

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL JUICIO ORAL EN EL PROCESO CIVIL O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DR. FRANCISCO CHACÓN BRAVO

INTRODUCCIÓN

Los tres grandes sistemas.

Se habla de juicio oral y de juicio escrito, de sus ventajas y desventajas, sin embargo, para conocer la génesis de uno y otro, debemos hacer referencia a los tres grandes sistemas que se aplican en el continente europeo y americano. Estos son: el romano-germánico, *Common Law* y el Socialista.

El primero tiene sus bases en el Derecho Romano, que algunos llaman derechos romanistas, al que se ha preferido agregarle el término germánico.¹ A esta familia romano-germánica, pertenecen Italia, España, Francia, y los países latinoamericanos, entre otros. El *Common Law* es más bien un derecho de jueces; son ellos los llamados a resolver en sus sentencias los litigios entre los particulares, sus sentencias constituyen el precedente que vincula a una Corte inferior. La esencia de este sistema está en la sentencia dictada en el caso concreto, el derecho procesal no es un derecho adjetivo, carac-

terística que se le dio antiguamente dentro del sistema romano-germánico, sino que, por el contrario, las normas procesales tienen el mismo rango y algunas veces superior a las normas de fondo.²

El *Common Law* se aplica en Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, parcialmente en ciertos países musulmanes y en la India. El intenso tráfico comercial entre los países del mundo occidental, la publicidad, el conocimiento que por sus estudios los juristas van adquiriendo en las universidades de los dos primeros países, han hecho que ambos sistemas se acerquen, y en algunos casos hasta se hable de derechos mixtos, como en Escocia, Israel, Unión Sudafricana, Provincia de Quebec, etc. Incluso, los socialistas han englobado a estos sistemas de derecho bajo el nombre común y peyorativo de derechos burgueses.³ Como nuestro procedimiento tiene origen en el sistema romano-germánico y canónico es necesario analizarlos brevemente.

1. DAVID sostiene que en "realidad fueron las universidades alemanas las que impulsaron su estudio a partir del siglo XII, imprimiéndole un desarrollo que viene a vitalizar y dándole al Derecho Romano un tratamiento científico, estudiando las normas jurídicas como normas de conducta vinculadas estrechamente a preocupaciones de justicia y de moral". DAVID, René, *Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1969, *Boletín del Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas*, Comité de Publicaciones, Año 1, enero de 1971, Nº 4, Santiago de Chile, pág. 92.
2. PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano*, citado por ARTELES, Sebastián. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, dice que: "La contraposición romana 'ius civile' u 'ius praetorium', es muy semejante a la inglesa 'common law' y 'equity' el primero formado por las costumbres y sentencias de los tribunales, y el segundo, que se desarrolla en forma paralela, fundado en la equidad atempera el excesivo rigor del primero".
3. Dice WEISNIR: "Es notorio que el proceso anglosajón tiende a imponer ciertas modalidades propias al proceso continental europeo e hispanoamericano. Pero, por su parte, recibe la influencia de este último así un curioso fenómeno de ósmosis, que también se revela en otros aspectos de ambos derechos. Ya en otra oportunidad hemos anotado que entre el sistema de 'Common Law' y el que los anglosajones llaman 'Derecho Civil', se está produciendo, de largo tiempo atrás, un proceso lento de aproximación. En tanto que el derecho americano busca, en la magna empresa de 'restatments', su reducción a principios, en el derecho codificado está produciéndose, cada día más, una penetración de la jurisprudencia. Bien puede acontecer que llegue un día en que el derecho tenga, junto con la significación lógica y sistemática de los principios, la plasticidad y el sentido vivo del derecho de casos". WEISNIR MILAR, Robert. *Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grosmann. Ediar.S.A. Editores. Buenos Aires, 1945. El estudio de la jurisprudencia en el estudio romano-germánico cobra en la actualidad una importancia fundamental, no se puede saber derecho si no se conoce la jurisprudencia ésta es como dijo MAURY, en *Los Estudios en honor de RIPERT*, Vol. I, p. 28 citado por SATTÀ, en su conferencia dictada el 8 de junio de 1952, en San Giovanni a Porte Latina "Es la jurisprudencia la forma única que constituye la forma viviente del Derecho, ella sola es la regla aplicada. SATTÀ, Salvatore, *Derecho Procesal Civil*, tomo III, *Soliloquios y Coloquios de un jurista*, p. 22.

