

## PERÚ

### RELACIÓN SOBRE LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

JUAN MONROY GÁLVEZ

Abogado. Profesor de la Universidad de Lima (Perú)

#### I. ANTECEDENTES

Desde 1912 hasta mediados de 1993 estuvo vigente en el Perú un Código de Procedimientos Civiles que, a la usanza de casi todos los países latinoamericanos de comienzo del siglo pasado, mantuvo la dependencia legislativa del país que nos y los sojuzgó durante casi tres siglos, España.

Precisamente el modelo a seguir fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, a decir de algunos estudiosos de la época, no mejoró la calidad ni la utilidad de su antecesora, la LEC de 1855.

Se trataba –me refiero a los códigos latinoamericanos- de ordenamientos procesales “desesperadamente escritos” como escribió don Santiago Sentís Melendo, quien fue juez en su Soria natal, aplicando la LEC de 1881 hasta que aciagos acontecimientos lo condujeron a tierras sudamericanas en donde le estaba signado su destino mayor: ser el más importante difusor de los estudios científicos sobre el proceso en nuestras tierras.

El recuerdo es pertinente porque resulta indispensable describir lo que fue el tema probatorio en el Perú desde comienzos del Siglo XX hasta mediados de 1993. La actividad probatoria estaba reservada con exclusividad a las partes<sup>1</sup>, quienes en la práctica no estaban limitadas por ninguna forma de preclusión temporal. Si bien había una estación probatoria establecida para ofrecer pruebas y otra para su actuación, la regulación de “medios probatorios privilegiados”

---

<sup>1</sup> Un hecho que resulta anecdótico es que la Comisión que redactó el Código de 1912, debió enfrentar un vacío en la confección de éste cuando prácticamente había concluido su redacción. Le había quedado sin contenido el artículo 340. A fin de no afectar las concordancias normativas, decidió cubrir este artículo con el que aparecía en la LEC de 1881 con el mismo número y que se conocía con el nombre de “diligencias para mejor proveer”. De allí se extrajo un enunciado normativo que se convirtió en el artículo 340 del Código peruano. (“Los jueces, en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio // Es inapelable el auto en que el juez ordena la prueba de oficio.”). Aunque, claro está, las diferencias eran sustanciales. Para empezar la norma española estaba ubicada no para ser usada en la etapa probatoria sino cuando el juez estaba por sentenciar y, además, no descartaba incorporar la prueba de testigos.

La mejor prueba de que su incorporación fue sólo producto de la necesidad de no afectar el orden de lo ya aprobado es que fue una de las normas menos usadas en los 81 años de vigencia del Código de 1912. Claro, en un sistema probatorio dispositivo el contenido de aquella norma era equiparable a una mosca en la leche o, sería mejor, a una luciérnaga en una noche sin luna.

colocaba a éstos (el medio probatorio documental y la declaración de parte, llamada confesión) fuera de tales limitaciones, pudiendo producirse su actuación cuando el proceso estaba expedito para ser sentenciado inclusive o, lo que es más grave, cuando éste se encontraba en segundo grado.

Además de “medios probatorios privilegiados”, existían también los llamados “medios probatorios plenos”. Éstos se caracterizaban porque forzaban su valoración teniendo como sustento la vinculación normativa a la que estaba sometida el juzgador. Siendo así, una confesión –típica prueba plena- imponía el resultado de un proceso más allá de que el juez pudiera meritar si dicha confesión tenía la calidad de definitiva. Ésta es una manifestación de lo que la doctrina conoce con el nombre de prueba tasada o reglada. Resulta de una obviedad manifiesta afirmar que en sistemas probatorios como el descrito, lo trascendente al momento de diseñar la estrategia procesal consiste en tener claro que de lo que se trata no es acreditar los hechos afirmados, sino sólo conseguir que se actúen los medios probatorios que así lo declaren. No era importante trascender a la realidad de lo ocurrido, sino sólo a actuar medios probatorios que le impongan al juez una “versión formal” de aquello que ocurrió.

