencias no presenciales. Ciertamente, ese es el futuro, y no el estar pensando en métodos que precedieron en la civilización a la escritura. Obviamente la oralidad es muy antigua. Cuando no se escribía solo se hablaba, así que quizá debamos poner sobre el tapete si realmente el proceso “oral” es ese proceso moderno que nos pintan como que es el del “futuro”. El futuro no es el proceso oral sino el proceso telemático, donde los tiempos muertos se puedan vencer con la tecnología. Es allí donde deberían andar nuestros esfuerzos, en lugar de estar pensando en mecanismos que ya son obsoletos. Hay que innovar y no estar pensando que la única forma de acelerar el proceso es con métodos de hace siglos que han demostrado ser altamente ineficientes en la realidad aplicativa, no solo en el Perú.

#### Dr. Sumaria:

Deseo comenzar con mi intervención con unas pequeñas citas. Giuseppe Chiovenda en 1910 menciona que *“La experiencia sacada de la historia nos permite agregar, sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos [en comparación con el proceso escrito] y el que mejor conviene a la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad (...)”*<sup>6</sup>

Franco Cipriani, traducido por la Dra. Eugenia Ariano en "Batallas por la Justicia Civil", cita a Taruffo -que a su vez hace referencia al libro "La Justicia civil"- para comentarnos que: "El modelo del Código [Procesal Italiano de 1941] no tiene casi nada en común con el modelo chiovendano. De Chioventa quedan las palabras, no las cosas". En la misma cita, se menciona a la "Storigrafía Jurídica" de Liebman, que indica en "el Código de 1940 no haya ciertamente realizado un proceso oral en el sentido chiovendano".<sup>7</sup>

Luego, Antoine Garapon en su libro "Juzgar en Estados Unidos y en Francia" menciona que "(...) la *cross examination* muestra el crédito a cada una de las partes. Este principio debe ser relacionado con otro: el de oralidad de los debates. Este principio parece estar bien anclado aunque tiende a desgarrarse especialmente en Inglaterra donde empezó a declinar en 1968"<sup>8</sup> Es decir en el año 1993 ya hay obras que cuestionan la oralidad como principio en la cuna donde nace la oralidad y eso parte de 1968.

Finalmente, Andrea Merói, citando a Iacovello en su artículo "Oralidad y Proceso Civil", menciona que "(...) la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un "método para el convencimiento del juez".<sup>9</sup>

¿Qué significan las citas anteriores? Significa que el debate entre oralidad y escritura es un debate muy antiguo, que tiene más de 110 años -desde 1895 con Franz Klein-. Sobre ambas hay fundamentos a favor y en contra. Si se quiere debatir respecto a la oralidad debe centrarse en la real dimensión de lo que es, y alejarlo como principio político, sino como técnica de formación o de la prueba. Y derivar ese debate en dos aspectos: el aspecto dogmática-histórico y el aspecto pragmático-funcional.

En ese sentido, cuando hablamos de oralidad, no sólo nos referimos a la mayor o menor intervención de las partes en el proceso, sino de todo un cambio de modelo cultural. El proceso oral es natural y surge en el proceso adversarial norteamericano anglosajón. En el *trial* se puede dar esa etapa, esa relación entre los abogados, los testigos, las partes, el juez, etc. Sin embargo, nosotros tenemos otro modelo que no es producto de la casualidad sino responde a una cultura que es distinta. Debido a esto, plantear un elemento de una cultura distinta en otra hace que éste experimente un proceso de adaptación y mutación -si es que no desea morir- por estar en un sistema distinto. Como consecuencia, sufre distintas modificaciones.

Por otro lado, siempre se relaciona a la oralidad con tres principios-consecuencias: concentración, inmediación y publicidad; lo cual en mi opinión no es tan cierto que devengan necesariamente de la oralidad.

Para empezar, lo que se busca de la publicidad a través de la oralidad como garantía de la administración de justicia es que sea vea la audiencia. Dudo mucho la real aplicación de esto ya que considero que no muchas personas estarían interesadas en visualizar su audiencia de manera pública por más que esta tenga todas las facilidades de transmisión; por el contrario, el principio de publicidad sería mejor recogido si da la facilidad de acceder al expediente escaneado en una base digital. Luego, respecto al principio de concentración, se tiene la idea de que el la oralidad concentra el acto procesal mientras que la "escrituralidad", en cambio, la dispersa. La afirmación anterior tampoco es necesariamente cierta porque estamos sometidos a un proceso por audiencia que, a su vez, está sometido al tiempo del juez. Ello produce que lo que se consideraba como un acto único se difiera en el tiempo haciéndolo casi eterno. Por último, en referencia a la inmediatez, la oralidad significa que se tome la declaración de las partes y de los testigos. Esta se materializa en un acta realizada por un secretario, que solo recoge su perspectiva respecto de las declaraciones, lo cual ya es un nuevo proceso de información al no ser lo mismo que dijo, por ejemplo, el testigo. En todo caso, si se grabase, de igual manera no sigue siendo inmediato porque el juez debería volver a ver la grabación para ver los hechos que no detalló en el momento preciso.

Entonces, ¿por qué ese afán con la oralidad? Considero que hay una cuestión política detrás de ello. Diego López Medina en su libro "El derecho de los jueces"<sup>10</sup> narra la historia de cómo en Colombia se implanta como fuente de derecho a la jurisprudencia a causa de la apertura al mercado internacional. Él analiza el mercado internacional y afirma que el inversionista anglosajón quiere un derecho o un modelo reconocible. Entonces, el mismo fenómeno está pasando en el Perú, y la inversión extranjera y los Tratados de Libre Comercio hacen que cambios nuestro modelo jurídico para que los inversionistas puedan tener un modelo o un derecho reconocible, porque si no lo tienen, sencillamente no invierten.