1. EL PROCESO EN EL DERECHO ROMANO

1.1. Las tres grandes épocas del proceso romano.

La historia del procedimiento romano ha sido dividida en tres épocas, que corresponden a tres sistemas: el de la *legis actionis* hasta la segunda mitad del s. II a.C., el sistema formulario (*formulae*) del s. III d.C., y el sistema extraordinario (*extraordinaria cognitio*).⁴ Cuando se habla de instituciones jurídicas el Derecho Romano resulta inevitable. "Todo el mundo civilizado lleva impreso el sello de las leyes de Roma."⁵

1.2. Funciones del Magistrado y del Juez.

El Estado es el garante de la paz, las disputas entre los particulares, obliga a acudir ante el magistrado, quien no es un juez, sino un funcionario con imperio público para hacer respetar y cumplir las decisiones. El funcionario primero fue un delegado del rey *prefecto urbano*, y en la República se denominaba *pretor*. Es el demandante el que debe conducir, incluso a la fuerza, al demandado. El magistrado no juzga ni dicta sentencia, lo que hace es organizar el proceso, examinar al demandante respecto de la acción, declarar el derecho y enviar a las partes ante el juez, que no es magistrado ni funcionario, sino un particular⁶ o ante un colegio que investiga los hechos y emite su opinión, la sentencia⁷.

1.3. División del Proceso en dos etapas.

Tanto este sistema de la *legis actiones* y como en el formulario, el proceso se divide en dos etapas: Una ante el magistrado (*in iure*) y otra ante el juez (*in*

iudicio). Se ha sostenido que en el sistema primitivo de la *legis actiones*, el magistrado no sólo no juzga, sino, que ni siquiera, da las instrucciones sobre el juicio. El primero es el sistema a) de formas solemnes, sacramentales, simbólicas. Bien es cierto que por este formalismo podría perderse el juicio, que tiene su explicación como lo podemos ver en la nota al pie⁸, pero esta parte es ante el magistrado, no ante el juez, ante éste se exponen las propias razones y los elementos de prueba. Tanto, las declaraciones de los testigos, como el juramento voluntario, son de mayor importancia que la prueba documental. En la valoración de las pruebas el juez goza de la más amplia libertad, no hay ley que le imponga reglas de ninguna clase; incluso puede estar de acuerdo en que una parte se niegue a prestar juramento. Valora los testimonios, y puede basar sus conclusiones en argumentos de presunción⁹. El proceso se inicia con la *ius vocatio*, o llamamiento para la comparecencia del demandado ante el magistrado, hecho por el actor. En caso de que no aceptase comparecer se autoriza al actor a llamar testigos y hacerlos comparecer por la fuerza pública. El demandante formula su demanda y el demandado puede allanarse, atender el juramento deferido, reconociendo o no la existencia de la deuda u oponerse a las alegaciones, en que se pasa a la etapa ante el juez.¹⁰ Éste, examina la fórmula, comprueba los hechos a que se refiere el caso escrito en la fórmula, fórmula que le manda a condenar o absolver si se dan los supuestos que ella describe y termina el proceso con una sentencia. El poder del juez se

-
4. BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, p.161. KASER, Max. *Derecho Romano Privado*, Traducción José Santa Cruz Tejeiro. Madrid, 1968, p. 353 y ss.
 5. BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*, Traducción de José Santa Cruz Tejeiro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
 6. D'ORS, Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1975, p.54.
 7. CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Instituciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p.12.
 8. "Las acciones que estuvieron de uso entre los antiguos se llaman 'acciones de la ley' (*legis actiones*) y esto ya porque eran creadas por leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso) ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así si alguien accionase por el corte de vides y nombrase la palabra vides (*vites*) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debía haber nombrado la palabra 'árboles' (*arbores*) ya que la ley de las XII Tablas, sobre la cual reposa esta acción por corte de vides habla de manera general de 'árboles cortados'" GAIUS, *Institutas*. Texto traducido por Alfredo de Prieto, Ediciones Librería Jurídica La Plata, Argentina, 1967, p. 280.
 9. BONFANTE, Pietro. *Op.cit.*, p. 195.
 10. FRANCISCI, Pietro. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 554; IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ariel S.A., Barcelona, 1967, p.190.

llama *officium*¹¹, el proceso se cierra definitivamente con la sentencia del juez.