En materia de actuación de los medios probatorios se producía una situación perjudicial. Para empezar, los medios probatorios que requerían actuación (en realidad casi todos con excepción de los documentos) se realizaban ante un funcionario del juzgado (nunca ante el juez, salvo que las partes así lo acordaran, lo que en la práctica casi nunca ocurría). Adicionalmente, cada medio probatorio que requería actuación se realizaba en una audiencia que, reitero, era convocada sólo para ese medio. Se advierte que el diseño producía por lo menos dos consecuencias perjudiciales. Por un lado, se prolongaba el proceso no sólo fuera de la etapa probatoria, sino largamente más allá de cualquier criterio para considerar siquiera remotamente la existencia de una duración razonable del proceso y, por otro, se producía una brutal ruptura entre la información que se incorporaba al proceso y la única persona que al final de tal empeño iba a ser la encargada de calificar (valorar) lo que esos medios probatorios actuados ante terceros producían.

## II. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993

En julio de 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil peruano. Con él sus autores pretendieron un cambio sustancial en el sistema procesal que había radicado 81 años en nuestro país. Respecto del tema –el nexo entre la prueba y la oralidad o la escritura- que ahora interesa desarrollar, se tomaron en cuenta por lo menos cuatro principios que se encontraban descritos en su Título Preliminar, concebido éste como una suerte de hoja de ruta del nuevo ordenamiento. Estos principios fueron el de dirección<sup>2</sup>, economía, concentración e intermediación

---

<sup>2</sup> Artículo II del Título Preliminar.- Principios de dirección e impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

procesales<sup>3</sup>. Veamos qué ha significado en la práctica probatoria nacional cada uno de éstos.

a) Como el juez es el director del proceso, los medios probatorios ofrecidos por las partes circunscriben su posibilidad de actuación a la facultad que aquél tiene de considerarlos admisibles. En sede nacional los medios probatorios se ofrecen única y simultáneamente con la presentación de las afirmaciones que se deben probar<sup>4</sup>. Así, si propongo una demanda, debo ofrecer como anexos al escrito que la contiene, los medios probatorios que acreditan los hechos que en ella se afirman<sup>5</sup>; si durante el transcurso del proceso propongo una nulidad de actuados debo adjuntar al escrito de nulidad los medios probatorios que la sostienen. Si ello no ocurriera, el juez declarará improcedentes los medios probatorios ofrecidos posteriormente en tanto se ha afectado el principio de preclusión.

Por cierto, si atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el juez es persuadido de que el medio probatorio no hubiera podido jamás ofrecerse dentro del plazo permitido, podrá permitir su actuación siempre que asegure a la otra parte su derecho a contradecir las preces del medio probatorio que se admite y que posteriormente se actuará<sup>6</sup>.

El juez también puede declarar la improcedencia de algún medio probatorio sea porque el contendiente atacó éste con una oposición o una tacha<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Artículo V. Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.-

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

<sup>4</sup> Artículo 189.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

<sup>5</sup> Artículo. 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá: ...10. Los medios probatorios;

<sup>6</sup> Artículo 429.- Medios probatorios extemporáneos.- Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

De presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

<sup>7</sup> Artículo 300.- Admisibilidad de la tacha y de la oposición.- Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular

fundadas o porque el juez considere que el medio probatorio es inútil, inadmisibles o impertinentes<sup>8</sup>, es decir, porque refiriéndose el tema discutido no se alude a ningún punto controvertido, porque es un medio probatorio prohibido o porque es un medio probatorio no permitido para el proceso específico (porque se presenta una hipótesis de sumaria cognitiva vertical, por ejemplo), respectivamente<sup>9</sup>.

Sin embargo, la decisión de rechazar un medio probatorio por improcedente no es firme, puede ser pasible de impugnación para ser resuelta en segundo grado. Si el auto se confirma, el tema deja de ser relevante, todo queda como está. Sin embargo, si se trata de una cuestión probatoria (tacha u oposición) y habiéndose actuado el medio probatorio cuestionado, el Juez deberá, al momento de resolver, apreciar la eficacia probatoria producida por éste en tanto el segundo grado ha decidido su plena validez y eficacia. En cambio, si la decisión del Juez fue declarar la improcedencia del medio probatorio y este auto es revocado y se ordena su actuación, ésta deberá ocurrir en primer grado si la decisión es conocida por el juez de primer grado antes de que sentencie; pero si la información llega después, la actuación del medio probatorio ocurre en segundo grado sin afectar el orden y la continuidad del proceso<sup>10</sup>. Lo que significa expresado de otra manera, que si un medio probatorio es impugnado a través de una cuestión probatoria (tacha u oposición) igualmente debe ser actuado y el juez deberá esperar la decisión de segundo grado antes de sentenciar. Sin embargo, si el Juez declara improcedente un medio probatorio, este no se actúa y el Juez no necesariamente debe esperar la decisión de segundo grado para sentenciar.