Si ustedes leen "El Proceso" de Kafka, este tiene dos traducciones: una en alemán, que se traduce como "Der Prozess", y otra en inglés, como "The Trial". El lector

7 CIPRIANI, Franco. *Batallas por la justicia civil*. Trad. Eugenia Ariano Deho. Cultural Cuzco. Lima, 2003. Pág. 33. Nota 144: "Cfr. GRANDI, *Relazione al re sul c.p.c.* §§1, 3,12 y 20 (cursiva en el texto), que en verdad sostiene que el código tenía su "comentario anticipado" en la obra de la doctrina procesal civilista de "estos últimos decenios". Pero CALAMANDREI, *Il nuovo proceso civile*, cit. Pág. 54; *Instituzione*, cit. I, Padova 1941, p. VII y s; *Gli studi di diritto processuale*, cit. P. 525, sostiene que Grandi en la *relazione*, habría "exactamente" afirmado que el código tenía su "anticipado comentario" en la obra de Chioventa. Viceversa, en el sentido de que en 1940 el nombre de Chioventa fue dado para "ennoblecer el código", LIEBMAN, *Storigrafia giuridica "manipolata"*, cit. Pág. 120; en el sentido de que el código de 1940 no hay "ciertamente realizado un proceso oral en el sentido chiovendano"; DENTI, *L'oralità nelle riforme del processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1970, p. 441; en el sentido de que haya acogido sólo en parte las ideas chiovendanas. PICARDI, *Riflessioni critiche in tema de oralità e scrittura*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, p. 17; en el sentido de que la tentativa de Grandi de atribuir a Chioventa la paternidad del código fuera "inmotivada", TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. P. 285: "El "modelo" del código no tiene casi nada en común con el "modelo chiovendano". De Chioventa quedan las palabras no las cosas".

8 GARAPON, Antoine y PAPADOPULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y Francia*. Trad. Viviana Díaz Perilla. Legis, Bogotá, 2006. Pág. 90. Cita 181. Cyrill Glasser. "Civil procedural and the lawyers - The Adversary System and the Decline of the Orality Principle", *The Modern Law Review*, 1993, 56, pág. 316.

9 MEROI, Andrea. *Oralidad y proceso civil*. Pág. 38. Cit. 44: "IACOVELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 151". En: AA.VV. *Oralidad y proceso. Una perspectiva desde Iberoamérica*. Universidad de Medellín, Medellín, 2009.

10 LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. 2ª edición. Legis, Bogotá, 2010. "Los objetivos políticos de esta reforma judicial, sin embargo, no podían ser más disímiles que los objetivos redistributivos que planteaba el "nuevo derecho": para la "reforma judicial", el fin esencial era ofrecerle al inversionista privado, con frecuencia proveniente de los Estados Unidos, el marco jurídico necesario que le garantizara "seguridad jurídica", "previsibilidad" y "respuesta rápida y efectiva" a las controversias jurídicas que pudieran emerger en su aventura latinoamericana. Desde este punto de vista, la adopción de un sistema fuerte de precedente judicial tenía la función de ofrecer al inversionista un sistema jurídico "familiar", en donde pudiera reconocer con facilidad aquellas instituciones que tan naturalmente parecían garantizar, en su propio país, el *rule of law*".

inglés cuando lo lea se cuestionará sobre dónde está el *trial* al tener ellos otra concepción del proceso distinta al plasmado en el libro. El *trial* -para ellos- significa un momento, una unidad, una cosa totalmente distinta que va a tener efectos distintos. En todo caso, estamos hablando de culturas jurídicas distintas. En ese sentido, derecho y cultura no están alejados, por lo que hay otras explicaciones acerca de por qué oralidad sí u oralidad no. Este enfoque nos ayuda a advertir el sentido que hay detrás de que en una sociedad se invierta en estos sistemas a pesar de no ser eficientes.

#### **Dr. Priori:**

Discrepo con la Dra. Ariano respecto a que se haya regulado en el Código Procesal Civil una oralidad, un proceso oral, ya que solo reguló un proceso por audiencias. Creo que precisamente lo que demostró el Código Procesal Civil es su deficiente regulación, al mostrarnos como un proceso por audiencias puede no terminar siendo un proceso oral. Esto termina siendo contradictorio porque cuando uno piensa en un proceso oral está pensando en un proceso por audiencias. Sin embargo, el modelo del Código Procesal Civil de 1993 en su versión original resultaba una contradicción absoluta al ser un proceso por audiencias, pero donde considero que no había oralidad. Voy a explicar por qué.

La audiencia de saneamiento, que era la primera audiencia, era una auténtica farsa. Podemos decir que quizá el modelo del Código era uno y la práctica era otra. Sin embargo, creo que el modelo del Código ayudaba a que la práctica fuera tan mala como era. Ahora, ¿cómo era la famosa audiencia de saneamiento? Esta audiencia funcionaba, a manera de ejemplo, de la siguiente manera: los abogados y las partes iban a la audiencia de saneamiento a las 10 a.m., salía el asistente del Juez a hacer el pregón, verificaba que estuvieran las partes y los abogados a esa hora. Luego, una hora después salía el asistente y les decía a los abogados y a las partes que entraran porque ya estaba el acta para que la firmen. Si eso es oralidad, entonces no quiero la oralidad.

Esta es la razón por la cual -respondiendo a una de las preguntas de la Dra. Ariano- a nadie le preocupó que se extinguiera la audiencia de saneamiento porque no era una verdadera audiencia. Por eso, cuando se eliminó en el año 2007, nadie la extrañó porque nunca existió una verdadera y auténtica audiencia de saneamiento. Aunque había excepciones (jueces buenos, etc.), que a pesar de la deficiente regulación de las normas, realizaban una actuación más fiel a lo que debería ser una audiencia, por regla general esto no era así.

La audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, la segunda audiencia, era otra farsa. En esta audiencia ya no le quedaba otra alternativa al juez que reunir a las partes porque de lo contrario, su actuación hubiera terminado siendo bastante grosera. Aunque una vez me ocurrió que el juez decidió que como la materia era no conciliable no había derecho de conciliación y nos pasó el acta para firmarla. La audiencia era un fastidio para el juez porque, entre otras cosas, no sabía muy bien qué hacer y, además, porque

todo se terminaba haciendo por escrito, todo tenía que constar en un acta, como ha dicho el Dr. Sumaria. Eso no es oralidad, sino un proceso por audiencias donde hay una farsa de oralidad, donde se debe dejar constancia de todo por escrito. Lo más importante no era la audiencia, sino el acta. En la audiencia de conciliación, los abogados y las partes entraban y el juez les preguntaba "bueno, ¿ustedes quieren conciliar?", siendo la respuesta negativa. De ahí decía "yo propongo esto, ¿están de acuerdo?" Al ser nuevamente negativa la respuesta, pasaban a la siguiente parte que era la fijación de puntos controvertidos. La mayoría de veces la fijación de puntos controvertidos no era verdaderamente realizada, pues el juez se limitaba a copiar las pretensiones. Luego, admitía todos los medios probatorios y se acabó. Actividad procesal inútil e innecesaria. ¿Para qué inmediación? Para nada.

Con estas prácticas de las audiencias de saneamiento y de conciliación, quien hizo la modificatoria, hizo un acto de honestidad, de sincerar lo que auténticamente venía ocurriendo. Por esta realidad es que nace esa idea de que las audiencias no sirven para nada y que más bien demoran el proceso.

