



La oralidad civil y su agenda pendiente, desde elementos no jurídicos inadvertidos hasta medios probatorios en crisis

Civil orality and its pending agenda, from unnoticed non-legal elements to evidence in crisis

DOI: <https://doi.org/10.30973/DyG/2024.3.5/26>

Javier Jiménez Vivas

UNFV Perú

ORCID: [0000-0001-7972-2804](https://orcid.org/0000-0001-7972-2804)

Correo electrónico: jimenez.javier@puccp.pe

Fecha de recepción: 06 de 07 de 2024

Fecha de aceptación: 08 de 10 de 2024

Disponible en línea: 28 de 12 de 2024

Este es un artículo en acceso abierto que se distribuye de acuerdo a los términos de la licencia



Creative Commons.

Reconocimiento-No
Comercial-Compartir Igual
4.0 Intenacional (CC BY-NC-SA 4.0)



RESUMEN

Varios de nuestros países viven una reforma de sus procesos civiles, caracterizada por reivindicar la oralidad frente a la escritura, y por salir adelante frente a diversas dificultades. Sin embargo, la reforma no considera el origen de sus conceptos más básicos, y no aprovecha las ventajas ni advierte los riesgos que otras disciplinas informan. Además, la reforma importa un replanteo de principios procedimentales —entre los que destaca la inmediatez— con los cuales busca obtener mejor información para resolver, con más énfasis en dos tipos de medios probatorios: las declaraciones de personas (testigos y partes) y los documentos. Frente a las declaraciones, la reforma no considera que, moderna doctrina del derecho y diversos estudios interdisciplinarios cuestionan seriamente a la memoria de las personas, y explican su inexactitud y poca fiabilidad, debido a la amplia serie de elementos que pueden invalidarla. De otro lado, la reforma no advierte que los documentos continúan desempeñando su rol sobre preceptos de la doctrina clásica, antiguos y cuestionados por las tecnologías del siglo XX, así como superados por



las modernas tecnologías del siglo XXI, y en especial por la variedad de documentos y por los nuevos paradigmas que traen estas. Se detalla el caso de la inteligencia artificial. Finalmente, se indica que la reforma procesal debe plasmarse en normas de rango legal, sustentadas en específicas normas de tratados internacionales.

PALABRAS CLAVE: escritura, oralidad, declaración de personas, documentos, transformación digital.

ABSTRACT

Several of our countries are experiencing a reform of their civil processes, characterized by vindicating orality over writing, and by moving forward in the face of various difficulties. However, the reform does not consider the origin of its most basic concepts, and does not take advantage of the advantages or warn of the risks that other disciplines report. In addition, the reform involves a rethinking of procedural principles among which immediacy stands out with which it seeks to obtain better information to resolve, with more emphasis on two types of evidence: the statements of people (witnesses and parties) and the documents. The declarations, the reform does not consider that modern legal doctrine and various interdisciplinary studies seriously question people's memory and explain its inaccuracy and unreliability, due to the wide series of element that can invalidate it. On the other hand, the reform does not notice that documents continue to play their role on precepts of classical doctrine, ancient and questioned by the technology of the 20th century, as well as surpassed by the modern technology of the 21st century, and especially by the variety of documents and by the new paradigms that those brings. The case of artificial intelligence is detailed. Finally, it is indicated that the procedural reform must be reflected in norms of legal status, supported by specific norms of international treaties.

KEYWORDS: Writting, orality, declaration of people, documents, digital transformation.

I. IDEAS PRELIMINARES

La reforma del proceso civil avanza como una nueva propuesta de justicia para los pueblos, como un camino que involucra a distintos profesionales del derecho, quienes esperan construir una nueva jurisdicción civil, con una agenda pendiente no siempre advertida, con ventajas por ello no aprovechadas, y con riesgos por lo mismo no evitados. ¿Cuál es esa agenda y de qué está compuesta?

La reforma del proceso civil avanza atendiendo una agenda plural en medio de un escenario no siempre favorable. Elementos de logística, decisiones de reorganización, asignaciones económicas y, sobre todo, aspectos jurídico-procesales constituyen su horizonte; en medio de un escenario con muchas dificultades, a las que enfrenta con el esfuerzo, el sacrificio y la experiencia de sus equipos de trabajo. Sin embargo, hay una agenda que parece no observar, que compromete su camino y su futuro: una agenda social, temporal, conceptual y tecnológica.

Todo servicio público –como el de justicia– está dirigido a atender a la sociedad. Toda innovación introducida en la prestación de un servicio público -como una reforma procesal- se inspira y sirve a dicha sociedad. Pero el tiempo transcurre, nuevos conceptos afloran, la ciencia avanza, nuevas tecnologías emergen y, como consecuencia, la sociedad se transforma. Frente a ello, la reforma de la oralidad civil no reflexiona acerca de los orígenes de sus nociones básicas, no se forja sobre nuevos conceptos y se nutre solo parcialmente de las nuevas tecnologías.

La reforma mide variables organizacionales, no mide variables sociales. La oralidad civil plantea novedades procedimentales, pero acompaña su camino con algunos conceptos y esquemas antiguos ya superados por el mismo derecho. Las secciones estatales competentes utilizan algunas modernas tecnologías, sin advertir el impacto del conjunto de estas. La reforma prosigue sin apreciar las potencialidades por aprovechar y los riesgos por evitar, provenientes de otros campos del conocimiento. ¿Qué podemos hacer?

El presente trabajo tiene por finalidad la exposición de las primeras ideas, las más básicas, que permitan sustentar la construcción de una agenda pendiente en el avance de la reforma del proceso civil. Si bien en algún punto partimos del caso peruano o ejemplificamos con este, nuestro esfuerzo apunta a toda la reforma, común a varios ordena-

mientos jurídicos de nuestros países. Nuestro compromiso profesional y personal con el éxito futuro y sostenido del servicio de justicia nos inspira. Empecemos entonces.

II. ORALIDAD Y ESCRITURA: DOS CONCEPTOS NO JURÍDICOS

La función jurisdiccional es una de las principales que cumplen los estados ante las sociedades que representan. El servicio de justicia sirve a personas dentro de sus relaciones sociales, se cumple ante la sociedad. Por ello, no debe prestarse sólo a partir de valoraciones jurídicas de abogados y jueces o de consideraciones logísticas de la administración judicial.

La oralidad y la escritura son formas de comunicación, más exactamente de comunicación de las personas dentro sus respectivas sociedades, a través de la historia. Los teóricos primero, los legisladores después, así como los jueces a su turno hemos tomado tales conceptos, y lo hemos hecho sin advertir ni valorar todos sus componentes comunicacionales, es decir, desaprovechando las oportunidades que estos aportan al derecho, como también sin identificar los desafíos que guardan dentro de sí.

La comunicación es una disciplina que se erige sobre variables sociales, antropológicas, psicológicas, económicas y otras, que coexisten, que convergen, se alejan o corren paralelas. La oralidad y la escritura son realidades que forman parte de un universo metajurídico, con sus propias características y una serie de elementos, imposibles de ignorar por quien pretenda aplicarlas con mediano éxito en otro campo de la ciencia o del conocimiento.

Para utilizar en el derecho las categorías de oralidad y escritura, se hace necesario empezar advirtiéndolo que, muchos de los problemas que estas encuentran en el derecho tienen su punto inicial en el olvido de su origen, en el abrazo de una especialización apurada y desordenada, como en la no consideración del pensamiento complejo. Pareciese que los abogados buscásemos en el derecho todas las soluciones, como si todas nuestras imágenes, nuestras ideas, nuestras nociones y los problemas que debemos enfrentar tuviesen un origen jurídico. Grave y secular error.