En el proceso clásico la organización judicial se limita a un tribunal compuesto por ciudadanos que juzgan las controversias de sus conciudadanos, sin que exista otro organismo superior a él. No es posible concebir una segunda instancia o apelación. Durante el proceso formulario escrito parece que se admite la apelación. En cambio siempre fue posible en Roma interponer el recurso de nulidad contra las sentencias nulas o inexistentes, por falta de capacidad de una parte o por no haber concedido audiencia el juez, o por haberse salido de los términos de la fórmula. Había un recurso extraordinario de *restitutio in integrum*.¹² La evolución es lenta, dura siglos; los periodos se superponen unos con otros.¹³ El sistema formulario es sustituido por el extraordinario *cognitio*, tiene como característica principal que el pretor y el juez se identifican en una misma persona, desapareciendo las dos fases *iure* y *apud iudicium* a que hemos hecho referencia.¹⁴ El sistema de la *legis actiones* era exclusivamente oral. La escritura estaba poco difundida y en consecuencia la

prueba instrumental también era escasa. En el sistema formulario, la fórmula era redactada por escrito, sin embargo, en lo fundamental, el proceso era oral, puesto que el juez y las partes interrogaban a los testigos oralmente. Es en el sistema extraordinario del Bajo Imperio, que tanto la demanda como los demás actos del proceso, tienen forma escrita. Con razón se ha dicho que "a medida que la forma escrita avanza hasta imponerse definitivamente, la verdad moral se distancia cada vez más de la verdad procesal." "Siglos más tarde en la Edad Media, bajo la influencia del Derecho Canónico, el proceso romano toma una forma absolutamente escrita que se llama romano-canónico, proceso común italiano medieval. Desde entonces el proceso, que antes era un conjunto de actos vivos, se convierte en un expediente de actas muertas".¹⁵ El proceso actual latinoamericano no supo aprovechar el genio jurídico de los clásicos romanos, para incorporar en su derecho, la agilidad del proceso oral, y salvar así principios fundamentales para una recta administración de justicia, como son los de inmediatez y libre valoración de la prueba.

EL PROCEDIMIENTO GERMÁNICO

Un estudio de la evolución del Derecho Procesal, por muy breve que sea, no puede prescindir del análisis del proceso germánico. Cuando los bárbaros invaden el Imperio Romano en la alta Edad Media, llevan consigo sus leyes y su procedimiento. En algunas regiones sustituyó al proceso romano, y en otras, este último conservó su aplicación.¹⁶ El Imperio Romano impuso su derecho no sólo en la Península Itálica, sino también en todo su territorio conquistado, hasta su caída en el s. V. El proceso germánico estaba vigente en el norte de Europa, en aquellos pueblos que no habían sido conquistados

por los romanos. Estos pueblos tenían un derecho procesal mucho más primitivo, pero era el propio, y tratan de imponerlo. La lucha entre el proceso romano y el proceso germánico comienza, pero ha de tomarse en cuenta un nuevo elemento; lo que en la actualidad son: España, Francia, Inglaterra y Alemania, fueron provincias conquistadas por los romanos, que tenían su propio derecho, y así junto al Derecho Romano y Germánico va produciéndose y elaborándose un derecho local: Chater en Inglaterra, Coutumes en Francia, Cartas y Fueros en España.¹⁷

11. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Nacional S.A., México, 1952, p. 638 y ss.

12. JORS, P y KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano*. Editorial Labor, Madrid, 1965, p. 531.

13. ARU, Luigi, ORESTANO, Riccardo. *Sinopsis del Derecho Romano*. Editorial EPESA, Madrid, 1964, p. 64.

14. Sobre la compensación entre los sistemas formulario y extraordinario, véase MARGADAN, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*, Editorial Esfinge, México, 1968, p.173.

15. CUENCA, Humberto. *Op.cit.*, pp.16 y 17.

16. LIEBMANN, Enrico Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980, p. 30. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Editorial A.B.C., Bogotá, 1985, t. I, p. 17. CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1922, p. 10.

17. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 19 y 20. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Op.cit.*, p. 53.

Los bárbaros no tenían leyes escritas, juzgaban según las costumbres observadas por los ancianos. La facultad de juzgar la tenía el pueblo representado en sus asambleas. Éstas eran presididas por un jefe nombrado por dicho pueblo; las asambleas se reunían al aire libre, en bosques, colinas o plazas.¹⁸ Ellas se constituyeron en tribunal. Con la institución del rey, se nombró un magistrado que las presidía, designándose a un *iure* para la redacción de la sentencia que era sometida a su aprobación. En la época merovingia, las asambleas se convirtieron en Tribunales del Rey, pero el procedimiento no varió. Con los carolingios, la justicia perdió su carácter popular para convertirse en real.¹⁹

El procedimiento penal y el civil estaban confundidos. Anteriormente se introdujeron algunas modificaciones como la forma de citación, pero siempre siguió siendo público, oral y formalista. El proceso se iniciaba con la cita que hacía el asesor al demandado ante la Asamblea, allí el actor exponía su demanda, ofrecía testigos sobre su honorabilidad. Luego se dictaba una sentencia interlocutoria, que no era vinculante para el demandado quien podía o no conformarse con ella; si no se conformaba ofrecía testigos, no sobre los hechos, sino de su conducta, y se sometía al juicio de Dios. Dios intervendría directamente haciéndole salir bien de la prueba, puesto que él no podía menos de favorecer al inocente, alterando las leyes naturales por el triunfo de la justicia. La prueba del fuego consistía en tomar una barra candente, y si al cabo de tres días no presentaba señal grave de quemadura se le declaraba inocente. La prueba del agua caliente, similar a la anterior, se hacía introduciendo la mano en agua hirviendo. El

desafío era un combate con el cual al vencedor se le daba la razón.²⁰ La prueba se realizaba ante la Asamblea que dictaba sentencia.²¹ ¿Qué hacía pensar que estos juicios tan primitivos pudieran servir como sistema de prueba en el proceso? Solo nos cabe pensar en tres fundamentos: la profunda religiosidad y superstición de estos pueblos; un juicio de probabilidades estadísticas. Y una reversión de la carga de la prueba ya que es al inocente a quien corresponde probar que es inocente, es decir, en forma contraria, al principio romano de que quien afirma es el que prueba no el que niega. Bien es cierto que este principio no fue tan absoluto en el Derecho Romano pero no cabe duda de su aplicación general. Arraigada profundamente la creencia de la intervención divina. Sólo quien, realmente, sabía que los hechos de su demanda eran ciertos, se animaba a comparecer ante la Asamblea a hacer una afirmación de tan graves consecuencias. Por otro lado, el demandado, estaría siempre dispuesto a reconocer la verdad en esta primera fase del proceso, y no tendría el valor ni la disposición psicológica, de someterse a un juicio, en que de acuerdo con las reglas de la naturaleza su litigio estaba perdido. Obsérvese que el acusado en el fondo es quien va a demostrar su inocencia con las pruebas del fuego y del agua. Es probable que la mayoría de los juicios se resolvieran en la sentencia interlocutoria, por la aceptación de los hechos por parte del demandado. MANCINI expresa que talvez se consideró como medio de transacción para terminar la *litis* independientemente de la determinación de la razón, como el juramento decisorio.²²

PROCESO CANÓNICO

El Derecho Canónico regula las relaciones entre la Iglesia y los individuos que la integran. Tiene su propia jurisdicción y tribunales. Éstos, aplicaron el procedimiento romano, introduciéndole algunos cambios. Este procedimiento mixto se aplicó también a causas civiles cuando las partes estuvieran de acuerdo. Pero el procedimiento tampoco fue estrictamente romano, por la influencia que sobre él ejer-

cían también las instituciones germánicas. Se aplicó siempre que no establecieran lo contrario las leyes locales, y por eso se le llamó procedimiento común. Sus bases, romana y germánica, plantearon serias discusiones al investigarse su génesis. Discusión, que desde luego, tiene una gran importancia en cuanto al estudio del procedimiento civil occidental de España, Italia, Francia y Alemania.

18. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil Comercial*, Ediar Soc. Anon, Editores, Buenos Aires, 1956, p. 213. WYNESS MILLAR, *Principios Formativos del Procedimiento Civil*, p. 187, citado por ALSINA. *Op.cit.*, p. 214.