No creo que la oralidad sea la panacea, pero tampoco creo que la escritura lo sea. De lo que tendríamos que preocuparnos es de diseñar un proceso eficiente donde se respeten todas las garantías, ya que el sistema que actualmente tenemos carece de ello.

Asimismo, no estoy de acuerdo con que el proceso escrito garantice la justicia del fallo y el proceso oral no. Considero que la oralidad tiene algunas críticas, como también las tiene el proceso escrito, al no ser perfectos ambos. Tampoco se trata de hablar en absoluto del sistema oral o de hablar en absoluto del sistema escrito, ambos también tienen cosas positivas.

Por último, no creo que lo que hayamos tenido en el Código Procesal Civil de 1993, en su versión original, sea oralidad, y mucho menos que lo que tengamos hoy en día sea un sistema oral. ¿En qué parte de nuestro proceso civil es hoy expresión de un sistema oral? Es una farsa. En la única audiencia que nos ha quedado en el proceso civil, que es la audiencia de pruebas, pasa lo que ha dicho el Dr. Sumaria. Lo que ocurre en ella es que la versión del secretario sobre lo que ha ocurrido en la audiencia termina siendo referente para poder decidir. Eso tampoco es oralidad.

#### **Réplicas**

##### **Dra. Ariano:**

Me surge una pregunta: ¿qué entiende el Prof. Priori por proceso oral? Yo entiendo que es un proceso por audiencias, o sea que el proceso avanza por audiencias y que, como dije, a veces puede ser pernicioso. Hay que tener presente la reforma que se realizó en Austria en 1983. Una de las cosas que tanto se han ensalzado de la reforma de 1895 de Franz Klein es que introdujo la audiencia preliminar en donde las partes se reunían con el súper juez director, para que, con su concurso, se

estableciera cuál era el objeto de ese proceso y así se fuera de frente a su meollo. En 1983, los austriacos eliminaron la obligatoriedad de la audiencia preliminar porque eso les entrampaba la marcha del proceso. Se estableció que solo se realizaría si las partes lo pedían y lo que ocurrió luego es que las partes nunca lo pidieron. Es así que, por obra de los propios austriacos, se cayó uno de los grandes mitos del proceso *kleiniano* cuyo súper juez director era el llamado a hacer realmente eficiente el proceso.

**“Un proceso oral es algo más que un proceso por audiencias. Es cierto que sin un proceso por audiencias no hay oralidad, pero no basta tener un proceso por audiencias para poder hablar de un proceso oral.”**

No hay otra forma de aplicar la oralidad sino a través de audiencias. La audiencia tiene siglos de siglos. La oralidad en el sentido de un acto en donde se tiene conjuntamente la presencia de las partes y del juez, que siempre ha habido con otros nombres (por ejemplo, la vista de los españoles, el comparendo nuestro, entre otras denominaciones), es algo que a veces puede ser útil y a veces puede ser absolutamente contraproducente. El problema no está ahí, sino, lo reitero, en la organización judicial. No basta hacer una linda ley procesal, sino que debemos esforzarnos por tener una organización judicial que funcione. Si ésta no funciona, si no la arreglamos, pues simplemente podemos aplicar el modelo que sea y no tendremos un proceso eficiente.

Vuelvo a repetir, la presencia de las audiencias puede ser contraproducente incluso para jueces que no tienen mucho trabajo. Cito como ejemplo un caso mío que se lleva en de Tarma, en donde no creo que estén atorados de trabajo. En este proceso, el juez mixto citó la primera audiencia para abril y la siguiente para diciembre de ese año.

Es inherente a un sistema procesal que se impulsa de oficio y en el que las audiencias no son fijadas por un administrador -como ocurre, por ejemplo, en España con la nueva Oficina Judicial que le organiza a los jueces todos los procesos-, sino por el propio juez conforme a su agenda “personal”, que el juez tenga el control sobre los tiempos del proceso y frente a lo cual las partes no pueden hacer nada para acelerarlo: no pueden ni pedir que se anticipe la audiencia ni tampoco pedir que se postergue. En cambio, el juez sí puede suspenderlas, teniendo así el dominio sobre los tiempos del proceso.

Ahora, sin duda un proceso sin audiencias igual puede demorar, pero la situación es distinta. Y es distinta porque si un proceso, que se impulsa de oficio, no se articula por audiencias, inexorablemente el momento en que tiene que sentenciar llega, sin que el juez tenga posibilidad de manejo. Si el juez no resuelve oportunamente, es su responsabilidad.

Actualmente, el problema de fondo es una organización judicial que no funciona. Es allí donde tenemos que poner nuestros ojos, más allá si es que luego lo organizamos por audiencias o sin ellas en algunos casos. Particularmente yo considero que debería haber un único diseño procesal cuya “longitud” se adapte a las necesidades de cada caso concreto, en razón de su sencillez o complejidad.

Por otro lado, tengo un comentario sobre la cita de un escrito de Chioventa de 1910 realizada por el Dr. Sumaria. Si bien es cierto que Chioventa se autoproclamó el apóstol de la oralidad –aunque en realidad ese apelativo se lo puso Calamandrei –, hay que tener claro qué entendía Chioventa por proceso escrito y por proceso oral. El proceso escrito de Chioventa era el proceso italiano del Código de 1865, que era el proceso formal en donde no es que no hubiera audiencias. El problema del proceso formal italiano, que lo llamaba Chioventa despectivamente “el escrito”, es que –al igual que el nuestro- había un intercambio de escritos hasta que finalmente se citaba a una audiencia de discusión. Lo que a Chioventa no le gustaba es que las pruebas fueran recogidas por un delegado y postulaba que las pruebas fueran recogidas por todo el Tribunal que debía valorarlas. Su crítica no podía ser al proceso escrito medieval, porque en la Italia de esa época se tenía un proceso a la francesa que presuponía la existencia de una audiencia de discusión de la causa, en donde las partes discutían verbalmente.

#### **Dr. Sumaria:**

En la intervención anterior critique a la oralidad, pero también habría que criticar a la escritura al tener también sus defectos. Se dice que la oralidad provoca la retórica, pero la escritura también puede caer en ello. Por ejemplo, cuando encontramos escritos de cincuenta páginas que no dicen nada o los que terminan siendo una compilación de citas.