Frente a la reforma del proceso civil, son varios los autores que se han referido a la oralidad y/o la escritura como conceptos de las comunicaciones. Uno se ha referido a “la palabra expresada verbalmente” y al “discurso hablado” en relación a la oralidad (Giabardo, 2021, p. 23); otro ha calificado a la oralidad como un “mecanismo de

comunicación dialéctica” y como el “mecanismo de comunicación más adecuado” (Gutiérrez y Reyna, 2021, pp. 135 y 136). También se le ha calificado como el “mejor mecanismo para la comunicación de las personas (Torres, 2021, p. 227), como “un proceso comunicativo” (Sánchez, 2021, p. 582), y se ha atribuido al juez una “función de comunicador” (Polanco, 2020, p. 175). El acierto de los autores citados, sin embargo, aún no ha sido seguido del análisis interdisciplinario que enriquezca más la aplicación de tales conceptos a la reforma procesal.

Al respecto, un estudio peruano sobre la relación entre la oralidad y la escritura, nos indica que las investigaciones sobre tal relación son diversas y han procedido de distintas disciplinas como la filología, la sociología, la psicolingüística, la antropología y las comunicaciones (Núñez, 2015, p. 9). Brota de aquel estudio, que el derecho no figura entre los campos del conocimiento interesados en estudiar los vínculos entre oralidad y escritura, lo que se contradice con los amplios desarrollos procesales efectuado con tales conceptos.

Al respecto, son dos las corrientes de estudios sobre las culturas orales y escritas, o más precisamente, acerca de la relación y diferencia entre oralidad y escritura. La primera agrupa a las teorías de la denominada “gran división”, mientras la segunda está formada por los llamados “nuevos estudios de literacidad” (Núñez, 2015, p. 10). Una mínima introducción al tema, nos ilustrará acerca de temas tan cercanos a nuestra práctica jurídica como ignorados por esta. Sigamos.

Según las teorías de la gran división, las culturas orales se caracterizan como auditivas, no permanentes, rítmicas, presentistas, participativas, espontáneas, colectivas y contextualizadas. Frente a ello, las culturas escritas son visuales, permanentes, ordenadas, objetivas, abstractas, individualistas y descontextualizadas (Núñez, 2015, pp. 10-11). Estas diferencias culturales han nutrido y formado las nociones y la práctica de la oralidad y de la escritura dentro de nuestras sociedades.

La oralidad y la escritura han sido enfrentadas y contrapuestas, pese a lo cual han continuado interrelacionándose al interior de nuestras sociedades. Ambas permanecen juntas formando una relación de tensión creativa recíproca, que se expresa a través de dos dimensiones. Según la primera, de tipo histórico, la tradición oral ha sido anterior, y de esta ha surgido la escritura. Conforme a la segunda, que podemos llamar contemporánea, la escritura muestra una superposición respecto de la oralidad (Havelock, 1998, pp. 25-26).

En el derecho, al momento de estructurar nuestros modelos procesales, nunca hemos considerado las relaciones existentes entre escritura y oralidad al interior de la sociedad, pese a ser la destinataria del servicio de justicia. Cuando esa falta de consideración prosigue, la jurisdicción se aleja de la población a la que sirve.

La aludida tensión entre oralidad y escritura tiene una característica central: la apariencia de que a veces favorece la restauración de la oralidad, y que luego prefiere su reemplazo por la escritura (Havelock, 1998, p. 26). Este movimiento de péndulo también lo hemos vivido en la historia del proceso civil, sobre el cual podemos afirmar que ha transitado de una etapa de oralidad recogida en el Código de Hannover de 1850 y en la Ordenanza Alemana de 1877, a una moderación en la Ordenanza de Enjuiciamiento Civil austríaca de 1895 (Mejía, 2018, p. 105), luego a una prevalencia de la escritura, que hemos vivido en Perú e Iberoamérica hasta fines del siglo XX, para retomar el camino de la oralidad con posterioridad.

Lo cierto es que los distintos estudios sobre oralidad y escritura muestran que esta enriquece a la primera, pero que carece de su expresividad, que ninguna reemplaza a la otra, sino que coexisten; relación que dependerá de las características de la cultura que adquiere la escritura. Al respecto, la existencia de una diversidad de culturas en un país, marca la existencia de distintos procesos de tránsito de la oralidad hacia la escritura. El estudio de lo anterior y del estado contemporáneo de la relación entre oralidad y escritura resulta indispensable para llevar adelante los estudios teóricos y prácticos sobre otras realidades (Núñez, 2015, pp. 13-14) como aquella jurídica, por ejemplo.

En su país, ¿se han realizado estudios acerca de la actual relación entre los elementos de cultura oral y de cultura escrita como auxilio de alguna reforma procesal?

El estudio del fenómeno comunicacional asociado a la oralidad y escritura es necesario, más aún si los cambios que se producen en su interrelación han afectado a las formas culturales y a las actividades humanas, tanto en el ámbito psicológico, como en las prácticas sociales e institucionales. En cuanto a esto último, por ejemplo, la introducción de la escritura cambió los sistemas legales y jurisdiccionales. Hasta el siglo XII las demandas se presentaban en forma oral, pero en los siglos XII y XIII los documentos escritos comenzaron a reemplazar la memoria oral y el testimonio oral (Olson, 1998, pp. 203-207).

En aquella oportunidad, la escritura llegó y transformó las organizaciones existentes, el pensamiento, la forma de comunicar, la manera de tomar de decisiones, las

relaciones sociales, así como el ejercicio de la jurisdicción. Las sociedades han visto posteriores transformaciones en su historia. Actualmente estamos inmersos en un redireccionamiento hacia una preferente aplicación de principios de procedimiento favorables a la oralidad. También se están produciendo similares cambios, sin embargo, no identificamos ni valoramos las consecuencias de esa tendencia en nuestra sociedad, no sabemos cuales son los efectos que la irrupción de la oralidad en el proceso civil genera en nuestras sociedades. El jurista se ha acostumbrado a construir y valorar todo sólo a través del lente de sus conceptos sustanciales y procesales.

La oralidad civil ha sido la opción de la mayoría de procesalistas iberoamericanos y un planteamiento de los propios jueces (Bustamante, R. y Angulo, D., 2020, pp. 22 y 25), pero debe ser mucho más. En su implementación la sociedad no ha jugado un rol, pese a que el servicio de justicia se presta a esa sociedad, pese a todas las facetas de oralidad y escritura que esta vivencia, desconocidas por el derecho.

El futuro y el éxito de la oralidad civil requerirá de visiones (teorías, experiencias, etc.), investigaciones (mediciones de experiencia de usuario, de experiencia de uso de interfaz, etc.) y desarrollos (gestión de canales y de contenidos comunicacionales) de tipo interdisciplinario. A propósito, la interdisciplinariedad es una megatendencia del siglo XXI que el derecho y los sistemas de justicia deben estar en la capacidad de utilizar.

Para empezar y enfrentar esos retos será importante conocer lo que ocurre en la sociedad, de recoger la información que su dinámica ofrece. En otra ocasión hemos indicado que la corporativización de juzgados ofrece una oportunidad. Los grupos de juzgados comprometidos con la oralidad civil reunidos en sedes o módulos corporativos son un espacio para la introducción de novedades e innovaciones tecnológicas, pero también una zona de contacto con la población, y por ende sirven para leer el entorno, la situación y circunstancias de los usuarios del servicio de justicia, distintas en cada lugar —dentro de variables geográficas, culturales, de acceso, de servicios, incluso idiomática— que nos permitan realizar las necesarias adecuaciones y ajustes según tales variables (Jiménez, 2020, 198).

No se trata de detenernos a señalar o reflexionar acerca de tan variada realidad, sino de aprehenderla con enfoque interdisciplinario, para luego poder seguirla y gestionarla, dentro de una lógica de generación de valor público. Todo esto constituye parte de la agenda pendiente de nuestra reforma.

