

## JUICIOS ORALES EN COLOMBIA: DIVAGACIONES SOBRE EL PROCESO ORAL

Jairo PARRA QUIJANO\*

SUMARIO: I. *Platón y la oralidad*. II. *José Chioyenda y la oralidad*. III. *Teniendo en cuenta lo que se ha escrito con anterioridad, se podría tener un proceso oral, cumpliendo con los siguientes principios*. IV. *Conclusiones*.

### I. PLATÓN Y LA ORALIDAD

#### 1. *La razón de esta indagación*

La haremos pensando que es de gran utilidad, porque como lo sostenemos más adelante y siguiendo la obra de Giovanni Reale, si logramos entender cómo se pasó en Grecia de una cultura oral a una cultura escrita, estamos en capacidad de entender mejor qué implica pasar de un sistema escrito a uno oral, ya no en toda una cultura, sino en el mundo del proceso. Platón, fundamentalmente en su obra *La República*, nos da unas claves que por lo menos nos sirven para reflexionar sobre ese paso.

#### 2. *Platón y la crisis de oralidad poética*

Platón (Aristocles) nació en el año 427 y murió en el año 347 a. C. Afirma Reale: “En efecto, la revolución cultural en la cual la escritura obtiene la victoria definitiva sobre la civilización de la oralidad se desarrolla en sus momentos más significativos en los últimos decenios del siglo V, y en particular en la primera mitad del siglo IV a. C.”.

\* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

### 3. *La oralidad es necesaria para los mensajes últimos de la filosofía*

Reténgase: Platón defendió la escritura y afirmó ser el mejor escritor de su tiempo, pero entendió que la escritura puede tener falencias, y por ello reservó para la oralidad los mensajes últimos de la filosofía.

Explicó, con un mito elaborado por él, lo que significa la oralidad, relacionada con la memoria. En efecto, escribió:

Sócrates. —He oído contar, pues, que en *Naucratis de Egipto* vivió uno de los antiguos Dioses de allá, aquel cuya ave sagrada es la que llaman Ibis, y que el nombre del Dios mismo era Theuth. Este fue el primero que inventó los números y el cálculo, la geometría y la astronomía, a más del juego de damas y de los dados, y también los caracteres de la escritura. Era entonces Rey en todo el Egipto. Thamus, cuya Corte está en la gran ciudad de la región alta que los Griegos llaman Tebas de Egipto, y cuyo nombre es Ammón, y Theuth vino al rey y le mostró sus artes, afirmando que debían comunicarse a los demás egipcios. Thamus entonces le preguntó qué utilidad tenía cada una, y a medida que su inventor las explicaba, según le parecía que lo que decía estaba bien o mal, lo censuraba o lo elogiaba. Así fueron muchas, según se dice, las observaciones que, en ambos sentidos, hizo Thamus a Theuth sobre cada una de las artes, y sería muy largo exponerlas. Pero cuando llegó a los caracteres de la escritura: “Este conocimiento, oh Rey —dijo Theuth—, hará más sabios a los egipcios y vigorizará su memoria: es el elixir de la memoria y de la sabiduría lo que con él se ha descubierto”. Pero el Rey respondió: “¡Oh, ingeniosísimo Theuth! Una cosa es ser capaz de engendrar un arte, y otra ser capaz de comprender qué daño o provecho encierra para los que de ella han de servirse, y así tú, que eres el padre de los caracteres de la escritura, por benevolencia hacia ellos les has atribuido facultades contrarias a las que poseen. Esto, en efecto, producirá en el alma de los que lo aprenden el olvido por el descuido de la memoria, ya que, fiándose a la escritura, recordarán de un modo externo, valiéndose de caracteres ajenos; *no desde su propio interior y de por sí*. No es, pues, el elixir de la memoria, sino el de la rememoración lo que han encontrado. Es la apariencia de la sabiduría, no su verdad, lo que procuras a tus alumnos: porque, una vez que hayas hecho de ellos eruditos sin verdadera instrucción, parecerán jueces entendidos en muchas cosas, no entendiendo nada en la mayoría de los casos, y su compañía será difícil de soportar, porque se habrán convertido en sabios de su propia opinión, en lugar de sabios”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Véase Fedro, 274 b-278 e. Uno de los grandes.

#### 4. La República de Platón

Fue un libro revolucionario, proponía una nueva forma de educación, la filosófica, en reemplazo de la tradicional, fundada en la poesía.

Reale dice que el mérito de Havelock<sup>2</sup> consistió en haber hecho entender: *a)* las razones histórico-culturales por las cuales la poesía había tenido un monopolio casi absoluto hasta la época de Platón; *b)* los fundamentos culturales y antropológicos relacionados con la tecnología de la comunicación mediante la oralidad, sobre los que se apoyaba tal monopolio, y *c)* las innovaciones revolucionarias que proponía Platón y sus fundamentos.<sup>3</sup>

#### 5. *En los griegos, la poesía comunicada mediante la oralidad era la fuente de los conocimientos históricos, políticos, morales y tecnológicos de la comunidad*

- a) La poesía para los griegos era algo totalmente distinto de lo que es para el hombre moderno.
- b) Los poetas en general, y Homero, eran fuente de instrucción en lo tocante a la ética y a los conocimientos administrativos.
- c) La poesía antigua era el único vehículo importante de comunicación de conocimientos históricos, políticos, morales y también tecnológicos, es decir, una especie de “enciclopedia social” que contenía todo el saber formativo del hombre”, y reténgase este contenido:

De ahí que apelara a ella para memorizar y preservar el aparato social, el mecanismo de gobierno y educación de los futuros líderes y gestores sociales, por decirlo en términos platónicos. El verso también era esencial para el sistema educativo del que dependían la continuidad y la coherencia de la sociedad entera. Todo lo público dependía del verso, todas las transacciones que se atenían a las normas generales. Dentro de la sociedad, el poeta era, ante todo y sobre todo, escriba, experto y jurista; su condición de artista y hombre espectáculo quedaba muy en segundo plano.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Reale se refiere a la obra de E. A. Havelock. Véase *Prefacio a Platón*, trad. de Ramón Buenaventura, Madrid, Visor, 1994, p. 52 (Prefase to Plato, Cambridge, 1963).

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 56. También esta tesis de Havelock ha sido anticipada particularmente nada menos que por Vico, a quien el autor ignoraba por completo, pero a quien conviene traer a colación, porque se trata de anticipaciones verdaderamente notables. Vico escribe: “Si los poemas de Homero son historias civiles de las antiguas costumbres griegas, ellos serán dos grandes tesoros del derecho natural de las gentes de Grecia”, y además: “Los poemas de Homero encierran dos grandes tesoros del derecho natural de las gentes de Grecia. Pero,

6. *La memoria como eje de sustentación para la comunicación y conservación de la poesía en la cultura de la oralidad*

Reténgase: “Hasta el siglo V (y, en gran medida, también en el siglo IV) se publicaba, transmitía y conservaba la poesía, en general, mediante la *Mnemosyne*, diosa de la memoria, madre de todas las musas”. Y se recordará, como bien se ha observado ya desde hace tiempo, que el concepto antiguo de “memoria cubría un área semántica muy amplia, o sea, el aprender de memoria, el conservar de memoria, el traer a la memoria, el documentar y probar mediante la memoria. La memoria era el verdadero eje de sustentación de la cultura de la oralidad poética”.

La enunciación poética en la antigua Grecia se proyectaba, comunicaba y mantenía en función de la diosa *Mnemosyne*.<sup>5</sup>

Y dice Reale:

La única tecnología verbal capaz de garantizar la conservación y la estabilidad de lo transmitido consistía en la palabra rítmica hábilmente organizada según modelos métricos y verbales lo suficientemente únicos para retener la forma.

Si tenemos en cuenta lo radicalmente que ha cambiado de función la poesía —y no sólo ella, sino también la situación cultural—, nos será posible comprender que Platón, cuando se refiere a la poesía, no está hablando de lo que nosotros entendemos por tal.

Platón trataba la poesía como si ésta fuese una especie de biblioteca referencial, o un enorme tratado de ética, política y estrategia militar, porque tenía en mente su función inmemorial en las culturas orales, dando testimonio de

sobre todo, por este descubrimiento, se le añade una alabanza brillantísima: la de haber sido Homero el primer historiador que nos ha llegado de todo el mundo gentil; por lo que ahora, sus dos poemas deberán elevarse al alto rango de ser dos grandes tesoros de las costumbres de la antigua Grecia”. Una vez más, es preciso decir, sin embargo, que más allá de las geniales intuiciones de Vico, estas tesis se imponen al plano histórico y científico mediante la técnica y la pericia metodológica con la cual la presenta Havelock. Y exactamente en este punto radica su gran mérito.

<sup>5</sup> Havelock explica con eficacia: ¿Cómo se conserva esta expresión en las sociedades prealfabéticas? No cabe eludir la respuesta: en la memoria viva de los hombres, que primero son jóvenes y luego viejos, y luego mueren. De un modo u otro, la memoria social colectiva —persistente y fiable— constituye un requisito previo absoluto, en el plano social, para que una civilización mantenga en funcionamiento su maquinaria. Pero ¿cómo hará la memoria viva para retener una expresión lingüística tan elaborada sin resignarse a que ésta vaya cambiando en las sucesivas transmisiones de generación en generación, perdiendo así fijeza y autoridad? Aún hoy, nos bastará con hacer circular un simple mensaje por una cadena de personas para comprender que la tarea de preservación nunca pudo corresponder a la prosa (tomado de Reale, *op. cit.*, p. 58).

que ésta seguía siendo la función de la poesía dentro de la sociedad griega de su tiempo. Por encima de cualquier otra cosa, la poesía es una herramienta didáctica que sirve para transmitir la tradición.<sup>6</sup>

7. *La “mimesis” como fundamento de la creación y comunicación de los enunciados poéticos en el ámbito de la oralidad*

- a) La técnica comunicativa que ha quedado referida, necesita de un apoyo ulterior: la “mimesis” o “imitación”.
- b) Cualquier persona entendería que la imitación corresponde al actor, pero seguramente no al poeta, sin embargo Platón considera que el poeta, en el acto de crear el personaje, actúa por “imitación” suya.
- c) Agrega Reale: “también el auditorio, aunque no sólo, entra en el complejo juego de una participación intensa, que implica una verdadera ‘identificación emotiva’ con lo que está narrando el poeta y recitando el rapsoda”.
- d) La identificación emotiva con los contenidos de los mensajes ocurría mediante dos procedimientos: el aprendizaje sobre todo del joven, y en la recreación del adulto. Agrega Reale:

Hay que ponerse en la situación de Aquiles, hay que identificarse con su ofensa y con su cólera. Quien escucha tiene que transformarse en Aquiles, y lo mismo hace quien recita. Treinta años más tarde, el escucha era capaz de repetir automáticamente lo dicho por Aquiles y lo que el poeta comentaba al respecto. Tan enorme capacidad de memorización poética sólo podía adquirirse a cambio de una pérdida total de objetividad. *Los ataques platónicos iban en verdad dirigidos contra todo un procedimiento educacional, contra toda una manera de vivir.*<sup>7</sup>

8. *La crítica radical de Platón a la oralidad poética fundada en la “mimesis” de la forma*

Siguiendo a Reale, podemos sintetizar este aparte de la siguiente forma:

<sup>6</sup> Reale, *op. cit.*, p. 58.

<sup>7</sup> Escribe Reale: Una vez más, con intuición genial, Vico captó también este punto. Para él, los pueblos eran al principio como niños. Y “en los niños la memoria es muy vigorosa”; de ahí que su fantasía sea vívida en exceso, pues ésta no es sino una memoria dilatada o compuesta. Y he aquí el punto clave: “los niños tienen una gran facilidad para imitar, y así observamos cuánto se divierten el imitar lo que son capaces de aprender”. Y la conclusión es la siguiente: “Esta dignidad demuestra que en su infancia el mundo era de naciones poéticas, pues la poesía no era sino imitación” (*ibidem*, p. 61).

- 1) La crítica frontal se encuentra en el libro tercero, radicada en la forma de enunciación poética; también aparece en el libro décimo, dedicada a los contenidos mismos.

Por lo que tiene que ver con la forma (libro tercero), Platón divide los enunciados poéticos en tres grupos: *a)* los del relato indirecto; *b)* los del relato directo hecho por vía de imitación, y *c)* los que conjugan los dos tipos de relatos, procediendo en parte de manera directa y en parte indirecta.

- 2) El relato directo, y en gran medida también el mixto, justamente en razón de la “imitación” en la forma y en el contenido, provocan graves daños, tanto intelectuales como morales.
- 3) Los daños se causan porque la “imitación” lleva exactamente a la “identificación emotiva” y, en consecuencia, también a la “asimilación a los modos de ser y de pensar de los personajes con los cuales poco a poco se nos identifica”.
- 4) En cuanto se refiere a la forma, dice Platón:

— Cuando uno habla vistiendo las ropas de otro, ¿no diremos acaso que procurará adaptar, tanto cuanto pueda, su modo de expresarse el personaje que enuncia como interlocutor del discurso?

— Lo diremos, ciertamente.

— Y entonces, adaptarse a otro en el timbre de voz o en el aspecto, ¿no es acaso imitar aquél cuyas ropas se está vistiendo?

— ¿Y con esto?

Por lo que parece, al hacer esto, Homero mismo y todos los otros poetas construyen su narración sobre la base de la imitación.

- 5) La imitación de una gran cantidad de modelos compromete la unidad de la personalidad y la dispersan en una multiplicidad desordenada y contradictoria que corrompe las costumbres.

Él dice, explícitamente: “— ¿O no has advertido acaso que la imitación, cuando se la prosigue mucho más allá de la edad de la juventud, se consolida en forma de costumbre y de naturaleza, tanto por lo que respecta al cuerpo, cuanto a la voz, cuanto al modo de pensar?”.

### 9. *Los motivos de la negatividad de la mimesis sobre los que se basan los contenidos de los enunciados poéticos, más allá de su forma*

- 1) Los poetas, como los pintores, no se basan en el conocimiento de la verdad de las cosas de que hablan, sino solamente en la pura opinión.

2) El poeta, como el pintor, es un pseudo-creador.  
Lo explicaremos con las propias palabras de Platón:

Lo que dice Sócrates me parece completamente cierto —asintió.

— ¿Diremos, por tanto de todos los poetas, comenzando por Homero, que ya traten en su versos de la virtud o de cualquier otra materia, no son más que imitadores de imágenes, sin llegar jamás a la verdad. Y lo mismo que dijimos antes del pintor, el cual hará un retrato de un zapatero, aunque ningún conocimiento tenga de este oficio, con un parecido tal que los ignorantes, engañados por el dibujo y por el colorido, creerán ver un verdadero zapatero?

— Sin duda alguna.

— Diremos, creo yo, en la misma forma, que el poeta sin otro talento que el de imitar, sabe, con un barniz de palabras y de expresiones figuradas, dar tan bien a cada arte los colores que le convienen, ya hable de zapatería, ya trate del arte de la guerra o de cualquier otro objeto, que con la medida, el ritmo y la armonía de su lenguaje convence a los que le escuchan, y que juzgan, sólo por lo versos, que está perfectamente instruido de las cosas de que habla; ¡tan poderoso es el prestigio de la poesía!, por lo tanto ya sabes, por otra parte, el papel que hacen las palabras de los poetas cuando se les quita el colorido musical; no puedes menos de haberlo observado.

— Sí —dijo.

