

LA HISTORIA DE SUS TEXTOS

Valor actual del Principio de Oralidad *

Mauro Cappelletti

Profesor de Derecho Procesal Civil
en la Universidad de Macerata, Italia

Dos razones pueden, a mi modo de ver, justificar esta exposición sumaria de mi pensamiento sobre el tema de la oralidad en el proceso: la experiencia que ofrece el ordenamiento jurídico italiano, y particularmente, el Código de Procedimiento Civil vigente en mi país; y un amplio estudio, de próxima publicación, que he dedicado a ese tema, y en el cual también me ha sido posible aprovechar el análisis de múltiples experiencias extranjeras ¹

No existe duda de que la primera etapa en la historia del pensamiento y de las reformas jurídicas inspiradas en el principio de la oralidad, ha sido totalmente superada en la actualidad, a la luz de los resultados prácticos y de las más modernas elaboraciones doctrinales. Se trataba de una fase inspirada, por así decirlo, más en la reacción que en el razonamiento, ya que al observarse los gravísimos inconvenientes de un proceso rígidamente inspirado en el principio de la escritura, en el cual imperaba la máxima: *quod non est in actis non est de hoc mundo*, es decir, el principio de la inexistencia jurídica de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita - escrituras, documentos, protocolos- se manifestaba de la manera más radical la necesidad de abolir el principio para sustituirlo con el diametralmente opuesto por virtud del cual el juez habría podido y debido situar en la base de su sentencia solamente los actos que se hubiesen desarrollado en la audiencia oral del debate. Pero actualmente se ha esclarecido que de esta manera, un formalismo era sustituido por otro, aun cuando de carácter opuesto. Si en un principio como acta se entendían sólo los actos que hubiesen investido la forma escrita, posteriormente se consideraban válidos y existentes solamente los actos orales; de esta manera, el principio de *“quod non est in actis non est in mundo”* no fue abolido sino conservado, con la simple transformación del significado del sustantivo acta,

* El presente constituye el texto del informe presentado por el Profesor Cappelletti a las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, reunidas en Ciudad de México entre los días 11 y 18 de febrero del año en curso. Se publica con autorización del autor. **Nota de la Redacción:** este texto fue publicado en el Nº3 de la Revista de la Facultad en el año 1960. Se reproduce íntegramente por su valor histórico y académico y se publica respetando el formato original del autor.

1 M. CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile), 2 volumenes, Giuffrè, Milano, 1959 (edición provisional, la edición definitiva deberá aparecer en el curso del corriente año).

entendido ahora como actos orales, en lugar de como actos escritos. De aquí nuevos inconvenientes gravísimos y nuevos formalismos vacíos, ya que las partes y sus abogados debían repetir oralmente en la audiencia del debate, con la prohibición en la mayoría de los casos de apoyar su discurso con la lectura de escritos o de apuntes, las argumentaciones que ya habían sido exhaustivamente expuestas en los escritos de alegatos; la necesidad *quoad substantiam* de expresar de viva voz en la audiencia las conclusiones de las partes sobre la instrucción y el fondo, conclusiones que ya se habían consignado por escrito; el imperativo de leer oralmente los documentos presentados y tal vez el texto de los dictámenes periciales, y así por el estilo. Absurdas e inútiles pérdidas de tiempo, explicables históricamente sólo como una reacción contra un método que se quería abandonar radicalmente, sin advertir, por otra parte, que se caía en un opuesto, pero no menos grave exceso formalista. Este exceso que por primera vez se encuentra en el Código de Procedimiento Civil promulgado en Hannover en el año de 1850, y que se debe principalmente a la obra de GERHARD ADOLF WILHELM LEONHARDT, fue el primer Código que adoptó el principio de la inexistencia jurídica de los actos escritos, principio que vuelve a encontrarse con posterioridad, aún más acentuado, en el texto original de la ZPO (Ordenanza Procesal Civil) federal alemana de 1877-1879.²

Pero estaba cercano el fracaso, inevitable, de estos radicalismos, y no podían tardar las críticas, frecuentemente muy autorizadas, a tales excesos (recuerdo, por ejemplo, la famosa investigación de OTTO BAHR en 1885)³.