19. GLASSON, *Histoire de Droit*, t.II, p.76 y ss., t.III, p.316. Citado por ALSINA, *op. cit.*, p. 214.

20. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ordallas.

21. ALSINA, Hugo. *Op.cit.*, p.215.

22. MANCINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p.12.

2. ROMANISMO Y GERMANISMO EN EL PROCESO CIVIL ACTUAL

En los siglos XV y XVI, los países europeos receptan el Derecho Romano. En Alemania se aplica en la práctica.²³ Qué tanto de romanismo y qué tanto de germanismo existe en el proceso civil, fue tema que ya planteó CHIOVENDA, en una proclama leída en la Universidad de Parma, el 5 de diciembre de 1901, publicado en la Rivista Italiana Per la Scienze Juridice en el año de 1902. Al final del s. XVIII se consideró al proceso común como el Derecho Justiniano modificado por el Derecho Canónico.

En Alemania, una corriente patriótica, se mostró hostil al derecho extranjero.²⁴ En 1819 la Academia de Ciencias de Munich, convocó a un concurso sobre cómo estaba constituido, en la antigua justicia germánica y bárbara, el procedimiento público civil y penal. Ludovico Maurer obtuvo el premio con su obra "La Historia del Antiguo Proceso Alemán Particularmente Bárbaro", Maurer sostuvo que el proceso francés es, en el fondo, germánico, que la adopción de este proceso era más bien una restitución del proceso germánico, en vez de la victoria del extranjero. Savigny²⁵ lanzó en 1815 los primeros volúmenes sobre "La Historia del Derecho Romano en la Edad Media", en donde señalaba el método de estudio del derecho en todos los campos, y la necesidad de investigar las relaciones que han tenido lugar entre el Derecho Romano y el Germánico en tiempos y territorios correspondientes a las relaciones más importantes.²⁶ Este gran jurista afirma la importancia del elemento germánico como modificador del Derecho Romano en el proceso, partiendo de un examen profundo del proceso romano puro, tanto

clásico como justiniano. En los primeros 30 años del s. XIX, Heffter y Bayer, acentúan el predominio dado al elemento romano, pero Nietzsche, escribiendo a propósito del libro de Heffter, afirmaba que los romanistas decretistas de la Edad Media, incluso de la Escuela Italiana, no enseñaban más que Derecho Germánico. Según él, el proceso común alemán no es ya el antiguo germánico, mucho menos el romano, sino un desarrollo de los antiguos usos y formas germánicas, bajo la influencia del Derecho Romano, pero de un modo sustancialmente autónomo.

CHIOVENDA hace notar las divergencias de los escritores al considerar el moderno proceso germánico frente al proceso común y al francés y cita de dos manuales de historia, uno italiano y otro alemán; en el italiano se dice: "En el moderno derecho procesal bien poco se vive el procedimiento germánico; el mismo por el contrario es el producto de la combinación de las instituciones romanas con las canónicas"; en el alemán se dice: "El actual derecho procesal es, en su raíz, un puro producto nacional germánico". Después de un profundo análisis sostiene Chioven- da lo siguiente: "La base del proceso francés, como del italiano, como del alemán, es el proceso romano canónico o italiano medieval. La doctrina italiana, resultado ella misma de la fusión de ideas romanas y germánicas, se encuentra en Francia en nuevo contacto con el proceso germánico, y con lento, pero seguro camino, lo suplanta: camino más lento y más difícil, como es sabido, en la Francia del norte (*Patria iuris consuetudinari*). Ya en el s. XII el estudio del Derecho Romano y del Canónico produce obras de argumento procesal. Los primeros escritores del

23. KOSCHATER, Pablo. *Europa y el Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. SANTA CRUZ TEJEIRO, José, Madrid, 1955, p. 193.