— ¿No se parecen —dije yo— a esos semblantes que, no teniendo otra belleza que un cierto aspecto de juventud, llegan a perderlo?

— Exactamente —dijo.

— Pasemos adelante. El autor de imágenes, es decir, el imitador, decimos que sólo conoce la apariencia de los objetos, y de ninguna manera lo que tienen de real. ¿No es así?

— Sí.

#### 10. *Todo imitador tiene un conocimiento superficial sobre lo que imita*

Dice Platón:

— Parece, pues, que hemos quedado totalmente de acuerdo en esto: que todo imitador no tiene sino un conocimiento muy superficial de lo que imita, que su arte no tiene nada de serio, y que no es más que un juego de niños; y la segunda que todos los que se dedican a la poesía trágica, ya compongan en yambos, ya en versos épicos, son todo lo imitadores que se puede ser.

— Sin duda.

— Pero ¡qué! ¿esta imitación —exclamé yo— no está distante de la verdad tres grados, por Zeus?

— Sí.

11. *La imitación, siendo mala de suyo y uniéndose a lo que hay de malo en nosotros, sólo puede producir efectos malos*

El poeta no imita un carácter sabio, tranquilo, siempre semejante a sí mismo. Por otra parte, habría una gran dificultad en hacerlo. Somos deudores de Platón:

— La pintura que de él se hiciese no le llegaría a esa multitud confusa que se reúne en los teatros; porque sería presentarle la imagen de una clase de sentimientos que le es completamente extraña.

— De acuerdo con todo.

— Por otra parte, es evidente que el genio del poeta imitador no le llama en manera alguna a representar esta parte del alma, y que, en su afán de agradar a la multitud, no le atrae esa sabiduría, y más bien se inclina a expresar los caracteres apasionados, cuya variedad hace que sea más fácil el representarlos.

— Es evidente.

— Luego tenemos justos motivos para condenarle y ponerle en la misma clase que el pintor. Tiene de común con él el componer sólo obras sin valor, si se las coteja con la verdad; y también se le parece en su relación estrecha con una parte del alma que no es la mejor y, por lo tanto, tenemos fundados motivos para rehusarle la entrada en un Estado que debe ser gobernado por leyes sabias, puesto que remueve y despierta la parte mala del alma, y al fortificarla destruye el imperio de la razón tal como sucedería en un Estado en que a los malos se les revistiese de toda la autoridad, traicionando al Estado y haciendo perecer a todos los ciudadanos de más valía. Esta es la imagen del desorden que el poeta imitador introduce en el gobierno interior de cada hombre, por la excesiva complacencia que tiene para con la parte irracional de nuestra alma, que no sabe distinguir lo que es más grande de lo que es más pequeño; que sobre un mismo objeto se forma ideas tan pronto demasiado grandes como demasiado pequeñas; que produce apariencias, y que permanece siempre a una distancia infinita de la verdad.

— Es muy cierto.

12. *El adiós a Homero en el libro décimo de La República y la apertura de una nueva época cultural*

1) En el libro décimo de *La República*, Platón pone en juicio la fuerza educativa de Homero; en efecto, dice:

No exijamos, sin embargo, de Homero ni de los demás poetas que nos den razón de las mil cosas que nos han hablado. No les preguntemos si eran mé-

dicos o si sabían únicamente imitar el lenguaje de los mismos; si algún poeta antiguo o moderno ha curado enfermos, como Asclepio, o si ha dejado a su muerte discípulos sabios en medicina, como el mismo Asclepio hizo con sus hijos. Demos de mano todas las demás artes, y no les hablemos de ellas. Pero puesto que Homero se ha arrojado a hablar sobre las materias más importantes y más preciosas, tales como la guerra, la conducción de los ejércitos, la administración de los Estados y la educación del hombre, quizá sea justo interrogarle y decirle: “querido Homero, si es cierto que eres un artista alejado en tres grados de la verdad, incapaz de fabricar otra cosa que apariencias (porque tal es la definición que hemos dado del imitador); si ocupas, en cambio, el segundo orden; si has podido conocer lo que se puede mejorar o empeorar de los Estados o los particulares, dinos, ¿qué Estado te debe la mejora de su constitución, como Lacedemonia es deudora de Licurgo y numerosos Estados grandes y pequeños la deben a muchos otros?

¿Qué país habla de ti como de un sabio legislador, y se gloria de haber sacado ventajas de sus leyes? Italia y Sicilia señalan a Carondas. ¿Nosotros a Solón?, ¿pero de ti quién se gloria? ¿Tendrá Homero en su acervo algún nombre para mencionar?

— Creo que no hay ni uno solo; ni siquiera los homéridas dicen nada.

— ¿Se hace mención de alguna dirigida con fortuna en tiempos de Homero por él mismo o según sus consejos?

— Ninguna.

— No obstante, tal vez se hable de él como de un hombre de ingenio práctico, de sus muchos descubrimientos útiles para la técnica en otros campos, como sucedió con Tales de Mileto y con Anacarsis, el escita.

— Nada de eso.

— Pero, en compensación, se dirá que, si no de manera pública, al menos en privado Homero dirigió en su vida la educación de alguno; que, transformándolo con amor y familiaridad, transmitió a la posteridad un modo de vida homérico, como sucedió con Pitágoras. Por esta actividad este último fue amado en grado sumo, y sus sucesores, que llamaron pitagórico su modo de vida, se destacan en cierto sentido entre todos los demás.