III. LA MEMORIA COMO FRÁGIL SOSTÉN DE LAS DECLARACIONES DE PERSONAS

Uno de los fines del modelo de oralidad es que el juez obtenga mejor información en las audiencias a partir de la práctica del principio de inmediación. En efecto, la inmediación es vista como un principio intrínsecamente ligado a dicho modelo, que permite al juez contactar con las partes sin intermediarios (Tapia, 2021, p. 164). El primer medio probatorio sobre el cual se aplica la inmediación son las declaraciones de personas, pero ¿las declaraciones de testigos y de las partes en verdad ofrecen mejor información al juez? Pensamos que no, por los siguientes fundamentos.

La declaración de personas es un medio probatorio presente en las legislaciones procesales. Se trate de los testigos o de las partes procesales, sus declaraciones son fuentes de información tan clásicas como incuestionadas. El modelo procesal de oralidad sigue esa línea. Así, por ejemplo, en Perú, el examen y el contraexamen reciben atento desarrollo (Polanco, 2020, pp. 194-196), se consideran detalles acerca de las técnicas del interrogatorio y del contrainterrogatorio (Urquiza, 2021, pp. 517-521), entre otros comentarios en ese sentido.

Pero ¿por qué son tan importantes las declaraciones de las personas? El fundamento de la declaración de personas como medio probatorio es la consideración de que las personas dicen la verdad, o al menos, que están en la capacidad de relatar algo cercano a esta. Sea que nos encontremos en un sistema procesal civil destinado a buscar la verdad material, o en otro dirigido solo a resolver conflictos mediante una verdad formal, la obtención de una mayor cercanía a la verdad sirve para legitimar al ordenamiento jurídico, a las funciones del juzgador y para plasmar una mejor explicación de lo que se decida¹.

Sin embargo, en un proceso judicial, para llegar a algún punto de aproximación a la verdad, las personas tienen que recordar lo ocurrido, aquello respecto de lo cual declaran. Así, la confianza en la memoria de las personas es la premisa de la subsistencia de su declaración. La memoria es vista como algo fijo e invariable². Pero ¿cuánto sabemos acerca de la memoria?, ¿es un objeto realmente confiable?

1 Lo anterior no es válido para un proceso civil que gire en torno a la convicción subjetiva del juez, sino para uno concebido sobre la obtención de la verdad a partir de la actividad probatoria. Más acerca del tema en De Paula: La prueba testifical, 2019, pp. 27-37.

2 Acerca de la consideración de la memoria como algo fijo e invariable —respecto de la declaración de testigos—, véase Loftus y Ketchman: Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables, 1991, p. 50.

La memoria es vista normalmente como una función de nuestro cerebro, como una actividad que caracteriza nuestra existencia, como un conjunto de recuerdos que nos acompañan de manera más o menos estable, como contenidos que se fijan de manera más o menos duradera y de forma más o menos segura en nuestra mente. Las pruebas de declaración de personas se sustentan en esa función, son llamados a esa actividad, son convocatorias a ese conjunto de recuerdos y la esperanza de acceder a los contenidos fijados. Sin embargo, la visión de la memoria que tiene el derecho es corta. Otras ciencias nos ilustran mucho más.

Existe un ámbito científico conocido como neurociencias, el cual está formado por la psicología social, la psicología clínica y la neurología. Actualmente, estas neurociencias aceptan que los principios de codificación de la memoria atañen al hipocampo y a áreas cercanas, mientras la función visual está relacionada con varias áreas localizadas en el lóbulo occipital, mientras los procesos de la atención se localizan predominantemente en los lóbulos frontales (Mazzoni, 2019, p. 18).

El hipocampo es el centro de la memoria, entre otras funciones que cumple, y se ubica uno en el hemisferio derecho y otro en el hemisferio izquierdo del cerebro, cada uno dentro del lóbulo temporal respectivo. El sentido de la vista se sostiene en los lóbulos occipitales, situados en la parte posterior del cráneo. En cuanto a la atención, los lóbulos frontales gobiernan la parte delantera de aquel. Así, la memoria y dos de sus principales suministros de información están orgánicamente separados. Esto es solo el comienzo.

La psicología científica ha mostrado a lo largo de varias décadas que la memoria está lejos de ser perfecta, tanto aquí que se encuentra limitada por innumerables factores que la distorsionan, los cuales provocan errores no intencionados y generan falsos recuerdos. Los errores pueden ser por omisión, cuando faltan detalles importantes en lo que se relata sobre un hecho, o por comisión, en los casos en que la persona que declara introduce información falsa, sea deliberadamente, a partir de información recibida después del suceso, por no distinguir entre realidad y fantasía, o como consecuencia de inferencias erróneas (Manzanero y González, 2013, 25).

En cuanto a los factores capaces de distorsionar a la memoria, estos pueden estar asociados al suceso, al individuo o al sistema. Entre los factores del suceso tenemos a las condiciones perceptivas, consistentes en las dificultades para ver o escuchar algo, motivos por los cuales no será posible efectuar un relato completo y exacto del evento (Manzanero y González, 2013, 26). Algunos elementos que complican la percepción

visual -por ejemplo- son la luz, sus cambios, los colores, la velocidad, la distancia, la duración del suceso, la edad de la persona, el estrés e, incluso, la ingesta de alcohol y otras sustancias (De Paula, 2019, pp. 117-129).

Otras condiciones de la percepción que complican a la memoria son la información especial que se tiene respecto del suceso, sea porque se trate de una de tipo central, más importante, o sólo periférica. También está la familiaridad o mayor conocimiento de aquello que se memoriza, pues en ese caso será más fácil organizar la memoria e interrelacionar los recuerdos (Manzanero y González, 2013, 26-29 y 31-32).

Los factores asociados al individuo son un conjunto de variables, capaces de lograr que dos sujetos que han presenciado un mismo hecho, se refieran a este con descripciones totalmente distintas. Aquí tenemos al sexo, a la edad, a los estereotipos, a la ansiedad, a la implicación y a las drogas (Manzanero y González, 2013, 32). Estamos ante variables de tipo personal, social, biológico y/o psicológico capaces de forjar distintas percepciones ante un mismo hecho.

En cuanto a los factores relacionados al sistema tenemos a la demora y la recuperación múltiple. Respecto de la demora, las curvas de olvido son distintas según pase más tiempo desde que hemos presenciado o aprendido algo, o según se olvide mucha información al principio y menos en intervalos de tiempo mayores. De otro lado, la recuperación múltiple se produce cuando el repetido pensamiento y recuerdo de un hecho, cada vez va transformando a este, mediante la incorporación de datos y la reinterpretación de los ya existentes (Manzanero y González, 2013, 39-40).

Muchas personas creen que el único problema de la memoria está en el olvido. La idea general que está detrás sería la consideración de que, todos los acontecimientos quedan grabados en un almacén de huellas, y que la principal dificultad sería reproducir tal grabación, con el deterioro de los recuerdos por el transcurso del tiempo. Sin embargo, el desvanecimiento de la memoria puede ser gradual, con el recuerdo fragmentario de un suceso, e incluso total, sin retazos del hecho sino más bien sin rastros de este (Diges, 2016, 91).

Ya en sede procesal, el contenido de la declaración de una persona depende de la interacción entre el contenido de su memoria y los procesos de decisión relativos a lo que la persona trata de relatar. Esta dinámica ofrece tres posibilidades. La primera es que la persona recuerde muchas cosas y que decida relatarlas. La segunda es que la persona recuerda poco o nada y, por ende, nada relate. La tercera es que la persona

recuerde diversos elementos del suceso, pero decide callar y decir cosas distintas. Esta tercera situación la conocemos con el nombre de mentira (Mazzoni, 2010, 16-17).

Se han realizado experimentos que demuestran cómo las personas incorporan detalles falsos, lo que ocurre porque el cerebro aborrece el vacío. El objetivo de la memoria es proporcionar a las personas una historia coherente de los acontecimientos, y si la información es incompleta, el cerebro hará lo necesario para inventar la que falta, cumpliendo con lo requerido e, incluso, generando falsos recuerdos. La memoria no es un registro de la realidad, sino la experiencia de una persona acerca de la esta. Todo ello hace posible que algunas personas recuerden hechos que nunca ocurrieron (Molina, 2013, pp. 68-70).