Así se expresa el principio de dirección del proceso por el juzgador en sede probatoria.

b) Al describir los deberes respecto a la estructura postulatoria del proceso, el Código exige a las partes que en su demanda enumeren los hechos que configuran su pretensión<sup>11</sup>. Esta es una exigencia que alcanza al emplazado, quien

---

oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o una inspección judicial.

También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos.

<sup>8</sup> Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez...

<sup>9</sup> Artículo 700.- Contradicción.- El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia...

<sup>10</sup> Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.-...

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes de que expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

<sup>11</sup> Artículo 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;

debe referirse puntualmente a cada uno de los hechos propuestos en la demanda, al punto tal que la ausencia de referencia a un hecho concreto por parte de éste, se presume como una aceptación de su ocurrencia, con la consecuencia que luego describiremos.

Una de las audiencias más importantes del proceso ocurre cuando luego de contestada la demanda y saneado el proceso, el juez convoca a las partes y a sus asesores a fin de que lo ayuden a establecer los puntos controvertidos<sup>12</sup>. El trabajo conjunto tiene sentido porque bien pueden ser menos de los que se propusieron cuando se demandó o cuando se contestó, sea porque las partes asintieron algunos, sea porque otros son puramente de derecho o sea porque a criterio del juez los hechos por dilucidar no son relevantes para decidir la controversia. En cualquier caso, una vez establecidos los puntos controvertidos, el juez decide cuáles de los medios probatorios ofrecidos son admitidos, y es respecto de ellos que se llevará adelante una audiencia, llamada de pruebas.

Esta actividad, destinada a reducir la actuación probatoria a aquello que en estricto corresponda al interés de dilucidar lo que realmente ocurrió, es una manifestación del principio de economía procesal en sus distintas manifestaciones, economía de gasto, tiempo y esfuerzo.

c) Al finalizar la audiencia de fijación de puntos controvertidos, el juez establece en presencia y con conocimiento de las partes y sus asesores - quienes en consecuencia no requerirán ser notificados sino simplemente llevarse copia del acta que contiene la audiencia realizada- el día para la realización de la audiencia en la que se actuarán los medios probatorios que fueron admitidos.<sup>13</sup>

Se trata de una audiencia que es definida como única en el sentido de que es durante su ocurrencia cuando se actúan todos los medios probatorios admitidos<sup>14</sup>. Como se recordará, el proceso peruano había soportado en demasía este rosario de actuaciones probatorias que se producían casi sin solución de continuidad –a razón de una por cada medio probatorio-, lo que producía una prolongación patológica del proceso, esto es, mucho más allá de los límites razonables.

Obviamente la norma reconoce que una audiencia de pruebas puede, por su complejidad, superar los horarios rígidos de un día hábil de la judicatura,

---

<sup>12</sup> Artículo 471.- Audiencia sin conciliación.- De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

<sup>13</sup> Artículo 471.- Audiencia sin conciliación.-

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.

<sup>14</sup> Artículo 206.- Unidad de la audiencia.- La audiencia de pruebas es única y pública. Si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, ésta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible.

precisamente por ello deja establecido que el juez puede decretar la continuación de ésta en fecha próxima, reafirmando así que se trata de un solo acto procesal continuado.

Es tan intenso el interés de no fracturar el procedimiento de acopio de información para el juzgador que va a resolver, que la norma le permite a éste considerar la posibilidad de realizar la audiencia en el lugar que le permita, de la manera más idónea, proveerse de la información más directa y completa<sup>15</sup>. Así por ejemplo, si se tratara de un proceso respecto del área de un bien inmueble, el juez puede ordenar que, habiéndose ofrecido y admitido el medio probatorio de inspección judicial -medio probatorio que en el código derogado se llama inspección ocular como si al juez le estuviera vedado emplear sus otros sentidos-, éste y los demás medios se actúen en el predio en disputa, a fin de que la inspección referida, los testigos, los peritos y todos los otros agentes de la actuación probatoria puedan ser requeridos *in situ* por el juez para proveerle de la información que éste necesita para resolver<sup>16</sup>.