Desgraciadamente, estas mismas críticas, que si por una parte tuvieron el mérito de demostrar que la oralidad no podía valer racionalmente como criterio absoluto y exclusivo, subrayando justamente el absurdo de pretender que un ordenamiento procesal moderno se encuentra impedido artificialmente para utilizar un medio de comunicación tan depurado, y actualmente tan difundido, como la escritura, omitían, sin embargo, realizar posteriormente un atento análisis de los datos fenoménicos, dirigido a establecer cuál debe ser, en un proceso que no sea vaciamente formalista, la más favorable relación de coexistencia entre las formas oral y escrita de los actos procesales.

2. - Un análisis de esa naturaleza habría podido alcanzar, en mi modesta opinión, los resultados que resumo sucintamente:

-
- 2 Cfr. el material informativo del libro (por otra parte extremadamente criticable por la orientación totalmente incorrecta de los problemas sobre la oralidad) de H. G. KIP, *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Koln-Berlin, 1952, pp. 39 y ss., 58, 155 y s.; además, la parte I, sección I, de mi citada obra (pp. 271 y ss. del primer volumen).
- 3 Cfr. O. BAHR, *Der deutsche Civilprozess in praktischer Bethätigung*, en los "Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", 23 (1885), pp. 339 y ss. Como es sabido, a la encuesta de BAHR contesta polémicamente A. WACH, en la *Civilprozessualische Enquête, Ergänzungsheft*, de la "Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess", 11 (1887).

- a) Respecto a la formulación-proposición de la demanda judicial, y por consecuencia, en cuanto a la manifestación de los elementos esenciales constitutivos de la misma (*petitum*, y por tanto, conclusiones; *causa petendi*, o sean las alegaciones de los hechos constitutivos del derecho o del contra derecho hecho valer en juicio), resulta evidente que en las situaciones normales, la forma escrita favorece la precisión, seriedad y “puntualización” de la demanda misma. Esta tesis se encuentra confirmada por casi todos los ordenamientos procesales modernos, los cuales, a pesar de haber adoptado el principio de la oralidad, han prescrito como regla, la forma escrita de la demanda judicial, salvo, por otra parte, la posibilidad de que las partes modifiquen, integren o precisen la propia demanda en el debate oral, siempre que esta situación no sea producida con fines dilatorios y de obstrucción, o bien, se deba a una grave negligencia de la parte relativa;
- b) Respecto a las argumentaciones jurídicas (teórico-jurídicas: interpretación de las normas, de los negocios, de los documentos, etc.) no es menos claro que, sin negar en algunos casos la conveniencia del debate oral, y principalmente, del coloquio entre el juez y los abogados, es mucho más útil su formulación por escrito, en las situaciones normales, que permite a las partes, o más bien, a sus abogados y al mismo juez, una elaboración más serena y meditada, que favorece la consulta profunda de obras científicas y de repertorios prácticos de jurisprudencia, garantizando contra la ligereza y superficialidad de la retórica y de la improvisación y contra las omisiones, así como contra las perniciosas desigualdades derivadas del diverso grado de Habilidad y diligencia de las partes contrapuestas y de sus respectivos abogados, etc., etc. También a este propósito los códigos modernos más coherentes, que han implantado el principio de oralidad, han tenido el cuidado de no prohibir a las partes que presenten al juez sus escritos de alegatos, en los cuales pueden exponer sus argumentos jurídicos.
- c) Lo que he manifestado en los incisos a) y b), fue claramente expresado por el que, a mi parecer, ha sido el más profundo —aunque no el más afortunado, como veremos— teórico de la oralidad: GIUSEPPE CHIOVENDA, quien también puso de manifiesto el hecho de que el campo en el cual el principio de la oralidad podía y debía operar con mayor propiedad, es fundamentalmente el de las pruebas.⁴ Pero debemos examinar si también en este campo se hace necesario un análisis posterior.