No somos conscientes de que la mente distorsiona las experiencias pasadas en la mayoría de los casos. Somos víctimas inocentes de las manipulaciones de nuestra mente. Los detalles erróneos de esta no son consecuencia de una mala memoria, sino que responden al funcionamiento normal de la memoria humana (Loftus y Ketcham, 1991, pp. 49 y 51). En realidad, la memoria es un fenómeno muy complejo, además de muy falible; demasiado como para estimar que, en una audiencia, un juez con habilidades de intermediación pueda comprenderla y aprovecharla, o que sea capaz de evadir todas las dificultades que aquella ofrezca.

Antes de terminar esta parte cabe efectuar dos precisiones. De acuerdo a la primera, las citas efectuadas en este acápite no son doctrina u opiniones de autores de otras disciplinas, son el resultado de su análisis y de investigaciones en su acercamiento al derecho, en las cuales no ahondamos para no extender este texto. Según la segunda, en esta oportunidad no hemos analizado a la mentira (apenas referida tres párrafos atrás), la cual aporta otra complejidad en contra del funcionamiento de la memoria, de la exteriorización de la información, y que compromete aún más la fiabilidad de las declaraciones de partes y testigos como medio probatorio.

La reforma procesal civil y su renovada oralidad han elegido a las audiencias como su escenario ideal, en la cuales su búsqueda de mejor información para resolver se concentra en las declaraciones de personas. El esfuerzo desplegado no ha sido nutrido de las ideas antes expresadas, pese a ser temporalmente contemporáneas e incluso anteriores a la reforma. Su consideración constituye agenda pendiente para el modelo. Pero la búsqueda de información más óptima también apunta a los medios probatorios documentales, los cuales ofrecen otra problemática, evidente pero tampoco advertida.

IV. TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DOCUMENTALES

¿Cuáles son los principios y conceptos en los cuales se sustenta la teoría y la legislación sobre los medios probatorios documentales? Muchas de las teorías que sustentan el trabajo con los documentos en nuestros ordenamientos jurídicos parten de las ideas aportadas por la doctrina procesal italiana de primera mitad del siglo XX, sobre todo por Chiovenda y Carnelutti, para la cual, el documento era aquel escrito en papel. Esta doctrina surgió cuando no existían las tecnologías que hoy utilizamos (De Paula, 2022, p. 154).

En la relación de la evolución de la doctrina clásica con la tecnología podemos identificar dos años importantes. Uno es 1936, en el cual la cámara fotográfica Leica I cumplía once años y, con ella, la tecnología de la fotografía se había difundido. En aquel entonces, Carnelutti utilizaba el concepto de documentos directos para referirse, por ejemplo, a la fotografía, y afirmaba que para el empleo de estos documentos también servía la analogía de las disposiciones que la ley dicta para la escritura. El otro año es 1990, alrededor del cual aparecieron los documentos generados por herramientas de la tecnología de la informática. La doctrina reaccionó y diferenció los documentos con soporte en papel, de aquellos que no lo tenían y eran producidos por la nueva tecnología (De Paula, 2022, p. 138).

En ambas circunstancias se repitieron dos patrones. El primero fue el surgimiento y la difusión de nuevas tecnologías, fenómenos que produjeron nuevos tipos de documentos. Tanto las tecnologías como sus documentos diferían mucho de aquellas que daban forma a los documentos que justificaban la doctrina clásica, y salían completamente de su esquema. El segundo hecho fue que la doctrina clásica integró los nuevos tipos de documentos en su contenido, sin replantear sus propios lineamientos, sin evolucionar, sin retroinformarse de la realidad.

Posteriormente ambos sucesos se han intensificado. La tecnología ha ingresado en el siglo XXI a la etapa de transformación digital, otros documentos han hecho su aparición, pero la doctrina clásica sigue vigente en los estudios de derecho, en nuestras normas y prácticas, pero más aún en nuestra forma de pensar e interpretar. Y la reforma de la oralidad civil ha introducido diversas novedades, sin cuestionar tradicionales conceptos, sin advertir que los documentos como medio probatorio están en crisis.

Pero, ¿cómo identificamos hoy a la doctrina clásica? La respuesta puede ser brindada en términos generales y específicos. La primera se dirige a las ideas aplicables a todos los medios probatorios, que alcanzan a los de tipo documental; mientras la segunda aborda a las nociones propias de los documentos. Veamos.

En palabras generales, la doctrina clásica considera que los medios de prueba son directos o indirectos. Entre los primeros encontramos a los documentos, juntos a las declaraciones de personas, las inspecciones o las pericias. En el segundo grupo están los sucedáneos, o conjunto de medios que auxilian, completan y/o precisan a los medios directos en el logro de sus fines. Medios indirectos son los indicios, las presunciones y las ficciones.

También en términos generales, identificamos a la doctrina clásica cuando los medios probatorios son clasificados en típicos y atípicos o según criterio similar. Así, mientras se enumeran como medios típicos a aquellos de tipo directo, se consideran como atípicos, básicamente, a los medios probatorios emanados de una tecnología posterior al surgimiento de la doctrina clásica, para los cuales, en principio, no se dispone la aplicación de reglas propias, sino el empleo de los criterios que dicha doctrina ha formado para los medios típicos.

En el Código Procesal Civil peruano, por ejemplo, el artículo 192 señala que son medios probatorios típicos la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial. Seguidamente, el artículo 193 indica que los medios probatorios atípicos:

(...) son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. (...) se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

De manera específica para los medios de prueba documentales, la doctrina clásica asoma detrás del paradigma del documento escrito, es decir, de la visión del documento como aquel plasmado en soporte de papel. Como ejemplo, vamos a citar algunas normas del Código Procesal Civil peruano, reguladoras de la materia. Donde usted encuentre dispositivos semejantes, sin duda estará ante la doctrina clásica:

Concepto de documento:

Artículo 233: Es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.

Tipos de documentos:

Artículo 234: Son documentos los escritos públicos o privados, (...).

Principio de prueba escrita:

Artículo 238: Cuando un escrito no produce en el juez convicción por sí mismo, requiriendo ser completado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, (...).

Documentos en otro idioma:

Artículo 241: Los documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito, (...).

Otra manifestación específica de la mencionada doctrina en materia de documentos es la división de estos –también clásica– en documentos públicos y privados. Al respecto, cabe puntualizar que se trata de una clasificación según los sujetos que los originan, en la que los primeros son documentos autorizados por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones –o por expresas razones de seguridad o celeridad del tráfico jurídico–; mientras los segundos provienen de particulares, sean partes o terceros, en el proceso judicial en el que son presentados (Ledesma, 2015, p. 645). La clasificación de los documentos en públicos y privados guarda como tácito fundamento al paradigma del documento escrito.

Una tercera manifestación específica de la doctrina clásica es la regulación desigual entre las partes del control epistémico del documento. Expliquemos esto. Por regla general, la carga de ofrecer un documento como medio probatorio (y de ofrecer cualquier otro tipo de prueba) recae en la persona que pretende afirmar, demostrar y/o sustentar su versión de los hechos con dicho instrumento. También aquí parecería –como en el caso de las declaraciones de personas– que la doctrina y la legislación parten de una premisa de veracidad, en este caso, del contenido de los documentos ofrecidos y de la validez de estos.

Decimos lo anterior, porque la doctrina clásica hace reposar la afirmación y la demostración de la falsedad o inautenticidad de los documentos en la parte procesal que no los ha ofrecido. En ese sentido, esta doctrina aparece en varias normas procesales de nuestra región. Así, por ejemplo, sobre la falsedad tenemos el artículo 141 del

cuerpo procesal mexicano, el artículo 242 del código peruano, el artículo 346.3 de la norma chilena y el artículo 412 del código de Brasil. Respecto de la inautenticidad, la doctrina en mención asoma en el artículo 412 del código brasileño, el artículo 38 del código mexicano, el artículo 247 del cuerpo procesal peruano y el artículo 2703 del código italiano (De Paula, 2023, pp. 32-33).