Todo lo descrito constituye la manifestación del principio de concentración procesal en sede probatoria.

d) Finalmente, llegamos a la aplicación probatoria del que tal vez sea el principio más importante acogido en el Código, el de inmediación. La norma estipula que absolutamente ninguna actividad probatoria se realizará sin la presencia del juez<sup>17</sup>. La razón de tal exigencia es de suyo evidente: si el propósito

---

<sup>15</sup> Artículo 205.- Actuación fuera del local del juzgado.- Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer el local del Juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.

Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o sólo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

<sup>16</sup> Artículo 208.- Actuación de pruebas.-...

Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio, junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.

<sup>17</sup> Artículo V del Título Preliminar.- Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar

de las partes o terceros interesados es acreditarle al juez la veracidad de sus afirmaciones o la falsedad de las expresadas por la otra parte, resulta absolutamente absurdo que la actuación de los medios probatorios ocurra en ausencia de aquél a quien se quiere persuadir de lo ocurrido.

Imaginemos una declaración de testigo en el sistema derogado. De su contenido se enteraba el juez varios meses o años después de su ocurrencia, cuando se llevaba el expediente a casa para elaborar la sentencia. Al leer la declaración testimonial cabe la posibilidad de que el Juez hubiera hipotizado que si se le hubiera hecho la pregunta J al deponente su respuesta habría sido determinante para conocer lo que realmente ocurrió. Pero se trata de una hipótesis inverosímil, ni el Juez pudo alguna vez concretarla ni la puede pedir ahora antes de sentenciar.

En el sistema actual la declaración testimonial ocurre ante el Juez, quien, en el momento que mejor considere, puede hacer las preguntas que estime pertinentes para precisar aspectos del *thema decidendum*<sup>18</sup>. Es decir, el sujeto a quien se pretende informar debidamente sobre lo ocurrido no es una esfinge sino una persona de carne y hueso que, además, puede complementar los extremos de la información que las partes han decidido deba tener. Y, por cierto, si para cuando esté el proceso expedito para ser sentenciado, surge la duda sobre las potencialidades probatorias del testigo, el juez está plenamente facultado a hacerlo comparecer nuevamente, con citación a las partes, y así intentar obtener aspectos complementarios de la información necesaria para resolver.

La trascendencia de la audiencia es tal que las partes tienen el deber procesal de concurrir personalmente a su actuación. Sólo se permite la representación respecto de esta audiencia cuando se acredite un hecho grave o justificado<sup>19</sup>. La razón de tal disposición es, sin duda, reforzar y obtener el máximo grado de inmediación que puede estar permitido. El juez debe conocer, de la mejor manera posible, las interioridades del conflicto que va a resolver. Esta es la razón también por la que si las partes no concurren a la audiencia, el juez da

---

las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

<sup>18</sup> Artículo 224.- Actuación.- La declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los artículos 371º y 409º del Código Penal, el Juez preguntará al testigo:

Su nombre, edad ocupación y domicilio;

Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y

Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de algunas de las partes.

<sup>19</sup> Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados.- ...Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte o actuar mediante representante.

por concluido el proceso. Semejante demostración de desinterés no puede tener otra sanción<sup>20</sup>.

Aunque pueda parecer innecesario, dejamos constancia que la presencia del juez en la audiencia de pruebas no es decorativa, está autorizado a extender su interés en conocer los detalles del caso respecto de todos y cada uno de los medios probatorios actuados. Así, por ejemplo, puede examinar al perito y pedirle complemente su información técnica en los aspectos que así lo necesite<sup>21</sup>.

Para el Código peruano es tan indispensable la presencia y actuación del juez durante la audiencia de prueba que si, por ejemplo, ésta se realizara con el juez Pérez el cual unas semanas después es promovido o toma licencia por lo que no va a poder sentenciar el caso, quien lo reemplace, el juez García, está facultado a ordenar que se actúe nuevamente la audiencia si desde su perspectiva el acta que contiene la anterior no satisface su necesidad de conocer el caso como corresponde a alguien que lo va a resolver<sup>22</sup>.

### III. REGRESANDO AL TEMA DE LA RELACIÓN: ORALIDAD O ESCRITURA EN LA ACTUACIÓN PROBATORIA

Expreso lo que sigue con el mayor de los respetos al tema encomendado. En mi opinión la aparente disyuntiva fuerte entre oralidad y escritura es una tesis histórica, lógica y jurídicamente errónea.