24. Dice KOSCHATER "Aproximadamente desde mediados del siglo XIX constituye un dogma para la germanística alemana el considerar la recepción del Derecho Romano en Alemania como una calamidad nacional... Por otra parte no deja de tener sabor irónico de que un tratado de Derecho Romano cuidadosamente elaborado y preferido de los estudiantes sea el de Rudolf Sohm, autor de relevantes condiciones pedagógicas si bien como jurista, figura entre los más destacados germanistas (alemanes), ver cita. Este Derecho Romano elaborado por los comentaristas era propiamente un derecho de juristas y fueron éstos los que formados en Italia con el estudio del Derecho Romano y del Canónico facilitaron la penetración del primero de estos Derechos en la práctica jurídica alemana. KOSCHATER, *Op.cit.*, pp. 224-225 y 242. Dice KUNKEL Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ediciones Ariel, traducción de Juan Miguel, 1970, que "a partir del siglo XIX, la investigación del Derecho Romano vino a experimentar un nuevo auge. Alemania fue el punto de partida y el centro de este movimiento divergente más de un siglo, y la personalidad de quien propiamente arrancó todo fue Federico Carlos von Savigny (1779-1861). Imprimió también su sello característico el Código Civil, el cual iba a significar el fin de la vigencia directa del Derecho Romano: no solo por su contenido fundamental, sino también por su espíritu, es romano el Código Civil Alemán al menos en el sentido como entendía en el siglo XIX el Derecho Romano, por eso resulta adecuado que, incluso después de la promulgación del Código Civil, las lecciones de Derecho Privado Romano hayan conservado el papel de introducción general al pensamiento jurídico privado y en especial al Derecho Civil".

25. SAVIGNY, citado por CHIOVENDA, *Ensayos... Op.cit.*, p. 306.

26. CHIOVENDA. *Op.cit.*, p. 306.

Derecho francés están dominados por el Derecho Romano.²⁷ Treinta años más tarde, Chiovenda, en la conferencia leída en el anfiteatro de la Facultad de Derecho de Bucarest, el 26 de mayo de 1932, y publicada en Rivista di Diritto Procesale Civile, de este año, escribía: "La idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno; oprimida por las vicisitudes de los siglos, oscurecida por la superposición de conceptos y costumbres que derivan de la mentalidad de otras razas, la misma resiste tenazmente arraigándose en los oasis que sobreviven de pensamiento romano, en las tierras Derecho Romano, en los juicios eclesiásticos, en la escuela, dispuesta a imponerse, apenas las condiciones de la civilización lo permitan: la historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana" y agrega: "La idea romana, deformada y ahogada por la idea germánica, sobrevive durante siete u ocho siglos confiándose a dos textos de las fuentes, *Lex Difamari* y *Lex si contenda*, que no tienen nada que ver con las acciones prejudiciales; y, en la Edad Moderna, es principalmente la doctrina alemana la que tiene el gran mérito de reavivar la idea romana, despojándola de las envolturas germánicas; es la doctrina alemana la que nos enseña el camino que nos ha llevado de nuevo al Derecho de Roma." "Ahora bien, es necesario pensar, que cuando en Italia, a partir del s. XI, volvió a adquirir importancia el Derecho Romano, primero en las escuelas y después poco a poco en los juicios, y comenzó la formación de aquel derecho común que debía después convertirse en el derecho de las más importantes naciones europeas, el proceso germánico dominaba desde hacía quinientos años en los Tribunales. Es fácil comprender que, en tan largo espacio de tiempo, el sano, realista y positivo concepto de las pruebas romanas se había desarraigado de nuestro espíritu, y que los textos romanos volvían a estar en vigor en un ambiente profundamente cambiado. Desaparecieron lentamente los juicios de Dios, pero subsistió el carácter formal de las pruebas que los mismos sustituyeron. Se formó así el sistema de la prueba legal, es decir, un conjunto de reglas preestablecidas, según las cuales se debían valorar las diversas pruebas, y en particular, la prueba testimonial. En el *speculo iuris* de Duranti, el gran canonista procesalista del s. XIII, se encuentran enumeradas 96 reglas sobre la credibilidad de los testigos. Bien se comprende que, en