No creo que la oralidad y la escritura sean sistemas, sino que son técnicas de formación de la prueba y que pueden ser aplicadas según la conveniencia de cada caso. Considero también que es una cuestión cultural. La oralidad funciona en un sistema como el anglosajón que tiene una serie de limitaciones para entrar al *trial*. Así, la competencia no es obligatoria sino es el juez quien decide su competencia. Asimismo, la sentencia se ejecuta inmediatamente, es decir, no se suspende con la apelación, siendo además restringida al tener que pedir autorización para apelar. En general, es difícil entrar al proceso en este sistema, pero una vez que estas dentro, se brindan una plenitud de garantías para poder discutir oralmente el tema, donde se da la *cross examination* -el examen cruzado- con los testigos y las partes.

¿Por qué no funciona en el otro sistema? Porque es distinto desde el momento que tenemos una estructura burocrática jerárquica. Es decir, tenemos una pirámide de control donde abajo están los que tienen menos poder y arriba los de mayor poder. Por ello, en un sistema así, donde la apelación es una garantía básica, el expediente escrito material se vuelve el nervio

fundamental del proceso porque es la base de datos sobre la cual el superior va a poder revisar la decisión del inferior. Al ser ilimitada la apelación, todos tienen esta garantía. No podría darse la oralidad en una sola audiencia, para que luego el superior jerárquico la revise ya que no podrá volver a realizar dicha audiencia.

Siendo distintos estos sistemas, ¿sobre qué se basan? Se basan en modelos culturales distintos porque en el modelo del proceso metódico por etapas sucesivo lo que prima es la aplicación de la ley por la soberanía del Estado, para mantener el orden social. Mientras que en el otro sistema lo que prima es la individualidad de la persona. En el modelo anglosajón es difícil entrar al proceso, mientras que en el modelo europeo continental es difícil salir del proceso. Entonces, son culturas distintas por lo que si queremos implementar la oralidad como tal debemos cambiar el modelo cultural jurídico que tenemos sino sería más de lo mismo.

#### **Dr. Priori:**

Es claro que el proceso oral se estructura en base de un proceso por audiencias, pero lo que intentaba decir es que, en la regulación original del Código Procesal Civil, el proceso por audiencias era un proceso que en la práctica era todo formalizado. Este era un proceso excesivamente formal y en el que todo se reconducía a lo escrito. Entonces, las audiencias funcionaban como el medio para obtener el documento escrito con base al cual el Juez iba a tener el sustento para poder resolver lo que tenía que resolver.

Un proceso oral es algo más que un proceso por audiencias. Es cierto que sin un proceso por audiencias no hay oralidad, pero no basta tener un proceso por audiencias para poder hablar de un proceso oral. La actividad procesal que se desarrolle en la audiencia debe ser una actividad procesal antiformalista, absolutamente espontánea –espontáneo no quiere decir improvisado ni sorpresivo- donde el juez tenga una directa comunicación con las partes, donde las partes puedan dirigirse frente a la otra para que se pueda confrontar, discutir, rebatir. Ese momento estelar donde las partes y el juez estén juntos debe servir para algo más que hacer un acta. Esa es mi concepción de oralidad. Si la concepción de la oralidad es juntarse para realizar un acta, pues lo más honesto es lo que hicieron los legisladores en los años 2007 y 2008 al eliminar las audiencias. Creo que hay que aprovechar ese momento al máximo, y eso es lo que no se logró con el Código Procesal Civil, ni en su versión original de 1993 ni tampoco con las modificaciones que dieron lugar a lo que se obtiene hoy en día.

Cito el ejemplo de los pliegos interrogatorios: cuando el interrogatorio se realiza sobre la base de un pliego hecho hace dos años, uno no se acuerda si quiera que pregunta hizo si es que no tuvo la cautela de guardar su copia y, por supuesto, cuando la realidad de hoy, que tengo frente a mi contraparte a la cual voy a interrogar o al testigo, es sustancialmente distinta de aquel momento oscuro cuando se hizo la demanda sin saber si quiera que cosa iba a ocurrir. Ese formalismo, esa rigidez,

esa falta de espontaneidad en la actuación probatoria, eso para mí no es oralidad. Claro, será un proceso por audiencias, pero no será un proceso por audiencias donde exista una auténtica oralidad.

**2. ¿Un proceso basado en la oralidad daría demasiado poder a los jueces? ¿Ello afectaría a las partes y a sus abogados? ¿Daría una mayor y efectiva participación del juez en el proceso? Además, un proceso oral, al ser más rápido y concentrado, ¿no ocasionaría que un juez tome decisiones incorrectas, al no tener el tiempo suficiente para poder meditar sobre el caso?**

#### **Dra. Ariano:**

En realidad, depende. Por ejemplo, si se sigue ensalzando al juez director del proceso y no director del debate -que son cosas distintas- pues puede ser, pues todo depende de qué poderes tiene, cómo los ejerce y qué se puede hacer contra lo que decida. El hecho de que haya audiencias no significa necesariamente que el juez sea todopoderoso. El juez del nuevo proceso penal no es un juez poderoso, sino es un juez que se ha querido reconducir a que sea un auténtico juez, que sea el garante del contradictorio. Es decir, de la igualdad de oportunidades de ambas partes, tanto de la parte acusadora como de la defensa. Eso es lo que tiene que ser un juez en un proceso de partes: el garante de la paridad de oportunidades, de la igualdad de armas. No que sea él el todopoderoso ni, como dice la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que tenga el rol protagónico. Él tiene que tener el papel de juez: si se trata de una audiencia, de dirigir la audiencia para lograr la igualdad de las partes y no lo contrario.

¿La oralidad afectaría a las partes y a sus abogados? Para nada, al contrario, debería ser el garante de las reglas de juego. Lo que ocurre es que en estas cuestiones de la oralidad, en donde no poca confusión ha provocado Mauro Cappelletti con su ensalzamiento de los procesos autoritarios - más que autoritarios totalitarios - existentes en los ex países del llamado socialismo real (los países de más allá de la cortina de hierro), se ha terminado considerando que la oralidad implica dar otro papel al juez: el de ser el “socializador”. El juez de ese proceso, así llamado, “democratizado”, “socializado”, tiene una misión que va más allá de la de ser un juez: plasmar el conjunto de valores inherentes al tipo de Estado existente, que es como decir que tiene que ser cualquier cosa menos un juez.