Antes de proseguir, ¿cuáles son los documentos surgidos con posterioridad a la doctrina imperante? En principio nos hemos referido a la fotografía, pero a aquella obtenida con máquinas fotográficas. Hoy podemos hablar de fotografías tomadas por cualquier *smartphone*, cada vez con mayor resolución y recursos. Tenemos a los documentos reproducidos por fotocopias, inicialmente a blanco y negro. Actualmente, podemos referirnos a reproducciones a color e idénticas al original, así como a aquellos documentos obtenidos con el auxilio de programas de gestión de textos, sonidos e imágenes.

La informática a fines del siglo XX nos presentó al correo electrónico, luego difundido a todo el planeta, que hoy constituye herramienta oficial de comunicación en organizaciones estatales, donde funcionarios públicos lo usan a diario, y de cuyos mensajes se pueden generar infinitas copias, todas iguales al primer escrito. A este nivel podemos enumerar también a los documentos creados por el fax, a las radiografías, a los planos y diseños emanados de programas informáticos, etc.

Pues bien, ni la clasificación de los medios de prueba en directos o indirectos, ni su división en típicos y atípicos, ni el “paradigma del documento escrito”, ni la diferenciación entre documentos públicos y privados, como tampoco el referido trato desigual de las partes en el control epistémico del documento, son elementos que puedan mantener su utilidad de manera válida y razonable frente a esta nueva variedad de documentos, ante las diferencias existentes entre estos y, sobre todo, ante los distintos ejercicios de análisis que estos imponen. ¿Nuestra teoría, legislación y jurisprudencia deben seguir guiándose por la doctrina clásica?

Si tiene alguna duda para responder nuestra pregunta, esperamos que no las tenga ante la transformación digital, aquella etapa de la historia que vivimos en el siglo XXI, y frente a los documentos que sus herramientas posibilitan crear y permitirán generar. Mencionar a modernas tecnologías como la biotecnología, el internet de las cosas, la realidad aumentada, la realidad virtual, la realidad mixta, la computación cuántica, la 5G, la *blockchain* o la inteligencia artificial y pensar en los documentos

que algunas de estas son capaces de generar —y sobre todo en las características de estos— equivale a responder que la doctrina clásica resulta totalmente superada en este nuevo escenario.

La reforma procesal de la oralidad civil aún no ha tomado en cuenta esta transformación, lo cual califica como parte de una agenda pendiente. Para entender mejor la magnitud de dicha variación, a continuación, refirámonos a la relación existente entre los documentos y solo una de las modernas tecnologías citadas, a aquellos que puede crear la inteligencia artificial, una de las más antiguas del grupo³.

Con la inteligencia artificial es posible obtener una gran variedad de documentos y de copia automática de estos, sino que también se consigue una mayor capacidad de análisis de aquellos. Así, esta tecnología nos permite tres funcionalidades: variedad, reproducción y análisis, como antes no las habíamos tenido (Nieva, 2018, p. 25).

La inteligencia artificial puede ser empleada en la producción de diferentes tipos de escritos, cartas, memorandos, reportes, informes, resoluciones, correos electrónicos, bocetos, planos, imágenes, audios, entre otros; bajo nuevos conceptos, criterios y patrones de calidad y cantidad. Lo mismo podemos afirmar acerca de su reproducción.

La reproducción de los documentos siempre tuvo como premisa a la existencia de un documento original, del cual se podían obtener copias. Esta noción atravesaba tanto a los documentos públicos como a los privados. Ello provocaba que la información que está a la base de todo documento fuese valorada de distintas maneras, según haya sido emanada de una autoridad o de un particular, o según se encontrase contenida en un documento original o en una copia.

Todo ello cambia con las modernas tecnologías. Estas —en general—, así como la inteligencia artificial —en especial— destruyen la dualidad “original y copia”. Tales tecnologías promueven un nuevo paradigma comunicacional: la información contenida en los documentos sirve, se utiliza, genera valor, en la medida que sea comunicada y que el documento que la contiene sea transmitido.

3 El origen de la inteligencia artificial se remonta a la mitad del siglo xx. En la búsqueda de una demostración para la teoría de que no existían sistemas perfectos basados en la lógica o en la matemática, Alain Turing ideó una calculadora capaz de ser programada para cumplir tareas propias de otros dispositivos de procesamiento de información. Aquella “maquina universal” se convertiría en la precursora de la moderna informática. Pero, a diferencia de otras ¿pensaba esta máquina? Para responder a esa pregunta, postuló el llamado “juego de la imitación”, más conocido como “test de Turing” (Carr, 2016, pp. 105 y 247), pensado para identificar si estamos ante una inteligencia humana o ante una inteligencia artificial.

En la actualidad, la transmisión de la información implica el acto de copiarla. Transmitir es siempre copiar el patrón contenido en un medio a otro. Cuando se transmite, el emisor no la pierde, pues la conserva, pero a la vez pasa al receptor. La información puede ser poseída por ambas personas. Pero ello se realiza sin rehacer el documento inicial, sino sólo transmitiéndolo en su versión formalizada. A partir de ello, el documento puede adoptar diversos formatos, todos los cuales contienen la misma información. Hoy, la propiedad de la información importa el derecho a controlar su comunicación (Amunátegui, 2023, pp. 209 y 210).

La inteligencia artificial gestiona determinada información y genera un documento en un específico formato, y puede hacer ello en pluralidad de ocasiones, sea para un solo usuario, sea para una pluralidad de estos; sea que compartan su ubicación, sea que se encuentren situados en distintos lugares. No importa que el usuario sea un funcionario público o sea un particular, pues el documento que genere uno o el otro, así como la información que incorpore uno o el otro, serán iguales; tanto luego de la creación del documento, después de ser reproducido, como también si es compartido con otras personas. Esta nueva realidad redundante en contra de la vigencia de los criterios de la doctrina clásica.

En cuanto al análisis de la valoración de las pruebas documentales. La inteligencia artificial no sólo tiene la capacidad de sumar grandes cantidades de información, sino también la posibilidad de analizar eficazmente el lenguaje del documento, el vocabulario, las expresiones, la fiabilidad y la autenticidad, así como técnicas que avanzan en la comprensión de un documento emulando el proceso cognitivo humano. La inteligencia artificial puede comprender el significado de los textos, sea cual sea su idioma, así como procesar todo ofreciendo una visión que ayudará a complementar la interpretación y valoración humana en un juzgado (Simón, 2021).

Una característica común a muchos documentos, es la posibilidad de sufrir variaciones a través del tiempo, lo que puede responder a las características del empleo del documento, a la voluntad de su creador, a la necesidad de su uso por parte de algún usuario, como también a alteraciones más allá de lo legítimo y permitido. En otras palabras, los documentos pueden sufrir alteraciones fisiológicas, propias de la dinámica en torno al documento, o alteraciones patológicas, que son aquellas que pretenden variar su contenido de manera ilegítima, es decir, falsificarlo (De Paula, 2023, pp. 80-82).

Sobre esto último, a inicios del siglo XX los medios probatorios documentales eran pocos y medianamente sólidos y fiables, situación que ha cambiado a comienzos del siglo XXI en el cual son más numerosos, pero menos fiables. En las últimas décadas se ha producido un fenómeno progresivo de debilitamiento de las pruebas documentales. La inteligencia artificial plantea inevitablemente un problema de autenticidad de las pruebas, el cual hace que los mecanismos tradicionales para verificar dicha autenticidad ya no sean adecuados (Comoglio, 2022). Como todas las tecnologías a lo largo de la historia, la inteligencia artificial ofrece un sin número de posibilidades, pero también muchos riesgos.