— Tampoco de esto se dice nada.

— Y por lo demás, Glaucón, ¿crees que si Homero hubiese sido verdaderamente capaz de educar a los hombres y tornarlos mejores, pudiendo hacer estas cosas no por vía de imitación sino por verdadero conocimiento, no se habría ganado una multitud de amigos, que lo hubiesen rodeado de amor y de estima?

2) Dice Reale: “En un segundo pasaje trata como tema el antagonismo entre la poesía y la filosofía, o sea, la neta oposición entre la que fue la fuerza educativa del pasado y la fuerza que debía resultar consti-

tutiva de la nueva cultura, y contiene un mensaje verdaderamente emblemático en todo sentido”.<sup>8</sup>

- 3) Sostiene Reale que Platón había comprendido que era preciso invertir la estructura misma de la cultura de la oralidad poética —mimética—, en la forma que resumimos a continuación:
  - a) Había que sustituir la representación de “imágenes” y los métodos con los cuales se transmitía la poesía por el pensar “conceptos”.
  - b) Las imágenes se sustituían por las ideas inteligibles, con todas las consecuencias que esto conlleva. Y en particular se introducía un nuevo lenguaje con una nueva sintaxis, antitética respecto de la sintaxis de la poesía.
  - c) Havelock escribe: “¿acaso no estaba anunciándose, mediante esta nueva forma de hablar, una fase aún más nueva del desenvolvimiento no sólo de la mentalidad griega, sino de la Europa en General?”. Desde luego que sí, pero Platón era plenamente consciente —y no sin razón— de que hacía falta un genio como el suyo para darse cuenta de que se trataba de una revolución, de que había que llevarla a cabo lo antes posible.

## II. JOSÉ CHIOVENDA Y LA ORALIDAD

Para hacer el recorrido, utilizaremos los *Principios de derecho procesal civil*.<sup>9</sup>

### 1. *El proceso oral permite en forma pronta proporcionar justicia*

Afirma Chiovenda:

La experiencia derivada de la historia permite añadir aún que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simple y prontamente.

### 2. *La beneficiosa influencia que el principio de la oralidad por sí mismo puede tener en el desarrollo de los juicios*

Si el principio de la oralidad ha tardado en conquistar el campo del derecho civil, dice Chiovenda:

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>9</sup> Trad. de la 3a. ed. italiana, Madrid, Reus, t. II, pp. 143-160.

...ha sido porque en este campo no se presenta como un principio político, sino más bien como un simple principio técnico jurídico. No tuvo, por tanto, hacia él la apasionada devoción de las masas, sino únicamente la fría y meditada adhesión de los estudiosos, de los prácticos, de los gobernantes, que consideraron, por una parte, la identidad sustancial del proceso civil y penal y, por la otra, la beneficiosa influencia que el principio de la oralidad por sí mismo puede tener en el desarrollo de los juicios.

### 3. *La propaganda de Chiovenda*

Dice Chiovenda:

El problema, abandonado y olvidado desde hace más de cincuenta años, ha surgido en estos últimos tiempos por consecuencia de la activa propaganda hecha por nosotros, en pro de la oralidad y de la concentración procesal. Ha atraído la atención de los juristas y prácticos; y recientemente, el Congreso Jurídico-Forense de Roma de octubre de 1911, en sesión plenaria, aprobó, por enorme mayoría, un voto para la pronta aplicación de aquellos dos principios fundamentales al proceso civil.

### 4. *Concepto, ventajas e importancia procesal de la oralidad*

- 1) Al decir “principio de la oralidad”, compréndese en una fórmula necesariamente breve y representativa de toda aquella serie de consecuencias. El principio de la oralidad no puede limitarse a una discusión oral en la audiencia.
- 2) La audiencia oral que tiene lugar mucho tiempo después de la instrucción no tiene sentido, “la discusión oral supone un debate oral”. Es decir, lo que se quiere es que haya un debate oral sobre lo que necesariamente debe haber, que es en la recepción de la prueba e inmediatamente la audiencia oral.
- 3) El principio de la oralidad no implica prescindir de los escritos, y dice Chiovenda algo que resulta estelar para nuestro planteamiento:

Puesto que la escritura, como medio perfeccionado que es, de expresar el pensamiento y de conservar su expresión eternamente, no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en todas las relaciones de la vida.

Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad efectiva que pueda dar lugar a los juicios. Ahora bien, en todos los casos en que es preciso medir la

espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone al juez en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de parte, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce.

Además agrega:

Pero aun en las cuestiones meramente jurídicas y en aquellas en que el material de hecho resulta todo de documentos, la discusión oral entendida, no como declamación académica, sino como una concisa oposición de razones a razones, puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que la madurada en el interior del juez con la sola ayuda de los escritos. La mayor rapidez, la mayor facilidad de entenderse recíprocamente, la selección que la defensa hablada hace, naturalmente, en las razones y argumentos, haciendo sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas; la sinceridad de la impresión del que escucha, explican la importancia que el debate oral tiene en las relaciones públicas y privadas de la vida moderna.

Sobre estos planteamientos de Chiovenda volveremos más adelante.