No es correspondiente con una reflexión histórica elemental desde que la escritura es una vieja conquista del pensamiento humano que permite fijar la idea de modo tal que el instrumento que la contiene puede consolidar un estado de la información. El animal humano trascendió de la oralidad a la escritura, por lo que, en tal sentido, considerar ambas como situaciones alternativas constituye un dilema artificial. Algún día de hace unos siglos los mandatos jurídicos debieron anunciarse por bandos, el funcionario leía en voz alta en la plaza mayor las normas a ser cumplidas. Ahora se usa el boletín o gaceta oficial. Algún día sólo habrá que ingresar a la página web del emisor. El retorno a los bandos sería una regresión histórica injustificada.

Es también un dilema artificial creer que una necesita la desaparición de la otra para adquirir consistencia y tornarse en rasgo esencial de un sistema procesal. Cuando un proceso se inicia es porque ha habido un conflicto y éste se ha producido, entre otras razones, porque se violó un derecho o porque las partes no tienen acreditada la certeza de cuál es éste. En cualquier caso, aquél se presenta por una elevada dosis de desconfianza que, por cierto, se agravaría si no es posible acreditar instrumentalmente los dichos de los protagonistas. Con lo expresado se

---

<sup>20</sup> Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados.-...Si no concurren ambas partes, el Juez dará por concluido el proceso.

<sup>21</sup> Artículo 208.- Actuación de pruebas.-...Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;...

<sup>22</sup> Artículo 50.- Deberes.-...El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.



acredita que la expresión oral y la escrita cumplen roles importantes, determinantes y complementarios pero en ningún caso excluyentes.

Finalmente, desde una perspectiva procesal el tránsito de la renovada importancia de la oralidad respecto de la escritura es, simple y llanamente, la evolución ideológica de una concepción consolidada en la Edad Moderna según la cual la garantía de una decisión correcta dentro de un proceso judicial estaba dada por la posibilidad de obtener que el juez que debía resolver los casos no se interiorizara del conocimiento material de los hechos ni de los personajes que intervienen en el conflicto, es decir, que mientras más abstracta y genérica fuese la información que él tenía respecto del conflicto contenido en el proceso y de los sujetos involucrados en él, sería mayor la posibilidad de que se obtenga una decisión idónea.

En una concepción así, la escritura cumple una función esencial. En efecto, con la escritura se concreta el objetivo de que el juez no tenga que conocer a los litigantes y tampoco a los testigos de los hechos que acaecieron y, por cierto, mucho menos el lugar donde esto aconteció. El juez sólo debe leer el paquete de hojas cosidas que contienen todo lo afirmado y 'probado' por las partes a lo largo de varios meses y años. Con tal margen de separación de la realidad, el juez no podrá ser afectado por los sentimientos, intereses y otros detritus emocionales que contiene cualquier conflicto de intereses.

Una alternativa a esta concepción consiste en considerar que las posibilidades de que un juez pueda resolver de manera correcta un caso 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 (quiero decir vivenciales) que motivaron el conflicto. Para que esto ocurra, resulta indispensable romper la frontera infranqueable 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 protagonista principal de las actuaciones probatorias.

Esta última es la opción acogida por el Código peruano. Queda claro también que la disquisición, como se advierte, no ha sido optar por la oralidad o por la escritura, sino más bien optar entre la mediación o la inmediatez, esto es, por colocar al juez a cierta distancia de los sucesos procesales o hacerlo partícipe de los más trascendentes.

Con lo expresado, podría afirmar, a manera de conclusión, que el Código peruano de 1993 ha optado en materia probatoria por hacer real todas las bondades que permite la aplicación del principio de inmediatez procesal y, en tal contexto, ha asumido, con carácter preferente, la oralidad pero entendida como la técnica idónea para que la inmediatez irradie por todo el sistema procesal patrio.