este sistema, la posición del juez quedó muy distante de la del juez romano: el oficio del juzgador se redujo a la aplicación obligatoria y apriorística de normas formales, y a la verificación, a menudo absolutamente aritmética, de los elementos necesarios para formar, en el caso concreto, lo que se llamó la verdad legal. Contribuía a este estado de cosas el hábito escolástico de pensar, y de argumentar que era propio de los escritores de Derecho, como de los filósofos, e incluso de los naturalistas. Debieron pasar todavía muchos siglos; debió operarse por virtud del renacimiento italiano, la renovación del método científico sobre la base de la observación, y este método debió conquistar lentamente las ciencias morales y, por último, la ciencia jurídica; debió realizarse, finalmente, la gran convulsión política que cerró el s. XVIII y señaló, con la continuación de los estudios del Derecho Público, la nueva era del Derecho Procesal, que tiene por centro la persona del juez considerada como órgano de una función pública fundamental; para que la doctrina reafirmase el principio de la libre convicción del juez, y la práctica estuviese preparada para recibirlo. Y fue, una vez más, el triunfo de la idea romana. Triunfo, en verdad no del todo completo: algunos derechos modernos conservan numerosos residuos del sistema de la prueba legal". "Estrechamente vinculada con la función de la prueba está la forma del proceso. Un proceso dominado por el principio de la libre convicción del juez, y que quiera realizar seriamente este principio, no puede ser más que oral, porque sólo el proceso oral permite al juez formarse un convencimiento con la observación personal y directa del material de la causa. Nosotros indicamos con la expresión sintética de 'proceso oral' un proceso en el que es el mismo juez el que debe pronunciar las sentencias que recoge los elementos de su convicción, y esto es, el que interroga a las partes, a los testigos, a los peritos, y examina con sus propios ojos los objetos y lugares controvertidos: para que esto sea posible, es necesario que el juez sea la misma persona física desde el principio hasta el fin de la tramitación de la causa; que las actividades procesales estén concentradas en un breve período de tiempo y se desarrollen sin interrupción, resolviéndose los incidentes en la misma sesión; que el contacto entre las partes y el juez sea inmediato y que, como medio de comunicación, sirva predominantemente la viva voz. 'Oralidad' es un nombre que

27. CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho Procesal Civil. Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1949.

indica, por tanto, un conjunto de principios interdependientes. Pues bien: el proceso romano fue, como es fácil pensar, eminentemente oral, en la plenitud de significado de esta palabra, y por la razón íntima y profunda de que esto era exigido para la función de

la prueba. Nosotros tenemos en las oraciones de Cicerón, en los documentos procesales que nos han quedado, en los textos mismos del *corpus iuris*, una cantidad de testimonios sobre este carácter del proceso romano.²⁸

3. PROCESO ORAL vs. PROCESO ESCRITO

Ya vimos, en los puntos anteriores, la evolución del Derecho Procesal, y pudimos también leer la magnífica conferencia de Chiovenda pronunciada en la Facultad de Derecho de Bucarest. En resumen, el proceso romano convive y recepta al Derecho Germánico, y termina de nuevo imponiendo sus propias ideas.

¿Cuál es el hecho que, fue determinante en esta lucha de supervivencia? Estimamos que no fue otro que el Código de Procedimientos Civiles Francés, de la época de Napoleón. Aunque se ha dicho con justificada razón, que este Código posee defectos, que hicieron imposible alcanzar la altura y trascendencia de otros Códigos como el Civil, sin embargo, de él dice Chiovenda: "Este proceso francés, frente al pesado y complicado proceso común germánico, aparecía, con enérgico contraste, más simple, más adaptable, más ligero, presentando realizadas aquella oralidad y aquella publicidad de los juicios que ya formaban confusamente la base de las universales aspiraciones reformistas."²⁹

El defecto más sobresaliente del proceso romano canónico y común es el predominio del elemento escrito a tal punto, que se imponía el principio "lo que no está en las actas no está en el mundo". El predominio de la escritura hace totalmente innecesarias las relaciones entre el juzgador y las partes, testigos y peritos. Se da una violación absoluta a principios fundamentales como son el de inmediatez, que consiste en la percepción directa e integral por parte del juez de la prueba y el de la publicidad, para que terceras personas puedan fiscalizar la actividad jurisdiccional.³⁰ Los escritos provocan contra escritos, y se hacen largos y somnolientos. El