##### 5. *Función de la escritura*

Ésta tiene funciones que cumplir:

- 1) La primera es preparar el tratamiento del pleito. En efecto, la demanda y la contestación de la demanda deben ser escritas. Y nos recuerda Chiovenda algo que se ha olvidado y que debe ser rescatado: la minuciosidad en la postulación de la prueba, para que ambas partes puedan ejercer el derecho de contradicción en adecuada forma. La escritura es la forma de la deducción en el proceso escrito; en el oral, las declaraciones jurídicamente importantes se harán sólo en la audiencia.
- 2) La segunda función de la escritura es la documentación de lo que tiene importancia para el pleito, en particular lo que ocurre en la audiencia. Y dice Chiovenda: “Las actas sirven no sólo de ayuda a la memoria del juez que debe decidir, sino de documento de las actividades procesales en las instancias procesales”. Y agrega:

Oralidad, pues, en este sentido, por así decirlo, *inmediato*, significa que el juez debe conocer de las actividades procesales (deducciones, interrogatorios, exá-

menes testificales, cotejos, pericia, etcétera), no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida; y también refrescadas por los escritos de estas actividades ocurridas ante él, por él vistas, como suele decirse.

Sostiene Chioyenda que para que lo anterior se pueda cumplir se requiere:

- 3) El juez del proceso oral está constituido desde el comienzo del pleito hasta la decisión por las mismas personas físicas. Y esto resulta apenas obvio si el proceso es oral, pero si el juez que falla tiene que hacerlo con base en un escrito de lo que dijo por ejemplo el testigo, el proceso será indudablemente escrito. Las impresiones de quien recibió las pruebas no pueden transferirse, y por consiguiente dice Chioyenda:

Si un pleito no puede concluirse en una audiencia, el colegio, en la nueva audiencia, debe componerse de las mismas personas ante las cuales aquél comenzó a tratarse. En cambio, todo esto es indiferente en el proceso escrito, donde juzgándose a base de los escritos, poco importa que una actividad se haya realizado ante un juez y otra ante otro, y que juzgue un tercer juez. Casi como si el proceso fuese un cuadro, una estatua, un edificio que puede esbozarse por un artista y terminarse por otro, y no el desarrollo de una cadena de razonamientos, que requiere, en cuanto sea posible, la unidad de las personas que lo realizan.

- 4) El proceso oral requiere que “sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias próximas”. Resulta pertinente transcribir lo que dice al respecto, por las razones que adelante se explicarán. En efecto, dice:

...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 éste se borre y de que la memoria lo engañe; y tanto más fácil resulta mantener la identidad física del juez, que, en cambio, en un largo periodo puede fácilmente cambiar, por traslado, defunción, enfermedad, ascenso, retiro, etcétera. Este principio de la concentración es la consecuencia principal de la oralidad, y la que más influye en la brevedad de los pleitos. Decir *oralidad* es lo mismo que decir *concentración*. Y precisamente aquí es donde se manifiesta mejor la diferencia entre el proceso oral y el escrito; mientras el oral tiende, necesariamente, a concretarse en una o pocas audiencias próximas, en las cuales todas las actividades procesales tienen desarrollo, el escrito, en cambio,

difúndese en una serie indefinida de fases y términos, importando poco que una actividad actúe a distancia, incluso grande, de la otra, cuando consta en los escritos sobre los cuales deberá juzgar el juez en un día lejano. En el proceso oral domina la audiencia o debate, a cuyo término (clausura), debe seguir inmediatamente la sentencia, pudiendo concederse sólo en los casos que sea deliberada y publicada en un brevísimo término. Existe, pues, una conexión entre la división del proceso en numerosos periodos (términos) y el predominio de la escritura en el proceso.

Igualmente, no deben sustraerse a la regla de la concentración los llamados incidentes. Y no deben ser apelables los autos, salvo algunos especiales.

6. *¿Qué quiere decir Chiovenda? Que el escrito no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en todas las relaciones de la vida*

Debe retener el lector el mito narrado por Platón de *Naucratis de Egipto*, donde se dice que el escrito “producirá en el alma de los que lo aprenden el olvido por el descuido de la memoria, ya que, fiándose a la escritura recordarán de un modo externo, valiéndose de caracteres ajenos ...no desde su propio interior y de por sí.

Chiovenda, cuando se refiere a la escritura, dice: “Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad que pueda dar en los juicios”; es lo mismo que nos dice Platón con el mito que ha quedado en parte narrado: recordar desde dentro del individuo y no valiéndose de algo externo, algo fuera del individuo. Las actas sirven de ayuda a la memoria del juez (el juez debió estar en la audiencia de recepción de la prueba) y de documentación para las instancias superiores.

7. *La afirmación de Chiovenda: y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de partes, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce*

Es lo mismo que nos dice Platón en el Fedro:

Sócrates: Este es, mi querido Fedro, el inconveniente así de la escritura como de la pintura; las producciones de este último arte parecen vivas, pero al interrogarlas, veréis que guardan un grave silencio. Lo mismo sucede con los

discursos escritos, al oírlos o leerlos creéis que piensan; pero pedirles alguna explicación sobre el objeto que contienen y os responden siempre la misma cosa.