La reforma procesal de la oralidad civil importa un nuevo equilibrio de los principios procedimentales, con los cuales busca mejor información también en los medios probatorios documentales. Sin embargo, los documentos están incursos en toda una problemática como consecuencia de la etapa histórica de transformación digital que vivimos, la cual no ha sido aún considerada por la reforma. Hay conceptos y esquemas clásicos que impiden ello. Este es otro punto pendiente en la agenda de la oralidad civil.

V. NECESIDAD DE UN SUSTENTO CONVENCIONAL Y LEGAL PARA LA ORALIDAD CIVIL

La reforma procesal que introduce la oralidad civil tiene innegables fundamentos. La doctrina de la oralidad civil refiere que el sustento de su propuesta es variado. Es común leer o escuchar que este se afianza en el derecho a la tutela judicial —de rango constitucional—, lo cual no aporta algo especial al esquema de oralidad civil, pues esta, al igual que cualquier otro programa aplicado a alguna jurisdicción ordinaria, tendrá su sustento en el derecho a la tutela judicial.

La dificultad se presenta en el sustento legal del esquema de oralidad civil. En primer lugar, se le justifica a partir de diversos principios, todos con obvia explicación constitucional a partir del derecho a la tutela judicial, pero con necesario desarrollo legal. Nos referimos a los principios de dirección procesal, de inmediatez y de celeridad. Así, se dice que una nueva gestión judicial de cada caso (*case management*) o nueva versión de la dirección procesal, aprovecha la inmediatez para obtener mayor y mejor información de los medios probatorios⁴, con el fin de resolver el caso de manera más célere.

4 Ya hemos indicado en capítulos anteriores, como esa búsqueda de mejor información encuentra serias dificultades ante la declaración de personas y los documentos, por los motivos que hemos explicado en cada caso.

Dicho principio de dirección renovado, junto a los principios de inmediación y de celeridad, también son comunes a todas las propuestas de oralidad, llámense penales o laborales; así, no son un sustento que caracterice al esquema de oralidad civil ni un aporte propio de este. Hay, sin embargo, otro elemento que sí se entiende como exclusivo de la oralidad civil, que ha estado presente desde sus primeros pasos. No es una norma, sino una actuación procesal: las audiencias. Al respecto, el modelo de oralidad civil suele considerar dos: una primera, inicial o preliminar, y otra posterior, segunda, de pruebas o de instrucción.

¿Cuál es el sustento de la primera audiencia? A manera de ejemplo, a continuación, explicaremos cuales son las razones asumidas en Perú, para luego enunciar cuál sería la justificación general, y para sustentar porqué.

En Perú, la denominada audiencia preliminar ha recibido de la doctrina y la práctica un concreto sostén legal: el inciso 3 del artículo 51 del Código Procesal Civil, el cual ha cumplido esa función sin ser cuestionado. En realidad, se trata de un fundamento insuficiente, pues hace referencia a asuntos distintos de aquellos que se cree que regula. Para una explicación más completa y sistemática evaluaremos los 3 primeros numerales de dicho dispositivo.

El Código Procesal Civil peruano enumera en su artículo 51 las “facultades genéricas” de los jueces civiles, de la siguiente manera:

Los jueces están facultados para:

1. Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación.
2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.
3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados.

El inciso 1 constituye una facultad de dirección procesal dirigida a tomar una decisión de administración sobre el proceso civil, consistente en estructurar éste de una manera más célere, es decir, de no depender de actuaciones procesales individuales más rápidas para acelerar el proceso. La adaptación de las vías procedimentales al caso en concreto es una facultad plasmada en otros dispositivos, como son el inciso 1

del artículo 475 y el inciso 8 del artículo 486, para los casos de las vías procedimentales de conocimiento y abreviada, respectivamente⁵.

El inciso 1 nada señala sobre la posibilidad de proponer alguna audiencia. De otro lado, la mención de “vías procedimentales” no encaja con el esquema de la oralidad, el cual se centra en la audiencia preliminar y, dependiendo de lo que se actúe en esta, se define la realización o no de una audiencia de pruebas. Ello resulta similar a la regulación de la vía procedimental abreviada, no un esquema novedoso ni uno alejado de influencias del esquema anterior.

El inciso 2 también alberga una facultad de dirección procesal, esta vez en materia probatoria, mediante la cual el juez puede convocar a la realización de un acto procesal específico con fines probatorios. Aquí podríamos considerar la posibilidad de llamar a las partes a una audiencia con la finalidad descrita, pero siempre sería a una audiencia con estricta finalidad probatoria. Expliquemos por qué.

De acuerdo al inciso 2, la finalidad de ordenar algún acto procesal es la de lograr un “esclarecimiento de los hechos”, lo cual sólo es posible a partir de la actuación de medios probatorios, pues son estos los elementos que informan al juez acerca de los hechos comprometidos en la contienda que debe resolver. Así, la mención de “actos procesales necesarios” sólo puede referirse a actos probatorios.

El inciso 3, aquel normalmente colocado como fundamento genésico de la audiencia preliminar, permite al juez una medida de dirección muy similar a aquella del inciso 2, pero con mayor especificidad, al menos en su enunciado. En este caso, la actuación que el juez queda autorizado a convocar es una audiencia, para la actuación de un único medio probatorio: la declaración de las partes. Se trataría del ejercicio de la facultad probatoria de oficio, consistente en el mandato de realización de una audiencia solo para la actuación de ese medio probatorio⁶.

Lo indicado en el párrafo anterior podría ser visto como una interpretación literal, pero no por eso vana. Antes es una interpretación lógica, pues el dispositivo faculta al juez para dictar una orden precisa (la comparecencia), dirigida a sujetos específicos (las partes), con una finalidad puntual (interrogarlas sobre los hechos discutidos), a

5 En Perú, los procesos civiles de cognición siguen una de tres vías procedimentales. La primera es llamada “proceso de conocimiento” pensado para procesos más complejos y largos. La segunda es el “proceso abreviado” previsto para procesos de mediana complejidad. La tercera es el “proceso sumarísimo” que cubre los procesos considerados más simples.

6 En Perú, la facultad probatoria de oficio está prevista en el artículo 194 del Código Procesal Civil, además de

partir de un momento determinado (después de determinados los hechos discutidos, lo que procesalmente llamamos fijación de puntos controvertidos) y con referencia a la actuación de un único medio probatorio (la declaración de las partes). También es una interpretación teleológica, en el sentido de que el dispositivo busca dotar al juez de facultades más amplias —pero también precisas— en materia probatoria, y así obtener mejor información para resolver.

Podemos efectuar una interpretación abierta del inciso 3. Esta nos diría que, la comparecencia de las partes que disponga el juez podría servir para preguntarles acerca de cualquier aspecto del proceso, pero no alcanzaría para la realización de otros actos distintos a la actuación oficiosa de una declaración de partes.

Una explicación del inciso 3 del artículo 51 del Código Procesal Civil peruano como sustento del esquema de la oralidad, indica que:

Dentro de las facultades otorgadas, resalta la de ordenar la comparecencia personal de las partes para oír las, interrogarlas sobre los hechos y podrán estas asistir con sus abogados. Como el juez no puede citar a las partes en privado para pedir esclarecimientos, debe hacerlo de manera conjunta, por lo que cuando invita a las partes del proceso para que expliquen los hechos del proceso, está convocando a una audiencia; es decir, el juez puede convocar a una “audiencia preliminar” para esclarecimiento de los hechos (el juez aporta el derecho: *iura novit curia*), que le permita sanear el proceso, fijar los puntos controvertidos, los puntos no controvertidos, realizar convenciones probatorias y procesales y, finalmente, admitir los medios probatorios para su posterior actuación (haciendo vigente el principio de concentración procesal) (Polanco, 2020, p. 36).