**COLOMBIA**  
**LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA**

JAIRO PARRA QUIJANO

Presidente. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

I. PRIMERA PREGUNTA: ¿EN MATERIA PROCESAL CIVIL LAS PRUEBAS SE PRACTICAN EN AUDIENCIA CON LA PRESENCIA DEL JUEZ?

Se puede afirmar que en Colombia las llamadas pruebas personales se practican en audiencia, es decir, el testimonio, el interrogatorio de parte, la prueba pericial, solo en los procesos verbales de mayor y menor cuantía y en el proceso verbal sumario, se practican en audiencia y en el evento que haya objeción al dictamen y se nombre un nuevo perito, también debe rendir su dictamen en audiencia, para los procesos ordinarios y se lo abreviado rinde por escrito.

II. SEGUNDA PREGUNTA: ¿HA SIDO ÚTIL O NO QUE LAS PRUEBAS LLAMADAS PERSONALES SE RECIBAN EN AUDIENCIA?

En principio se puede afirmar que sí, pero eso depende de la preparación y predisposición del juez, la percepción del juez cuando participa en la producción de la prueba debe estar “bajo el yugo de la atención”. La importancia de la atención en la forma que la concebimos, es convencernos que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro consideramos el pensamiento en actitud pasiva, es decir, como una situación (desperdicio de energía), en cambio, si concebimos la percepción (el pensamiento), como acto (empleo de energía), es decir, en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios aportan, estaremos seguros que la memoria trabajando bajo la guía de la imaginación y con la regencia de la razón, le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido e ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio probatorio de una y otra parte; de tal manera, que la valoración será un acto madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino.

Así pues, cuando se hace en la forma señalada la valoración, la crítica de la prueba será un resultado que se logra con mayor facilidad y con mayores posibilidades de acierto, distinto a si la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente (a través de actas), o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción como ya se dijo, bajo el yugo de la atención (confiado en las actas o en las grabaciones). La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba (por ejemplo: el juez retiene las contradicciones en que incurrió el testigo). El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionado con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos. He aquí La verdadera importancia de la inmediatez.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá. 2006. p. 719.

Pero se debe tener mucha claridad como lo ha escrito Lacoviello: “La Oralidad Inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”.<sup>24</sup> El juez con el viático de la racionalidad debe captar lo que se narra, pensando que después debe justificar el valor que le asigne a cada prueba y emprender un estudio en conjunto de todos los medios probatorios<sup>25</sup>.

Estrechamente relacionado con la intermediación se encuentra la concentración<sup>26</sup>.

Esta supone que en una sola audiencia se practiquen todas las pruebas o en audiencias inmediatamente seguidas y que sean muy próximas al pronunciamiento de la sentencia.

Esto último es axial, no se logra nada si se practican las pruebas y después de mucho tiempo se profiere el fallo. Ya lo decía Chiovenda:<sup>27</sup> “... puesto que cuanto más próximas a la decisión del juez son las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida por este se borre y que la memoria lo engañe; y tanto más fácil resulta mantener la identidad del juez, que en cambio en un largo período puede fácilmente cambiar, por traslado, defunción, enfermedad, ascenso, retiro”.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Cita tomada de Perfecto Andrés Ibáñez. *Sobre el Valor de la Inmediación (Una aproximación crítica)*.

LACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazioni*, Guiffré, Milano, 1997, p. 151.

<sup>25</sup> Quizá más que en cualquier otro proceso, en la participación de la práctica de las pruebas, el juez debe entender que no es por contacto o por proximidad que logrará después valorar la prueba, porque esa misión no la cumple la Inmediación, sino el estudio racional de los medios de prueba. Valga la siguiente cita: “Platón al comienzo del Banquete, cuando uno de los asistentes a la reunión (Agatón), desea hacerse cerca de Sócrates, creyendo que la proximidad le puede ayudar a entender las cosas de que habla, hace decir a Sócrates lo siguiente: Ojala Agatón que la sabiduría fuese una cosa que pudiese pasar de un espíritu a otro, cuando dos hombres están en contacto, como corre el agua por medio de una mecha de lana, de una copa llena a una vacía”.

<sup>26</sup> Cuando su número, naturaleza o complejidad lo hagan necesario, el juez señalará de una vez fechas continuas inmediatas para las audiencias y diligencias que deban practicarse con el fin de que haya mayor concentración de ellas. En los casos indicados cada audiencia o diligencia tendrá una duración mínima de tres horas, salvo que antes se agote el objeto de la misma.