3.- Si examinamos principalmente las pruebas escritas, y más generalmente, las pruebas denominadas preconstituidas, podemos constatar que su importancia no ha sido menoscabada por ninguno de los ordenamientos procesales que han sabido implantar con buen éxito el principio de la oralidad. Ciertamente que este principio implica, como veremos, una fundamental e importantísima reevaluación de la prueba oral, tanto práctica como teóricamente,

4 Cfr. G. CHIOVENDA, L'oralità e la prova, en la “Riv. dir. proc. civ.”, año I (1924), pp. 5 y ss.

pero esta revaluación no tiene necesidad de ser acompañada por una irracional desvalorización de la prueba documental (preconstituida), la cual, más que en el proceso, obra benéficamente fuera del proceso, en el mundo de las relaciones sustanciales, creando un cierto grado de certeza y de confianza de los coasociados en sus negociaciones, y en general, en sus relaciones jurídicas. De ahí que en los ordenamientos procesales coherentemente fundados sobre el principio de la moralidad, no solamente se explica la permanente admisibilidad e importancia de la prueba documental, sino que se justifica, además, una, permanencia de la eficacia probatoria legal de las escrituras (artículos 2699 y ss. del Código Civil Italiano, similares a los parágrafos 415 y ss. de la ZPO alemana y a los parágrafos 292 y ss. de la ZPO austriaca). Es verdad que, como pronto veremos, el principio de la oralidad implica la libre valoración de la prueba constituyente, pero no significa, por el contrario, el abandono integral de la prueba legal, cuando se limita a las pruebas preconstituidas, las cuales, como repito, desarrollan su eficacia benéfica (de certeza) más bien antes y fuera del proceso, que en el proceso mismo. Los criterios legales en la valoración de la prueba preconstituida se justifican, precisamente porque mediante los mismos, los sujetos de las relaciones sustanciales pueden precaverse contra las inciertas *sidera litium*, en suma, están en posibilidad de preconstituir en sus relaciones y dentro de ciertos límites, una garantía de seguridad. Aquí la prueba legal (preconstituida), tiene fundamentalmente el carácter de un fenómeno preprocesal (sustancial) y no de un fenómeno propiamente procesal.⁵

Por el contrario, en el campo de las pruebas constituyentes, o sea principalmente en el campo de la prueba testimonial *lato sensu*, la prueba legal se justifica solamente como expresión de un (anticuado) ordenamiento procesal escrito, y no se justifica, por el contrario, en un coherente ordenamiento procesal de carácter oral; digo *lato sensu* testimonial, porque quiero aludir —con una terminología que la doctrina italiana ya consigna en MATTEO PESCATORE,⁶ después en LUIGI MATTIROLO⁷ y posteriormente en FRANCESCO CARNELUTTI⁸, pero que tiene orígenes mucho más antiguos— no sólo a las aseveraciones-narraciones de terceros, sino también a las que procedan de las partes, ya sean pro se declaraciones, o por el contrario, contra se declaraciones.

5 Recuerdo que COUTURE, que con una visión tan moderna estudió el problema de la prueba *lato sensu* testimonial, su libertad formal (modo de admisión) y funcional (libre valoración o “sana crítica” de los resultados probatorios), reconoció también que: “la prueba instrumental no es en sí misma una prueba de sana crítica, sino de carácter legal”, al menos hasta el momento de su impugnación por falsedad; cfr. Las “reglas de la sana crítica” en la apreciación de la prueba testimonial, en los Estudios de derecho procesal civil, de E. J. COUTURE, II, Pruebas en materia civil, Buenos Aires, 1949, p. 219; El concepto de fe pública, *ibidem*, cit., pp. 83 y ss. Para la doctrina en lengua alemana, puede verse, por ejemplo, a H. CHIMA, Die Prozes grundsätze in heutiger Schau, en los *Scrittigiuridici* in memoria di P. CALAMANDREI, II, Padova, 1958, p. 477.