Ante la existencia de una segunda audiencia, o audiencia de pruebas, en efecto, cualquier audiencia convocada con anterioridad de aquella sería una de tipo preliminar. En esta audiencia, es cierto, el juez podría esclarecer los hechos controvertidos con las partes. Sin embargo, sanear el proceso y realizar los demás actos procesales que se mencionan y otros distintos —entre estos la creación de dicha audiencia—, no son actividades que autorice el principio del *iura novit curia*.

Dicho principio es aplicable sólo cuando determinados sujetos procesales —que son las partes— no hayan alegado el derecho para el caso o lo hayan mencionado erró-

haber sido desarrollada por el Décimo Pleno Casatorio Civil (Sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el expediente N° 1242-2017-Lima Este con fecha 18 de octubre de 2018, publicada el 24 de setiembre de 2020).

neamente –según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; no ante el supuesto en el cual un sujeto procesal distinto– el juez- sea quien ejercite una facultad legal, que en nada se parece a una alegación de parte. Dicho de otra manera, el principio *iura novit curia* permite al juez suplir una omisión en las pretensiones de las partes, no introducir actuaciones oficiosas.

Sin embargo, se sigue considerando que:

Según afirmaciones de los promotores (...) y conforme al Art. 51.3 del Código Procesal Civil, se genera –según los partícipes de esta reforma– las bases para la “litigación oral”. En virtud de esto, convocan a la que denominan “audiencia preliminar” (...). En esta audiencia, los jueces en mérito al principio de concentración proceden a consolidar diversas etapas procesales como, por ejemplo, “esclarecimiento de los hechos”, “fijación de puntos controvertidos”, “saneamiento probatorio”, “convenciones procesales”, (...). (Casassa, 2021, p. 249).

Como se puede apreciar, el artículo 51 del Código Procesal Civil peruano –en su inciso 3, pero también en sus incisos 1 y 2– no faculta al juez civil para crear una audiencia distinta a la audiencia de pruebas, de manera previa a esta, y para temas probatorios muy puntuales (sólo referidos a los de tipo probatorio), o referidos a los hechos discutidos. Entonces, tanto por alcances, por temática como por momento procesal, el dispositivo legal citado no autoriza a los jueces para convocar a una audiencia que no sea aquella de pruebas; la cual, dicho sea de paso, solo sería posible dentro del límite del inciso 2 o con la especificidad del inciso 3.

El sustento normativo de la oralidad civil no radica en normas similares de aquella peruana que hemos presentado y analizado. Pensamos que un buen sustento para la oralidad civil en los países de nuestra región está en otros instrumentos. Encontramos este en el ordenamiento normativo convencional.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) enumera en su artículo 8 diferentes “garantías judiciales”. En el numeral 1 considera a las siguientes:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) destina su artículo 14 a consagrar diferentes garantías de toda persona ante los aparatos jurisdiccionales de los países. Su numeral 1 indica lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. (...).

Ambas normas convencionales reconocen el derecho de toda persona a ser oído por las autoridades jurisdiccionales, con todas las garantías, en el trámite de los procesos civiles en los que se discutan sus derechos. Si advertimos que los principios procesales de igualdad, defensa y contradictorio, como los principios procedimentales de inmediación y publicidad figuran entre las principales garantías que debe ofrecer una jurisdicción, tenemos que el derecho a ser oído con todas esas garantías, sin duda encuentra su mejor escenario en las audiencias.

Así, un desarrollo doctrinario, legal y/o jurisprudencial de tales disposiciones convencionales podría crear válidamente una audiencia, podría asignar a esta el cumplimiento de determinados actos procesales, y encomendarle el logro de finalidades concretas; siempre que se respeten los principios mencionados.

Entonces, constituye agenda pendiente —en los países que no tengan una ley que sostenga expresamente a la oralidad civil— la emisión de los instrumentos normativos de rango legal que, con sustento en los instrumentos internacionales citados, introduzcan en el proceso civil los dispositivos que equilibren de mejor manera las formas de comunicación escrita y oral, las cuales pueden incluir la regulación de una audiencia con características y finalidades especiales⁷.

⁷ El desarrollo de normas de rango legal que sustenten a la reforma procesal es necesario, para evitar vicios de invalidez, sea por antinomias (como conflictos jerárquicos de normas y un indebido empleo adelantado de las pruebas de oficio) o por reservas de la ley incumplidas (obviando las funciones constitucionales del legislador democrático). Esta problemática es explicada por Renzo Cavani Brain -profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú- en la primera parte de entrevista dada para Justicia TV, canal del Poder Judicial peruano, el día martes 15 de abril de 2024 (<https://www.youtube.com/watch?v=kgsBBo8hjpg>).

VI. IDEAS FINALES

Las reformas procesales son movimientos extensos, que convocan los esfuerzos de las organizaciones de los sistemas de justicia, así como el trabajo, la creatividad y la capacidad de las personas en su interior, pero también en su exterior. Los elementos que alientan las reformas y el destino de estas se encuentran en la sociedad. Tales reformas son empeños que trascienden a través del tiempo, que enfrentan el cambio teórico y práctico de sus categorías, que se nutren de la novedad y que buscan advertir errores, con el fin de corregirlos. Son fenómenos perfectibles, en esencia.

La reforma del proceso civil en nuestros países compromete ese empeño, ese trabajo y esas capacidades, pero avanza básicamente sobre premisas jurídicas, con plena confianza en la experiencia de sus actores, y muchas veces sin cuestionar todos los fundamentos de aquello que pretende cambiar y mejorar. Son varios y sensibles los temas que el planteamiento procesal de la oralidad civil aún no ha considerado, que aún no ha advertido. Están en la sociedad, destinataria de nuestro trabajo; están en el propio derecho y en sus conceptos, algunos seriamente cuestionados por nuevas investigaciones que aún no impregnan a la reforma, en medio de una transformación digital que hasta hoy la nutre sólo parcialmente.

La oralidad constituye junto a la escritura una dualidad, la cual ha marcado la evolución de la teoría y de la práctica procesal hasta la actualidad; sin embargo, el derecho las ha adoptado sin reflexionar que se trata de dos categorías ajenas, explicadas y estudiadas por otros campos de las ciencias sociales y, por ende, sin aprovechar las posibilidades que ello brinda ni advertir los retos sociales que ello significa. Los juristas nos hemos alejado de la sociedad en la cual tuvo su origen nuestra disciplina, a la cual sirve el sistema de justicia, en la cual surgen todos los fenómenos que luego son judicializados⁸, e insistimos en ver y atender todo proceso solo desde la óptica jurídica. La participación de nuestras sociedades no ha sido prioridad en la reforma procesal, esta no se ha caracterizado por sostener sus decisiones en mediciones e investigaciones.

De otro lado, la introducción de la oralidad en la reforma del proceso civil ha tenido por finalidad —expresa y legítima— a la búsqueda de una mejor información a par-

⁸ Acerca de problemas como la deserción escolar, el trabajo adolescente, el índice de adolescentes infractores de la ley penal y el endeudamiento juvenil, de su origen en la sociedad, y de cómo estos luego generan los procesos ante las distintas jurisdicciones, véase Jiménez: Estructura de la jurisdicción del futuro. Revista Oficial del Poder Judicial, 13 (15), pp. 23-27.

tir de la diferente actuación de los medios probatorios, con los mismos principios del proceso, pero con un nuevo equilibrio de los principios del procedimiento, entre los cuales destaca el de intermediación. Sin embargo, los juristas no nos hemos percatado que las pruebas de declaraciones de personas —sobre las cuales se aplica dicho principio— se encuentran sustentadas en la confianza del legislador en la memoria de quienes declaran —sean testigos o partes procesales—, pese a los diversos estudios que demuestran su gran fragilidad y su alta falibilidad.