Es importante en este momento recordar lo que aparece en el aparte que hemos hecho de Platón, en el sentido: *a)* que existió en Grecia una oralidad poético mimética, que es contra la cual arremete Platón; *b)* que al lado de la anterior oralidad, se fue formando fundamentalmente por los filósofos la oralidad dialéctica, y *c)* que al cambiar la forma de pensar, de representar imágenes y mitos a “pensar conceptos”, fundado precisamente en la actividad abstractiva de la mente humana, no era posible utilizar para dejar constancia de lo pensado la poesía mimética, y por ello se utiliza la escritura. En otras palabras: fue entonces, la oralidad dialéctica la que contribuyó de manera determinante al triunfo de la cultura de la escritura.<sup>10</sup>

Lo sostenido por Platón es lo que sostiene Chioyenda: el debate, el empleo del diálogo dialéctico, tiene que ser oral, y de él surgirán los frutos, que se pueden recoger por escrito, pero no para aprender (primera vez), sino para recordar (lo ya aprendido), que fue lo que sucedió con la oralidad dialéctica utilizada por los filósofos, que resultó justificando la escritura.

Hemos escrito en otra parte lo que resulta pertinente, teniendo en cuenta lo que hemos logrado de Platón y de Chioyenda, y pensando en el juez y en la valoración de la prueba (acto, si se quiere, sublime):

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 una actitud pasiva, es decir, como una situación (desperdicio de la energía psíquica). En cambio, si concebimos la percepción (el pensamiento) como acto (empleo de la energía psíquica), es decir en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios —medios de conocimiento— aportan, estaremos seguros que la memoria, trabajando bajo la guía de la imaginación, 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 u 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 ma-

<sup>10</sup> Reale, *op. cit.*, p. 81.

yores 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 relacionando 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 inmediación.<sup>11</sup>

### III. TENIENDO EN CUENTA LO QUE SE HA ESCRITO CON ANTERIORIDAD, SE PODRÍA TENER UN PROCESO ORAL, CUMPLIENDO CON LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS

#### 1. *Inmediación*

Lo cual supone que las pruebas se hayan practicado en presencia del juez en una audiencia oral. Téngase en cuenta lo dicho en el diálogo de Platón: “que el juez recuerde dentro de su propio interior y por sí”.

Esta inmediación, es por decirlo en alguna forma, la física, con la presencia del juez en la práctica de todas las pruebas, y que además oye los alegatos de las partes y de los intervinientes y realiza la valoración de la prueba.

Pero además, estamos asistiendo a lo que se llama por la doctrina “inmediación sensorial no presencial”, y que se cumple cuando se registra la primera instancia por medio de audio-video. “Dicho tipo de inmediación (la sensorial no presencial) conserva la mayoría de los atributos de la inmediación física”.<sup>12</sup> Hasta el punto de que en la segunda instancia o en casación se conoce todo el acontecer del proceso, como si hubiera estado presente. Se lee en un proceso, en sentencia dictada por un tribunal (segunda instancia):

En este caso particular, la fuerza física sí fue utilizada para violentar la voluntad de la menor. La atacada es una adolescente de 15 años, de 1,59 metros de estatura (según el dictamen médico legal aportado al juicio y admitido como

<sup>11</sup> Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 15a. ed., Bogotá, Librería El Profesional, 2006, p. 719.

<sup>12</sup> Peyrano, Jorge W., “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en Carpi, Federico y Ortells, Manuel (coords.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, 2008, p. 165.

prueba); sorprendida por un hombre de superior estatura (como se evidencia al observar los videos de las audiencias), de 28 años de edad y de contextura atlética, dedicado a la actividad física, por razón de su oficio. La superioridad del agresor es evidente; sus características, enfrentadas a las de la joven, le permitieron dominarla.

El registro por medio de audio no cumple esta misma función y cumple prácticamente la misma función de la escritura; con la desventaja de tener que oír sin ver a los protagonistas, puede que cumpla la necesidad de contar con la actuación para la apelación, pero no configura la llamada inmediatez sensorial no presencial.

Se ha dicho que las ventajas de la filmación pueden ser:

- a) Se finiquita con la posibilidad de fingimientos, consistentes en que la inasistencia del juez a la sesión probatoria no se hacía constar y, por el contrario, se registraba su presencia en el acta respectiva. La imagen captada por el video no miente, y la ausencia del juez resulta fácilmente verificable cuando se filma una audiencia.
- b) Elimina la mayor parte de las razones que se invocan para defender a todo trance una necesaria identificación física entre el juez que recibe la prueba (en los sistemas acusatorios, que presencia la práctica de la prueba) y el que dirime la contienda.
- c) La reproducción audiovisual filmada posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria, zanjando buena parte de los óbices puestos en miras de impedir que la instancia revisora se interne en la valoración de los hechos de la litis.
- d) Le otorga al juez el chance de reflexionar el contenido de la sentencia de mérito a emitir, sin estar urgido por una memoria traicionera de lo sucedido durante la actuación de las pruebas.
- e) La filmación involucra un significativo ahorro de tiempo, ya que torna prescindible la tarea del empleado judicial que debe tomar notas dactilográficas.<sup>13</sup>

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, transcribe el artículo 9o. de la Ley 906 de 2004, para decir:

La inmediatez que se exige del juez va de la mano del uso de tecnología, porque en desarrollo de este principio el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal determina que para el registro de la actuación: “Se dispondrá

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 169.

del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado”, de acuerdo con las reglas que allí se establecen. Así, el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.<sup>14</sup>

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, transcribiendo el numeral 4 del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal,<sup>15</sup> afirma:

De esta manera, el nuevo sistema faculta a los funcionarios de la segunda instancia y a la Sala de Casación Penal a obtener el conocimiento del juicio a través de los medios técnicos, en aras de dirimir los aspectos que sean materia de impugnación, sin que la valoración probatoria que les corresponda se afecte por no haber presenciado la práctica de las pruebas de manera directa.