Un juez, que es un tercero imparcial, lo que tiene que hacer en una audiencia es dirigir el debate y asumir su papel: si debe resolver, pues resuelve en base de las alegaciones de las partes. Si lo hace en la audiencia o no, depende de otros factores. Si es un juez autoritario porque así lo ha diseñado el legislador, será autoritario resolviendo prescindiendo de lo que hayan escrito o hablado las partes. Debe quedar claro que no depende de la oralidad. Si se opta por la oralidad, puede ser útil establecer un sistema de audiencias en tanto y en cuanto no sean farsas. Si son farsas, es mejor eliminarlas. Si es una audiencia de verdad, pues lo que no debe

haber es que el juez tenga más poderes de los que son necesarios para que actúe como juez. Yo pienso que en el nuevo proceso penal los poderes del juez penal se corresponden con lo que debe ser un juez. Todavía le quedan unos cuantos resquicios inquisitorios, pero prioritariamente, en la audiencia, es un director del debate contradictorio. Tener audiencias puede ser útil si se articulan y estructuran bien, es decir, podría funcionar muy bien en tanto se tenga una organización bien hecha.

Respecto a que un juez tome decisiones incorrectas al no tener tiempo suficiente para meditar sobre el caso en un proceso basado en la oralidad, debo decir que sí. Sobre todo estoy asustada con esto del nuevo proceso laboral, en donde el juez tiene que fallar en sesenta minutos. Claro, puede reservarse el decidir en cinco días cuando el asunto es complejo –y es lo que creo que va a predominar–, pero resolver en sesenta minutos ni en el penal ocurre al tener, al menos, dos días para sentenciar. Si queremos que el juez resuelva en el acto, sobre todo, tratándose de la sentencia, efectivamente puede conducir que se termine resolviendo en base a simples impresiones y no en base a la valoración racional de la prueba, que es cosa compleja y que requiere meditación.

Dos palabras que se me han quedado: quisiera suscitarles la reflexión sobre algo que suele decirse en nuestro sistema educativo. Se dice el Perú está mal rankeado porque nuestros niños no entienden lo que leen. Estamos en la cola del mundo, se nos dice: los niños no entienden lo que leen. Cuando esos niños crezcan, ¿entenderán lo que se habla?

#### Dr. Sumaria:

Tengo una reflexión. Hace diez años, en un congreso parecido a éste, se discutía sobre la oralidad y la escritura, y quien cuestionaba la oralidad era considerado *hereje* y era excluido de los círculos académicos. Ahora la figura se invierte: son más los que critican la oralidad que los que la defienden a ultranza. ¿Esto qué significa? Que hay cierto desencanto, pero no con la oralidad: es un desencanto con el sistema mismo. Entonces, esta pregunta que dice oralidad y poderes del juez, en realidad es relativo. El tema de los poderes de juez no va tanto con el tema de la oralidad.

Uno de los problemas es que cuando llegamos al derecho procesal, identificamos como sujeto de estudio al proceso y se comienza a ver al proceso como los actos reglados normativamente para llegar a un resultado, etc. Sin embargo, ya debería cambiarse de nombre porque el método del Estado para resolver conflictos implica mucho más que las formas establecidas. Entonces, se puede hablar de un sistema de tutela jurisdiccional, un sistema compuesto de dos elementos: uno es la potestad que tienen las personas de ir al Estado y pedirle y autorizarle a que se inmiscuya en una relación tan íntima como es el conflicto para que lo resuelva en defecto de que ellos no puedan hacerlo directamente y, en correlación a una potestad de esta sociedad organizada políticamente llamada Estado, que

a través de un funcionario específico pueda resolver sus conflictos, es una relación acción-jurisdicción.

Esa relación puede provocar distintos sistemas. Unos sistemas van a tener como objetivo la eficiencia, que es llegar al resultado más rápido ahorrando recursos. En otros sistemas lo que va a preponderar es la utilidad, que es maximizar los beneficios, los intereses en cierta relación. ¿De qué depende que un sistema ponga énfasis en la eficiencia o en la utilidad? Depende de la asignación de esfuerzo procesal, es decir, de la mayor capacidad de gestión que tienen en el litigio, en el proceso, ya sean las partes o ya sea el Estado a través del juez.

En un proceso donde se busca utilidad (maximizar intereses) son las partes las que van a tener la mayor asignación de esfuerzo procesal, es decir, la gestión del proceso. Por lo tanto, se reducen los poderes del juez. En un sistema en el cual lo que se busca es la eficiencia (ahorrar recursos) pues se le da mayores poderes al juez para que resuelva de manera más rápida. Ahora, ¿de qué depende determinar a quién le damos esta asignación de esfuerzo procesal? Depende del principio de justicia que tenga la sociedad. Una sociedad que tenga el principio de justicia distributivo, es decir, que la justicia que haya salido del mercado se tiene que distribuir equitativamente entre todos, pues va a afirmar la “eficiencia”. Mientras que en un sistema que privilegia la asignación de esfuerzo procesal hacia las partes, para que sigan en litigio, van a tener un “sentimiento de justicia como ventaja de garantía mutua”, es decir, que el incentivo para ellas es que el proceso reproduzca la ventaja material que tengo en la realidad. Siendo gráficos, si me deben cinco mil, uno va al proceso para que me paguen los cinco mil, no para que haya felicidad en el mundo. Uno quiere satisfacer su interés. En la medida que consigo mayor interés, me será útil. Ahora, ¿de qué depende este principio de justicia? Depende del modelo político que tenga la sociedad. Generalmente la justicia distributiva va de la mano con un modelo social-demócrata, donde hay una mayor participación de la colectividad en el Estado; y, generalmente, un sistema donde existe la justicia como ventaja de garantía mutua, corresponde a un modelo neoliberal. Eso, a su vez, ¿de qué depende? Depende del modelo constitucional que se tenga, sea un modelo constitucional político o sea un modelo constitucional legal.

Eso es lo que determina los poderes del juez en el proceso. Ahora, ¿dónde se acomoda más la oralidad? Puede ser indistinto. Puede estar en un sistema donde se asigna el esfuerzo procesal sea para el juez o sea para las partes. En el sistema anglosajón, donde se da este *trial* basado en la oralidad, el juez se vuelve en un director del debate porque la asignación del esfuerzo procesal está a cargo de las partes: son ellos quienes construyen el caso, son ellos quienes argumentan, quienes prueban. El juez lo único que hace es resolver.

Asimismo, mucho se acusa al juez de que la oralidad no funciona porque no revisa el caso *antes de*, pero eso es contradictorio porque justamente en el modelo oral puro lo que se exige es el principio de *tabla rasa*, que

significa que el juez no vaya con conocimiento del caso para que la formación sea libre. En caso que fuera con un conocimiento previo del caso, ya tendría una idea preconfigurada y, entonces, en este contexto, ya de nada sirve la famosa audiencia porque ya se tiene una respuesta, al no ser el pensamiento del juez lógico-racional como Sherlock Holmes, sino que preconfigura ya una decisión. Lo único que puede hacer es justificar producto de la analogía. Entonces, ahí se pierde todo el contexto de la oralidad y de los poderes del juez.