Dentro de la misma búsqueda de mejor información, la reforma también confía en las pruebas documentales. En este punto, la reforma sigue los presupuestos doctrinales y teóricos que nos acompañan desde hace décadas -incluso desde hace un siglo-. Tal clásica postura jurídica se mantiene en nuestras normas, conceptos y prácticas, pese a la total transformación de los medios probatorios documentales, como consecuencia de las tecnologías introducidas en la sociedad a fines del siglo XX y en lo que va del siglo XXI, cuyo número, clases y funciones, así como sus aplicaciones, siguen variando y multiplicándose.

En cuanto al sustento normativo del renacimiento de la oralidad en el proceso civil, al menos en Perú, adolece de imprecisiones, por cuanto se ha erigido sobre dispositivos que regulan temas distintos a la posibilidad de un proceso con fuerte cuota oral; tanto en su texto, en su lógica como en su finalidad. De otro lado, un correcto fundamento de un nuevo equilibrio de principios procedimentales no radica en ordenamientos civiles, sino constitucionales y, con mayor claridad, en instrumentos internacionales.

Entonces, el replanteamiento de la oralidad como un reequilibrio con la escritura, es una experiencia que en su avance no ha considerado todas las implicancias sociales de ambas formas de comunicación. La oralidad como medio para una mejor valoración probatoria olvida la comprobada debilidad de las declaraciones de personas -pruebas en las cuales se aplica preferentemente el principio de intermediación-, así como la total renovación de los medios probatorios documentales producto de la transformación digital y las modernas tecnologías. Todo ello sobre un sustento normativo no siempre claro, sin una norma de rango legal que sustente la reforma, o sin una mirada a precisas normas internacionales.

Nuestro interés por el éxito del servicio de justicia es nuestro principal impulso. No se trata de imponer o sugerir la escritura o la oralidad, se trata de entender que ambas formas de comunicación tienen gran utilidad. Estudiarlas en sus fuentes, conocerlas

en su diversidad, nos brindaría más información acerca de los beneficios que pueden reportar, así como de las dificultades que pueden provocar.

Al respecto, cabe citar una realidad y un criterio compartidos. Según la realidad a la que hacemos referencia, no existe un proceso totalmente escrito ni otro absolutamente oral. Con clara o moderada primacía de una o de la otra, las normas procesales recurren a ambas maneras de comunicación⁹. Pero, ¿porqué sucede ello? La respuesta no es jurídica, la respuesta es comunicacional, social y antropológica: la escritura y la oralidad están en la historia, en los individuos, en las sociedades y en sus culturas.

En cuanto al criterio anunciado, por regla general se asume que los actos postulatorios y la sentencia, como mínimo, son actos procesales escritos, así como que las audiencias son el espacio para la práctica de actos procesales orales; de allí que, antes que referirnos a procesos orales, sea más correcto hablar de procesos civiles por audiencias. Adviértase que dicho criterio, no es más que una presentación jurídica de la realidad recién mencionada. Es la extensión de esta al derecho procesal.

Entonces, lo que denominamos como oralidad civil es en realidad un modelo procesal que instaura un nuevo equilibrio en la relación entre escritura y oralidad, que recupera un rol más militante a favor de la oralidad a partir de una mayor importancia de las audiencias, en desmedro de una escritura hasta antes imperante. Aquello a lo que nos referimos cuando decimos oralidad civil o proceso civil por audiencias es en realidad a un proceso civil mixto, que siempre ha existido, pero que hoy está caracterizado por el nuevo equilibrio descrito.

Este trabajo no ha sido pensado para las manifestaciones de oralidad en procesos como el penal o el laboral. Sin embargo, antes de terminarlo, creemos que son varios los elementos que podrían servir al análisis de los profesionales más vinculados a esas áreas del derecho.

Hasta aquí llega nuestra exposición de los puntos que conforman una agenda pendiente del modelo de oralidad civil, que prefiero denominar proceso civil mixto, o simplemente proceso mixto. Sin embargo, como el derecho, como la vida, la investigación prosigue. Nuestras sociedades merecen el mejor esfuerzo de sus juristas, siempre que este sea autocrítico, renovador y entienda que, otras disciplinas del

⁹ Como ejemplo de la predominancia de un elemento y menor cuota del otro, se cita como ejemplo el caso del proceso civil brasileño, el cual es predominantemente escrito, pero con una audiencia de pruebas. Tal precisión la hace el profesor Renzo Cavani Brain, al centro de la entrevista citada en el pie de página N° 7 de este mismo trabajo (<https://www.youtube.com/watch?v=kgsBBo8hjmg>).

conocimiento y la transformación digital están redefiniendo todo, también al derecho. La intención de la reforma es positiva, pero puede ser aún mejor.

VII. REFERENCIAS

- Amunátegui, C. (2024). “Estatuto jurídico de los agentes artificiales”. *La transformación del derecho en la era digital* (Dir.: V. Rojas). Yachay legal.
- Bustamante, R. y Angulo, D. (2020). “La oralidad en el proceso civil: una realidad gestada por los propios jueces civiles del Perú”. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 11(13), enero-junio (DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13>).
- Casassa, S. (2021). “La oralidad y la prueba testimonial”. *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.
- Comoglio, P. (2022). “Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: ¿Hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial? *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*. Marcial Pons, pp. 55-85. DOI: 10.37417/rivitsproc/840
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical*. Marcial Pons.
- De Paula, V. (2022). “Déjame atravesar el viento con documentos. Propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI”. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. 2022 (3). DOI: 1033115/udg_bib/qf.i3.22655
- De Paula, V. (2023). *La prueba documental. Del documento a los documentos y del soporte a la información*. Marcial Pons.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Trotta.
- Giabardo, C. (2021). “El modelo oral en el proceso civil: Entre historia y actualidad”. *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.
- Gutiérrez, M. y Reyna, D. (2021). “Hecha la ley, hecha la jurisprudencia: Lecciones y riesgos de la tergiversación de la oralidad”. *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.
- Havelock, E. (1998). “La ecuación oral-escrito: una fórmula para la mentalidad moderna”. *Cultura escrita y oralidad* (Comp.: D. Olson y N. Torrance). Gedisa.
- Jiménez, J (2020). Elementos de la jurisdicción del futuro: una experiencia web, una propuesta y una visión. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 12(14), 171-207. <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.298>
- Jiménez, J. (2021). Estructura de la jurisdicción del futuro: una propuesta sistémica y holística. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 13(15), 19-58. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i15.389>
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil*. T. I., Gaceta Jurídica.
- Loftus, E. y Ketcham, K. (1991). *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. Alba.

- Manzanero, A. y González, J. (2013). *Avances en psicología del testimonio*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Editorial Trotta.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Editorial Trotta.
- Mejía, A. (2018). *La oralidad y los principios del procedimiento*. Ius et Historiae Ediciones.
- Molina, R. (2013). “Neurociencia, neuroética, derecho y proceso”. *Neurociencia y proceso judicial* (Dir.: M. Taruffo y J. Nieva), Marcial Pons.
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Núñez, G. (2015). *Culturas orales y culturas escritas*. Departamento Académico de Comunicaciones PUCP.
- Olson, D. (1998). “Cultura escrita y objetividad: el surgimiento de la ciencia moderna”. *Cultura escrita y oralidad* (Comp.: D. Olson y N. Torrance). Gedisa editorial.
- Polanco, C. (2020). *Litigación oral civil. El juez y los abogados en el nuevo proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Sánchez, J. (2021). “Oralidad y audiencias virtuales: Mitos y realidades”. En: *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.
- Simón, P. (2021). “Inteligencia artificial y valoración de las pruebas: las garantías jurídico-constitucionales del órgano de control”. *Revista Themis*, 79. DOI: <https://doi.org/10.18800/themis.202101.015>
- Tapia, R. (2021). *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*. Editorial Diké.
- Torres, D. (2021). “La oralidad y la prueba a través de un proceso por audiencias”. En: *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.
- Urquiza, K. (2021). “Técnicas de litigación oral e interrogatorios”. En: *Fundamentos de la oralidad en el proceso civil* (Coord.: L. Alfaro). Jurista Editores.