“Cuando no sea posible concluir la diligencia o audiencia el mismo día de su iniciación, el juez deberá antes de cerrar la audiencia señalar la fecha más próxima para continuarla”. (Artículo 110 del Código de Procedimiento Civil Colombiano).

<sup>27</sup> CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana. Tomo II, Instituto Editorial Reus. Pág. 143-160.

<sup>28</sup> En el Teeteto o de la ciencia, dice PLATÓN: “Sócrates afirmaremos naturalmente que este es un don de la madre de las musas, Mnemosyne, ya que

En el caso de Colombia no resulta eficaz que las pruebas personales como ya ha quedado consignado se practiquen en audiencia, si la sentencia se profiere mucho tiempo después, como sucede en Colombia, el juez no recordará como dice Platón “desde su propio interior y de por sí”, sino que tendrá que recurrir a las grabaciones y a las actas, y como consecuencia, la Inmediación quedó convertida en un simple ritualismo sin ninguna utilidad.

III. TERCERA PREGUNTA: ¿ES ACONSEJABLE ESA MIXTURA DE RECEPCIONAR UNAS PRUEBAS EN AUDIENCIA Y OTRAS NO, TENIENDO EN CUENTA LA DURACIÓN DEL PROCESO?

Consideramos que no, no solamente por las razones ya explicadas, sino además, porque la audiencia para practicar las pruebas que lo deben ser por ese método pierde prestigio y el funcionario tendrá desgano, porque sabe que mucho tiempo después tendrá que razonarla y prefiere inclusive que los subalternos sean quienes reciban las pruebas, porque le hacen perder tiempo. Se debe afirmar o hay audiencia concentrada para realizar todos los actos de prueba e inmediatamente los alegatos y la sentencia, o es preferible mantener el sistema escrito.

IV. CUARTA: ¿DEBE O NO PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN AUDIENCIA?

Creemos que por regla general sí. La prueba pericial es uno de los grandes problemas que tiene Colombia en materia civil y sostenemos que en todo nuestro continente. El perito es designado por el juez de una lista elaborada previamente. Con el sistema escrito nunca el juez se entera si realmente los peritos saben o no saben la materia sobre la cual rinden el dictamen. Esto en los procesos ordinarios de mayor o menor cuantía, en los abreviados. El procedimiento que se tiene establecido es el siguiente: el dictamen se rinde por escrito. Del escrito se corre traslado a la otra parte por el término de tres días. Dentro de ese término se puede solicitar que el dictamen se complemente o aclare, u objetarlo por error grave. Dentro del trámite de la objeción se puede solicitar que se practique un nuevo dictamen pericial. Con este trámite nunca el juez tiene Inmediación con los peritos, se queda realmente sin saber si ellos saben o no, si fue que otra persona les hizo el dictamen, etc.

Este es realmente un problema grave, para solucionarlo sea que los peritos sean designados por el juzgador (el juez) o que sean peritos de parte, es practicarla en audiencia y si hay objeción se resuelva igualmente en ella. Con este método el juez se enterará si efectivamente los peritos saben o no saben y además, podrá

---

para esto cuando deseamos recordar de todo lo que hemos visto, escuchado o pensado, viene a modelarse en nosotros, como señal de anillo que imprimiésemos en nuestro ser, en esa cera que ofrecemos a las sensaciones y a los pensamientos. Lo que se imprima en nosotros, eso sí podrá ser recordado y conocido mientras persista su imagen; en cambio, lo que se borre o no logre una buena impresión, eso será olvidado y ya desconocido en adelante”.

FREUD introduce la metáfora del “Block Maravilloso” y concibe la memoria en actividad trabajando, sobre todo cuando dice: “En tanto que el sistema se mantiene investido de energía psíquica recibe las percepciones acompañadas de conciencia y transmite el estímulo a los sistemas anémicos inconscientes. Pero cuando la carga de energía psíquica es retraída de él, se apaga la conciencia y cesa la función del sistema”.

tener en cuenta para valorarla: ¿Cuál fue el método que se empleó? ¿Por qué ese método y no otro? ¿Qué clase de ayudas se utilizaron para tal efecto? ¿Cómo respondió el perito: con seguridad o con dudas?, porque esto le indicará o que el método que empleó el perito no arroja resultados seguros o que él no sabe bien la materia. Se puede saber si lo conceptuado por el perito tiene probabilidades de certeza o simplemente es una posibilidad, etc.