6 M. PESCATORE, *La lógica del diritto*, I, Torino, 1863, pp. 80 y ss., 177 y ss.

7 L. MATTIROLO, *Elementi di diritto giudiziario italiano*, II, Torino, 1876, pp. 299 y 361, nota 2.

8 F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, parágrafo N° 31.

Respecto a la prueba *lato sensu* testimonial, los ordenamientos históricos y aún actualmente muchos ordenamientos vigentes (pero no los que se encuentran en la vanguardia del progreso de las reformas procesales), contienen una reglamentación “legal” que se manifiesta esencialmente:

- a) En graves limitaciones a la admisibilidad de la prueba *stricto sensu* testimonial (cfr. aún actualmente los artículos 2721 y ss del Código Civil Italiano y los artículos 246-247 de nuestro Código de Procedimiento Civil, artículos 1341 y ss. del Code Civil francés y artículos 268 a 283 del Code de Procédure Civile);
- b) En la exclusión apriorística de toda eficacia probatoria de la *pro se declaratio* de las partes, con excepción de lo que expreso en el inciso c);
- c) En la eficacia probatoria de carácter obligatorio, de la *pro se declaratio*, a través de un juramento de las partes (juramento como prueba legal, admisible en los estrechos límites establecidos por la ley);
- d) En la eficacia probatoria de carácter obligatorio de la *contra se declaratio* (confesional) de las partes;
- e) A veces, aún actualmente, persisten anacrónicamente absurdas normas de valoración obligatoria, de las declaraciones de terceros (*testis unus testis nullus; in ore duorum vel trium stat veritas*; e inclusive disposiciones de la naturaleza de las mencionadas en una obra antigua atribuida a PILLIO DA MEDICINA: “*ut potius sit credendum ingenio quam libertino, seniori quam iuniori, Honorato quam inferior!, masculo quam femina*”, etc., etc.,⁹

Debo advertir que tales reglas fueron total o casi totalmente abolidas por el Código Austríaco desde su redacción originaria de 1895; por el Código Alemán después de varias Novelas incorporadas en el proyecto oficial de 1931, convertido en ley en 1933; y por numerosas, y en la actualidad numerosísimas legislaciones modernas europeas y extraeuropeas¹⁰ o sea, por todos los ordenamientos procesales que, desde su origen (código kleinano) o en modificaciones posteriores, han adoptado coherentemente, sin los excesos ya mencionados, el principio de la oralidad. Las propias reglas han sido notablemente atenuadas, aunque no suprimidas, en el proceso francés -especialmente a través de la abolición del interrogatoire sur faits et articles, substituido por el libre examen de las partes comparution personello) -; también han sido atenuadas en el proceso italiano, pero no en medida tan notable, en tanto que las veo persistir tenazmente en el proceso español y en varias legislaciones latino-americanas.

9 Podrían mencionarse otras disposiciones muy numerosas de esta naturaleza, de las que pueden deducirse diversas categorías o tipos de hechos jurídicos, de acuerdo con el número y la calidad de los testigos necesarios para la prueba.

10 A su estudio está dedicado por completo el segundo volumen de la obra citada en la nota 1.

¿Cuál es la justificación histórica de semejantes reglas?

Veamos:

4.- Dicha justificación es doble, a mi modo de ver. Primeramente se justifican a la luz de un proceso dominado por la escritura. Después se justifican, o por lo menos se explican - bajo un aspecto general - a la luz de un sistema de pensamiento contrapuesto al que bien puede llamarse moderno, o sea por un sistema que se apoya en esquemas apriorísticos y formalistas más que sobre la directa y correcta observación de los hechos. Es claro que ambas explicaciones están estrechamente relacionadas, ya que la primera constituye una manifestación de la segunda, que es más amplia y comprensiva, en el campo del proceso.