#### **Dr. Priori:**

Creo que todos coincidimos en el rol del juez y la oralidad. Sin embargo, respecto a la pregunta “¿no ocasionaría que un juez tome decisiones incorrectas al no tener tiempo suficiente para meditar sobre el caso?”, creo que está partiendo de un presupuesto equivocado porque en un sistema oral no es que el juez se entera del caso ahí, pues el juez ya ha leído la demanda, ha leído la contestación, ha podido revisar la prueba documental, etc. Es verdad que la audiencia de pruebas será la audiencia donde se terminará de actuar los demás medios probatorios, pero no es que el juez va ahí y ahí se entera de la demanda, la contestación, y en ese momento tira el dado y resuelve.

Entiendo el temor y comparto el temor de que el juez sentencie en la audiencia. Habrá casos donde sí se podrá hacer y, en otros, quizá la mayoría, no. Habrá que tener ese proceso de reflexión. Pero lo que tenemos hoy es que el juez sentencia después de ocho o nueve meses de haber visto por última vez a las partes y de haberse producido en la audiencia de pruebas. Haría la misma pregunta, es decir, ¿no ocasionaría que un juez tome decisiones incorrectas al tener demasiado tiempo? Los extremos siempre son malos, tanto el juez que sentencia inmediatamente, como el juez que sentencia un año después de la producción de la audiencia.

#### **Réplicas**

##### **Dra. Ariano:**

Sigo sin entender el modelo de proceso oral del Dr. Priori, porque tampoco se correspondería con el modelo oral del proceso penal. En el proceso penal, cuando se llega a la fase de juzgamiento, el juez entra a la audiencia sin saber nada del asunto. Todo el conocimiento lo adquiere en base a la actuación de las pruebas recogidas oralmente en la audiencia. Todas las pruebas, incluso los documentos para poder ser valorados se deben oralizar.

Yo recomendaría que echemos al tacho el mito de la oralidad como solución a los problemas del proceso. La oralidad es un modelo de actos, no un modelo de proceso.

Los poderes del juez es algo que sí hay que meditar. Siempre tengo presente el discurso que se hizo en el año 1993 y que sigue haciéndose: las audiencias

propician el acercamiento de las partes al juez, que el juez se acerque “al drama humano” que aqueja a las partes, y cosas así. Pero la realidad desmintió al mito, que solo existía en la fantasía de algunos legisladores o en Cappelletti que decía estas cosas sin nunca haber entrado a un aula de justicia, a un tribunal. Uno tiene que hacer cuentas con la realidad y tiene que hallar un proceso que funcione y punto. No debería dársele muchos poderes al juez porque si no ese juez se vuelve un autoritario, un dictador, que puede serlo sin importar si los actos se realizan por escrito o verbalmente. Este no es un problema de cómo se expresan, externalizan los actos, sino que es un problema mayor, de estructura, de cómo construimos un proceso y cómo hacemos que el juez sea un juez, es decir, sea este tercero imparcial.

##### **Dr. Sumaria:**

Sobre si no ocasionaría que un juez tome decisiones incorrectas al no tener tiempo suficiente para meditar sobre el caso, insisto en que el modelo oral puro, que es el del *trial*, exige el requisito de la *tabla rasa*.

Ahora, ¿por qué se da esto? Porque la decisión del juez en el modelo del *trial* no busca la verdad oficial, no busca la verdad material: busca la verosimilitud, busca algo aparente. Entonces es que se pueden dar sentencias rápidas al no haber ese tema de buscar la verdad. El proceso se convierte en un concurso de narraciones, narraciones tal vez tergiversadas, tal vez moldeadas de acuerdo a los intereses de las partes, al cual el juez le va a dar una nueva narración. Pero al fin de cuentas son narraciones. ¿Cuál es la que triunfa? La versión más coherente, la más precisa, la mejor construida, que no necesariamente tiene que estar de acuerdo a la verdad real. Por eso es que se da esa facilidad de dar una sentencia inmediata frente a ese concurso de narraciones.

Decía Antoine Garapon: “Como en el teatro clásico, el *trial* responde a la regla de las tres unidades: de tiempo, lugar y acción, a la cual se añaden el principio de contradicción e inmediatez”.<sup>11</sup> Es como un teatro, es una teatralización de los argumentos, donde se argumenta la retórica, se construyen las narraciones, el juez elige la narración y sobre esa base decide. Así, no hay esa fascinación por la búsqueda de la verdad que sí hay en un proceso por etapas. ¿Cuál es mejor, cuál es peor? Depende, otra vez, de la cultura. Del mismo modo, Antoine Garapon decía que un modelo procesal depende de dos variables: la adecuación a la política y del modo de producción de la verdad<sup>12</sup>. Entonces, la oralidad funciona en ese esquema, en otro esquema se vuelve en un trámite más.

##### **Dr. Priori:**

No hay un sistema oral puro. De lo que se trata es de encontrar un proceso predominantemente oral. Lo que existe en el proceso penal, tengo la impresión que, en algunos aspectos, es una exageración. Voy a poner un ejemplo que no llego a entender muy bien. Si es que se formula el recurso de apelación contra la sentencia,

11 GARAPON, Antoine. *Op. Cit.* Pág. 84.

12 *Ibid.* Pág. 11.

y quien interpuso el recurso de apelación no va a la audiencia de vista, se le entiende por desistido, aun cuando sea la sentencia condenatoria. Eso me parece llevar la oralidad a una situación absurda, porque el recurso existe, no es que no se haya interpuesto el recurso de apelación. A mí no me importa mucho el Ministerio Público ya que si va o no va y se cae la apelación es lo mismo, no importa. Pero es importante para aquella persona que ha sido condenada y que por alguna razón su abogado no puede ir a sustentar oralmente la apelación presentada, y se cae el recurso. Eso me parece llevar a un extremo, por ejemplo, la oralidad.

### 3. En el campo probatorio, ¿qué efectos tendrían la asunción de la oralidad respecto a la prueba?

**Dra. Ariano:**

La oralidad en el ámbito de la producción de la prueba significa que hay unos medios de prueba que no están preformados y que tienen que formarse en el proceso. Por ejemplo, si ofrezco como prueba la declaración del Dr. Sumaria, pues él será mi fuente probatoria, pero cuando lo ofrezco todavía no ha hablado, no ha declarado. La prueba de testigos es la primera prueba que surge históricamente y siempre se ha formado en el proceso. Hay muchas maneras de formar esta prueba, pero siempre consiste en una declaración. El problema está en quién toma la declaración. En nuestros ordenamientos hispanos y latinoamericanos, pese a lo que disponían las leyes españolas y nuestros Códigos procesales, la prueba de testigos nunca la tomaba el juez aun estando establecido así en la ley. Anoche en un programa de entrevistas, el director de un periódico le contaba a la entrevistadora que había sido querellado y que cuando fue a prestar su instructiva, no se la tomó el juez sino el secretario. La entrevistadora quedó perpleja frente a la afirmación de que siempre se hacía así.