También dice la Corte:

La oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permitan la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de casación su examen y valoración.

Si se reflexiona con cuidado sobre lo que sostiene la Corte, se puede concluir que considera la inmediación que hemos llamado, siguiendo cierta doctrina, *sensorial* (término no muy correcto), casi como la inmediación personal; claro que habrá que entenderla frente a las filmaciones y se muestra abierta a su utilización, por ahora, en casos excepcionales.

No creemos que “la filmación elimine la mayor parte de las razones que se invocan para defender a todo trance una necesaria identificación física entre el juez que recibe o presencia la práctica de la prueba y el que dicta sentencia”. De ninguna manera, la inmediación con la presencia física del juez en la evacuación de la prueba es lo que justifica en últimas el proceso oral y los demás principios que lo alimentan: concentración, contradicción,

<sup>14</sup> Sentencia del 30 de enero de 2008, radicado 27.192, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>15</sup> El numeral 4 del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal colombiano dice: “En el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audiovideo, o en su defecto audio, que asegure fidelidad”. El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

etcétera. El juez que presencia la práctica de la prueba puede *recordar dentro de sí y por sí*, y ahí reside la verdadera esencia de la inmediación, que le permite la sedimentación y, por consiguiente, hacer el trabajo como ensamblar, armonizar y, en términos generales, realizar con mayor posibilidad de éxito el sublime trabajo de valorar la prueba.

Se pudiera preguntar: ¿la segunda instancia? Se puede contestar: se surte con el video, como ya se argumentó, y además teniendo en cuenta la sentencia de primera instancia que se surtió con presencia física del juez. La primera instancia es muy importante y a menudo hay descuido para mencionarla como parte vital de los que realizan las otras instancias, aun en el supuesto caso que se revoque la sentencia, o se case por aspectos probatorios.

También se debe tener en cuenta que el maridaje entre oralidad, inmediación y medios técnicos no termina en lo dicho, sino que además permite sobre todo evitar el espectáculo grotesco de trasladar criminales de gran peligrosidad, o que requieren un gran despliegue de seguridad para evitar que sean rescatados por sus compinches o asesinados por sus enemigos competidores a los estrados judiciales. Todo lo anterior, como lo dice el numeral 5 del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal colombiano:

Quando este Código exija la presencia del imputado ante el juez para los efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de la comunicación de audiovideo, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el juez.

Dice el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado A, fracciones II y III, lo siguiente:

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiere desahogo previo.

## 2. *Concentración*

Debe retenerse lo que aparece escrito por Chiovenda.

Se dice en el artículo 17 de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal colombiano, lo siguiente:

*Concentración.* Durante la actuación procesal, la práctica de las pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, *de modo que concentre su atención en un solo asunto.*

El artículo 454 de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal colombiano, señala: “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas, cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia, y sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, *concentración*, continuidad e inmediación.

### 3. *Contradicción*

Todo estudio de este importante principio tiene que partir del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que sostiene: “A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

Dice el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal colombiano. “*Contradicción.* Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a *intervenir en su formación*, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada”.

Se debe hacer una relación íntima entre este principio y los de oralidad, inmediación, concentración, para encontrar una significación mayor que la tradicional, ya que se dice “*intervenir en su formación*”: “El legislador pretende

que, cuando por ejemplo, el testigo evoca para narrar y terminado el interrogatorio directo, inmediatamente, ahí, se pueda ejercer la contradicción, mediante el concontrinterrogatorio. Esto es lo que implica intervenir en su formación”.

El artículo 20, ya citado, de la Constitución Política de los Estados Mexicanos igualmente hace referencia al principio de contradicción.

#### 4. *Publicidad*

Dice el artículo 18 de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal colombiano:

La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se expongan a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos igualmente establece el principio de la publicidad. Así, en el apartado B, fracción V, se dice:

Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos.

### IV. CONCLUSIONES

*Primera.* El proceso oral no cabe duda que es el ideal para administrar una buena justicia.

*Segunda.* Se debe tener una tecnología adecuada para no tener la tentación de regresar a la escritura. Utilizar simplemente audio (grabadoras) es un bocado que prepara para el regreso a la escritura. Tener que oír y la dificultad que presenta, fatalmente es una insinuación muy comprometido-

ra a transcribir. Se debe dotar de salas adecuadas a los juzgados con videos sonoros para hacer las audiencias de juzgamiento y por sobre todo, para la práctica de la prueba.

*Tercera.* Así como la escritura servía para refrescar la memoria, ahora esos videos cumplen la misma función. La segunda instancia y la casación se surten con esos videos.

*Cuarta.* Sin tener los soportes indicados, es preferible seguir con la escritura, porque de lo contrario se termina en un proceso dictado de desastrosos resultados.