En el campo de las pruebas constituyentes, la escritura ha significado por muchos siglos - aunque no en el proceso clásico romano, inspirado por el contrario, en la oralidad, y desdichadamente en algún ordenamiento todavía vigente, que el juez que debe decidir no tiene directo e inmediato contacto con las partes, con los testigos y con los peritos; sino que juzga exclusivamente a base de protocolos; no observa directamente los hechos probatorios, sino solamente lo que de ellos se refleja en los escritos. ¿Cuáles son las consecuencias de esta actitud?

Examinemos particularmente la prueba testimonial, que como es sabido, es una prueba “mediata” en el sentido de que el hecho (a probar) está representado mediante un hecho posterior (probatorio), o sea la declaración-narración del tercero o de la parte. Actualmente nadie duda de los peligros propios de esta clase de prueba - de inexactitud, deficiencia y falseamiento de la realidad - , a veces inadvertidos pero otras claramente culpables o dolosos. Es indiscutible la “excelencia” de la prueba “inmediata”, por la cual el juez entra en directo e inmediato contacto con el hecho a probar - especialmente a través de la *inspectio ocularis* - ; ¿pero cuál es la influencia del sistema de la escritura en la prueba testimonial? Esta influencia significa que el juez no decide sobre la base de la observación inmediata del hecho a probar, y ni siquiera juzga con apoyo en el hecho (probatorio) representativo del hecho a probar, sino sobre la base de un hecho posterior - la relación, el protocolo - el cual a su vez representa el hecho representativo. Los peligros de inexactitud, deficiencia y falseamiento, etc., aumentan, como es evidente, en progresión geométrica.

Es preciso, además, tener en cuenta que sería fruto de una deplorable simplificación en el análisis, considerar el testimonio como una mera declaración - narración de naturaleza representativa. En realidad, dicha declaración se acompaña de toda una serie de actos, de comportamientos, de datos, en suma, los cuales, si bien no son propiamente “representativos” del hecho a probar, son, sin embargo, susceptibles de valer como “pruebas indirectas”, o sea como indicios de la veracidad de los testigos y de la certeza del hecho narrado por

ellos; se trata del modo como el testigo relata los hechos, de la credibilidad subjetiva del declarante, de verosimilitud objetiva del hecho relatado, etc. Estos indicios, finamente analizados por FRANCESCO MARIO PAGANO en Italia, por JEREMÍAS BENTHAM en Inglaterra, y posteriormente, por ejemplo, por J. W. PLANCK en Alemania, tienen muchas veces tal eficacia de convencimiento, que olvidarlos significaría cerrar los ojos ante la realidad.¹¹ Pero es claro que todos o casi todos estos indicios terminan necesariamente en una falta de valoración en el sistema de la escritura, en el cual el juez que debe decidir no se pone en contacto con los testigos y las partes y no está en posibilidad de admitir y promover, ni tampoco valorizar libremente los importantísimos indicios que se acompañan precisamente a la narración del testigo. He aquí como el concepto mismo de “testimonio”, entendido como “representación de hechos”, se revela, en sí mismo, falso e irreal, o sea como fruto del simplista método de pensamiento que olvida considerar el dato fenoménico en toda su compleja realidad.

El sistema de la oralidad, aplicado en el campo de las pruebas y, en particular, de las pruebas constituyentes, señala el momento del ingreso, en el mundo del juicio jurisdiccional, del diverso método de pensamiento, que habiendo surgido en el periodo de transición del medioevo al renacimiento, y apoyado en nombres como nuestro GALILEO GALILEI, o de BACON, fundador de la escuela experimental moderna, o de tantos otros pensadores y científicos, se encuentra actualmente de manera incontrastable en la base del concepto de juicio en general, que debe estar apoyado no en apriorismos escolásticos o abstracciones simplistas, sino sobre el análisis fenomenológico experimental de la realidad, tal como se manifiesta a la observación. Ciertamente que este método significa una repetida confianza en el hombre, y por tanto, en lo que particularmente nos interesa, en el hombre-juez, en su capacidad de observación objetiva y del análisis serio e imparcial de los datos observados. Las rígidas tarifas matemáticas de valoración de las pruebas, *testis unus testis nullus*, etc., eran ciertamente de más fácil comprensión y aplicación, que el criterio del libre convencimiento apoyado en la base de un análisis concreto e integral y de valoración del dato fenoménico. En el primer caso, al juez le era