Hay que tener presente que en el Medioevo existía la prueba tasada y numérica, por lo que era indiferente quien tomaba la declaración, y ello porque había un conjunto de reglas de exclusión que establecían quienes podían ser testigos y quiénes no y de los que podían serlo cuánto valía la declaración de cada uno. En un sistema de prueba apriorística y tasada, no importaba quien tomaba la declaración. Bastaba que constara en el acta la declaración y solo quedaba sumar para establecer si un hecho estaba probado o no. Sin embargo, cuando se eliminan los criterios de prueba legal en materia de testigos, adquiere relevancia el quién toma la declaración, porque es quien tiene que valorar la atendibilidad de la declaración del testigo. El tema de fondo es que los medios probatorios, que se tienen que formar en el proceso y que deben ser valorados conforme al criterio de la apreciación razonada o de sana crítica, deben ser inevitablemente, si queremos que esto sirva, formados ante el juez –o ante los jurados, dependiendo del caso– que debe valorarlos, es decir, el que tiene que determinar si lo declarado es o no es atendible, pues caso contrario se transforma en una farsa.

Ahora, en el Código Procesal Civil de 1993 supuestamente consagramos la oralidad en la actuación probatoria dejando de lado el modelo del Código de

Procedimientos Civiles de 1912. Esto es simplemente falso. En primer lugar, porque lo que se estableció en el Código es que en la audiencia de pruebas tenía que estar presente el juez, bajo sanción de nulidad, es decir, que no podía delegarla a otro. En segundo lugar, se estableció que sólo en principio el juez que estuvo presente en la audiencia de pruebas fuera el que sentencie. Recalco que esto es “en principio” porque el propio Código señala que si el juez (el presente en la audiencia de pruebas) es sustituido, nada ocurre, pues el nuevo juez, si quiere, puede repetir la actuación probatoria.

**“El proceso se convierte en un concurso de narraciones (...). ¿Cuál es la que triunfa? La versión más coherente, la más precisa, la mejor construida, que no necesariamente tiene que estar de acuerdo a la verdad real.”**

Cabe anotar que Chioyenda, que decía que batallaba por la oralidad, en realidad lo hacía por la intermediación, pues su idea fundamental era que todas las pruebas fueran actuadas ante el tribunal que debía resolver, porque era el único que podía apreciar la prueba libremente, cuando libremente no es “libremente” sino conforme a razón.

Respecto a la utilidad de la oralidad probatoria, debo decir que no es tanto la oralidad en sí, sino la intermediación, en sentido de que quien recibió la actuación probatoria es el único que puede sentenciar. Esto es lo que no se llevó, como ya dicho, a sus extremas consecuencias por el CPC de 1993, para suerte de todos los procesos. Si se tiene presente la tremenda movilidad de los jueces, en donde un juez puede estar un hoy en una audiencia, luego, al día siguiente, ser cambiado, nadie puede asegurar que el juez que recibió la prueba sea el que sentencie. Que no se haya establecido la identidad entre el juez que recibe la prueba y el que sentencia es lo que ha permitido que los procesos civiles, aun con todas sus tardanzas, puedan llegar en algún momento a sentencia, sin estar repitiendo la actuación probatoria.

La intermediación probatoria es la que rige en el proceso penal, en cuanto inexorablemente el juez que está presente en la audiencia de juzgamiento es el que tiene que sentenciar. Si antes de la sentencia algo le pasa, se tendrá que repetir todo.

Ahora, es del todo sensato considerar que la valoración de las pruebas de declaración sea hecha por quien la recibió: ¿cómo podría valorarse la atendibilidad de las declaraciones de un testigo si no se ha estado presente en la declaración de ese testigo? Caso contrario habría que leer un acta, que es la versión interpretada del que la ha redactado o ver el video, si es que lo hay. Sin embargo, uno tiene que decidirse qué modelo quiere pues es inevitable –cuando se tiene un sistema de valoración

probatoria para las pruebas que se forman en el proceso fundadas en la sana crítica— que el juez que ha recibido las declaraciones sea el mismo que las valore.

#### **Dr. Sumaria:**

La oralidad no es para conocer al juez, ni a la partes, no es un acto para socializar. La oralidad busca la formación de la pruebas, principalmente de las testimoniales y de las declaraciones ya sean de las partes o de testigos. En ese aspecto, el fin de la oralidad es la inmediatez, el dialogo, la interacción social del juez con las partes y entre las mismas partes. En esto, hay fascinación por la prueba testimonial, pero, en realidad, la pregunta es ¿cuántas veces se ofrecen testigos? Son mínimos los casos en que esto sucede y todavía menos las declaraciones de parte, ya que terminan siendo una repetición de lo que ya se dice en la demanda.

Entonces, ¿cuál es el sentido de esta audiencia? Si es para que el juez perciba la conducta de la parte, se cae en un error, ya que el juez no es un psicólogo y no está capacitado para ello. Más bien, la psicología del testimonio da resultados en contra. En los procesos orales anglosajones, por ejemplo, está el caso Michael Mars, quien fue sentenciado por violación a veinte años, del cual cumplió doce años. ¿Cuál fue el fundamento de esta condena? La firmeza del testimonio. Al final, la prueba de ADN probó lo contrario<sup>13</sup>. En los Estados Unidos, el *Innocence Project*<sup>14</sup> estaba revisando varios de estos procesos y de los 67% de los casos revisados, se ha encontrado unos 150 que también son “identificación falsa” por el testigo. Eso significa que valoramos mucho la prueba que está en descredito, porque la psicología testimonial dice todo lo contrario.

El proceso de memoria tiene tres niveles: la memoria, que es la percepción sensorial, el reconocimiento, el recuerdo de las cosas; la meta memoria, que es la reproducción de ese hecho póstumo; y la meta meta memoria, que es la reconstrucción que hace el tercero que va a decidir. Estamos lejos, entonces, del hecho que sucedió en el pasado de manera irrepelible. En ese transcurso ya se perdió la información por lo que esa intervención del juez o las partes en las declaraciones de los testigos de la partes poco o nada puede agregar al caso. La oralidad para este tipo de debate no tiene sentido, salvo que el juez sea un experto en psicología del testimonio.

Por otro lado, me surgen más preguntas que conclusiones. Una primera duda que me surge es si existe la decisión política de llevar a cabo estas reformas en las que se busca cambiar nuestro actual proceso por uno que tenga bastante técnica de oralidad. Una segunda es si se ha investigado realmente cuando es necesario la oralidad en los procesos, cuantas declaraciones y cuantas pruebas testimoniales se dan y, sobre todo, cuanto influye ellas en el resultado de la decisión. Si hay esos estudios y si estas pruebas son más contundentes que la prueba científica, estaría bien. Otra de mis dudas es si existe la previsión de recursos humanos y materiales, porque exigiría que el juez este abocado a la audiencia, que tenga conocimiento de argumentación,

siendo esto igual tanto para los abogados como para las partes. Mi última duda es si existiría la capacitación de estos recursos humanos. Si existe todo ello, se podría llevar a cabo. Si por el contrario no fuera así, esta sería una reforma maquillaje, totalmente irresponsable, que devendría en una legislación de espectáculo, de propaganda. Lo que ocurriría, para terminar, es que van a pasar diez años y seguiremos discutiendo sobre oralidad y escritura, como también quejándonos de nuestro sistema de administración de justicia.

#### **Dr. Priori:**

Respecto a lo que ha dicho el Dr. Sumaria, el sistema oral no es un sistema donde predomine la prueba testimonial, ni donde tenga que tener mayor valor la prueba testimonial o la declaración de parte. Tampoco creo que sea un proceso en donde se ofrezca un testigo, por eso creo que el sistema de audiencias en el proceso debería ir más allá que la sola audiencia de pruebas. En general, más allá de lo que ya pueda estar por escrito, el debate se hace oralmente: la interacción, las pretensiones, la oposición, la confrontación.

Existe una exageración en el proceso penal donde ocurre que en la práctica se lee todos los documentos. Por ejemplo, en el caso Fujimori se dedicaron varias audiencias en leer cosas seguramente irrelevantes.

Hay algo que es muy importante, que es que en el sistema oral —rescatando lo que decía la Dra. Ariano— la valoración de la prueba es el sistema de la sana crítica, con todo lo que ello supone: la apreciación razonada de la prueba confrontándola, siguiendo los principios de la lógica, comunidad, etc.

La pregunta sería, ¿cuál es el valor que tiene la prueba testimonial en el sistema anglosajón y cuál es en el sistema romano germánico, especialmente los países latinos? Eso nos lleva a otro tema. Hay que tenerlo en cuenta para los momentos de valorar el medio probatorio, pero creo que la oralidad no se restringe o limita declaración de los testigos.

#### **Réplicas**

##### **Dra. Ariano:**

Debo decir que toda la retórica de la oralidad *cappellettiana* está centrada sobre los testigos, considerando como tales a las propias partes. Para el Cappelletti de los años 60-70's, la quintaesencia de la oralidad era declaración de las partes tomada libremente por el juez para extraerles la “verdad”, supuestamente ocultada por sus abogados. Esto se encuentra de manera clara en su famoso libro “El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad” de 1961, que es uno de sus libros más furiosos y que todavía se sigue leyendo con fascinación.

Las preguntas del Dr. Sumaria me encantan porque él sabe que las respuestas son “no”. Lo que se hace en el Perú es hacer las reformas por intuición, sin haber hecho los estudios que se merece hacer. Por eso quiero ver si

13 GARRIDO, Eugenio y HERRERO, Carmen (Coord). *Psicología Jurídica*. Pearson, Prenteci Hall. Madrid, 2006. Pág.225.

14 <http://www.innocenceproject.org>

funcionará el nuevo proceso penal en Lima. Este nuevo proceso solo funciona en aquellos lugares donde la carga procesal no es tan alta y porque pocas veces se llega a juzgamiento oral, al llegar a acuerdos sobre las penas. Lo venden como un proceso lleno de garantías, pero luego todo se reduce a los acuerdos sobre penas a los que se llega muy rápido, con gran ventaja para los que pudieron pasar mucho más tiempo presos, si es que se hubiera ido al juzgamiento.

Yo soy partidaria de hacer una reforma total en el caso del proceso civil, pero no en base a mitos. Para ello habría que hacer efectivamente lo que dice el Dr. Sumaria, es decir, habría que hacer todos esos estudios: son el presupuesto para hacer cualquier reforma con realismo y no simplemente pensar que tendremos un mejor proceso si basamos toda nuestra confianza en un juez iluminado que se encuentra con las partes para que éstas, oralmente, le expongan su controversia, como si el juez fuera una suerte de psicólogo de grupo. Las controversias jurídicas no son así.

Las reformas que habría que hacerle al proceso civil presupondrían pensar mucho y, sobre todo, no dejarse llevar por las modas.

#### **Dr. Sumaria:**

No discuto que la prueba se forma sobre la base del contradictorio al ser una garantía y al no haber pruebas no existe. Pero la oralidad no es un argumento de valoración. La valoración requiere estándares que tampoco creo que los tenga. La sana crítica y la valoración conjunta no

son necesariamente valoraciones. Posiblemente, *más allá de la duda razonable*, puede que lo sean, pero aun así, no cumplen con los estándares.

La oralidad es una técnica para formar la prueba, que se da cuando es necesario, es decir, cuando hay diálogo. Si no hay diálogo, no será necesario este tipo de prueba. En general, será necesario la oralidad o escritura cuando la prueba exija esa técnica. Pero la oralidad no me va a convencer de esa prueba. Hemos visto que más bien la fiabilidad de la ponderación de la firmeza del testimonio y la calidad de la afirmación puede ser muy incoherente.

#### **Dr. Priori:**

Planteando una cuestión final, ¿de qué hablamos cuando nos referimos a la oralidad más allá de proceso oral? La oralidad es una forma de comunicación. ¿Por qué nuestros amigos de Derecho & Sociedad no nos pidieron que hagamos un artículo sobre oralidad? Porque reunarnos a hablar de este tema tiene una riqueza distinta a la que seguramente tendría la que realicemos solo un artículo. Debemos entender que la oralidad y la escritura son dos formas distintas de comunicación, por ello también sus productos serán distintos.

¿Qué es lo mejor? Afortunadamente no hay sistemas puramente orales, pero desgraciadamente si hay sistemas puramente escritos. Creo que lo ideal sería combinar lo mejor de ambos sistemas. ¿Cómo lo hacemos? Eso es lo difícil. Estas reflexiones tienen que tener por finalidad que logremos obtener en un proceso lo mejor de lo escrito y lo mejor de lo oral 📧