11 Cfr. F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1801, Capítulo 2., pp. 101 y s. (obra en la que se observa agudamente, en defensa de la oralidad y de la intermediación en la admisión de la prueba testimonial, que la escritura: “no nos presenta los infinitos aspectos posibles de las cosas (...) Cuando se habla de viva voz pueden observarse el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de hablar, y tantas otras circunstancias pequeñas, pero que modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, suministrando muchos indicios en favor o en contra de la afirmación de las palabras (...). Todas estas manifestaciones se pierden en la escritura, que priva al juez de los argumentos más claros y precisos”). De BENTHAM véase particularmente el *Traite des preuves judiciaires*, en las *Oeuvres* de J. BENTHAM (traducción francesa de H. DUMONT), II, Bruxelles, 1829, pp. 239 y ss., especialmente en las pp. 300 y s. De PLANCK, cfr. el *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, I, Nordlingen, 1877, parágrafo 64, pp. 346 y ss.

suficiente tomar en consideración una sola o algunas de las manifestaciones de ese dato, por ejemplo, el número de los testigos, su grado social, su sexo, et *similia*. En el segundo caso, por el contrario, las manifestaciones que deben valorarse pueden ser infinitas, por lo que la ley no está en posibilidad de señalarlas apriorísticamente.

El método de la observación ha señalado el resurgimiento del pensamiento moderno y ha sido acompañado de un renacimiento de las artes y de las ciencias a través de la confianza del hombre en sí mismo, por lo que, cuando este método penetra en el mundo del proceso, produce, desde hace más de un siglo, todo un potente renacimiento y un fervor reformatorio, que han arrollado o están arrollando los métodos del viejo proceso común, expresión bajo ciertos aspectos admirable, y de cualquier modo interesantísima para el estudioso de una concepción opuesta de la vida y del pensamiento. Es natural, por otra parte, que sea así, porque un renacimiento en los estudios sólo puede surgir cuando el hombre siente, aún cuando no sea con toda claridad, que posee nuevas ideas que debe expresar y realizar. El grandioso resurgimiento de los estudios procesales, que se realizó en Alemania, en Austria y en algún otro país, durante el siglo pasado, constituyó precisamente la expresión de este conocimiento; conocimiento de que el proceso (alemán) común debía reformarse y de que los principios sobre los cuales se apoyaba constituían manifestaciones de métodos y de ideas ya superados. Inclusive los análisis dogmáticos más sutiles y aparentemente de mayor abstracción, aparecen más o menos abiertamente inspirados en el espíritu reformatorio. Es este espíritu el que ha determinado, al iniciarse el presente siglo, la grandeza y el prestigio de la escuela chiovendiana. Es verdad que CHIOVENDA pretendía una reforma muy diversa de la realizada por el código de 1942: basta, para advertirlo, una simple comparación del proyecto chiovendiano con el código actualmente en vigor. Pero precisamente porque el código se aparta en demasiados aspectos de la idea, correctamente entendida, de la oralidad —conservando, por un lado, instituciones como la del juramento como prueba legal, y por otro, creando instituciones que paralizan la inmediación, como la del juez instructor, y así por el estilo— a mi juicio, el propio código no ha obtenido ni podrá obtener jamás el éxito que bajo otros aspectos habría merecido. Pero lo que no se ha hecho, se podrá y deberá hacer. Y mientras tanto es consolador para nosotros advertir que el despertar de los estudios, que en el siglo pasado se realizó fundamentalmente en los países de lengua alemana, ha pasado actualmente, a través de Italia, a muchos otros países latinos, lo que constituye el signo seguro que permite predecir la reforma de los ordenamientos procesales.