juez carece de poderes; las partes son las que instan el curso del proceso, todas o la mayoría de las resoluciones tienen apelación, las pruebas tienen el valor que la ley les da, la confesión hace innecesarias las demás pruebas, un solo testigo nada prueba, de manera que su valoración no la hace el juez, sino que está tasada por la ley. Obsérvese la similitud de características con nuestro sistema. Pues bien, este sistema arcaico no podía subsistir ante la ideología de la Revolución Francesa, por lo menos en su totalidad. Francia fue el país que se puso a la vanguardia con el principio de la oralidad y de la publicidad, aunque dejó subsistentes algunos institutos típicos del proceso común, entre ellos, algunas pruebas legales. Esto hizo que el modelo francés fuera a su vez insuficiente, pero no cabe duda de que fue un paso decisivo. Las dos obras más importantes después de la francesa son, sin lugar a duda, el Código de Procedimientos Civiles de Hannover, de 1850 y el Código Alemán, Civiles Procesos Nunc, de 1877.³¹ Si se observan las características del denominado proceso común de base romano-germánico y canónico, a que hemos hecho referencia en el punto anterior, nos damos cuenta que las características de nuestro proceso escrito, son coincidentes con las de dicho proceso. Couture dijo "El Derecho Procesal de los países de América es de origen español. Algunas redacciones son anteriores a la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855, en ese caso la influencia se debe a la legislación de Partidas y de Indias...en este conjunto aparecen vocablos de origen árabe como alcalde, almoneda, alguacil..." todo esto, sobre un tejido de Derecho español que, como se verá más adelante, no es sino la reproducción

28. CHIOVENDA, *Idea Romana en el Proceso Civil Moderno. Ensayos...*, *Op.cit.*, pp.352, 359, 361, 362, 363, 364. Hemos preferido las transcripciones largas de las citas de la conferencia, no sólo por la belleza con la que fueron dichas, sino por la gran autoridad científica de quien las dijo.

29. CHIOVENDA, *Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil*, *Op.cit.*, p. 303.

30. SILVA MELERO, Valentín. *La Prueba Procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo I, p. 28.

31. CAPELLETI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1972.

casi literal del *stilus curiae* romano canónico del siglo XIII³², y más adelante agrega: "Mientras los códigos del principio del s. XIX se apartan del planteamiento romano canónico, especialmente los Códigos de tipo Napoleónico, el proceso español y portugués se mantenían en él aun a mediados del siglo, 1855, quedando desde esta fecha fijado hasta hoy en las leyes de enjuiciamiento. Sobre su base se hallan contruidos los códigos de casi todos los países de América del Sur y Central, y aun en la de América del Norte se encuentran los de California y Louisiana."³³ Sobre el sistema de España y de los países iberoamericanos se ha dicho que "el cuarto grupo, al que nos referimos y en el cual nos encontramos, debemos reconocer que es el menos evolucionado. En realidad, tenemos que aceptar, en una visión muy esquemática, por supuesto, que el sistema se encuentra todavía en la etapa del proceso común, anterior a las reformas que provocó la Revolución Francesa. Como dice Couture, heredamos el régimen español ya atrasado dos siglos con respecto a sus contemporáneos. Sólo algunos códigos modernos y algunos procesos especiales escapan a esta característica. Se trata de un procedimiento escrito 'desesperadamente escrito' (solemos decir) en el cual la prueba se recibe en audiencias separadas por funcionarios que transcriben las declaraciones de testigos y de partes. Predomina el sistema dispositivo y el juez tiene restringidas sus facultades. En materia probatoria el instituto típico es el de las diligencias para mejor proveer. Es que el juez, que no ha sido protagonista del proceso, sólo en la etapa final (cuando se le elevan por la secretaria los autos para la sentencia), conoce el expediente y puede pedir ciertas pruebas. Inclusive los códigos más modernos facultan al juez para interrogar... no usan en la práctica. Los alegatos también son escritos, en general. El sistema de recursos es el común, admitiéndose la reposición, apelación y nulidad. Así mismo, la casación existe en múltiples países, y en algunos, excepcionalmente, la revisión. En estos el procedimiento es escrito, de todo lo cual surge un proceso excesivamente lento y burocrático."³⁴

Por lo pronto podemos afirmar, que el sistema procesal escrito es el más atrasado, a nivel mundial, sólo comparable con los códigos del s. XIII. El nuevo Código Procesal Civil, si bien actualiza y mejora los vocablos, ordena y sistematiza mejor los capítu-

los, traslada artículos que se encontraban en otros cuerpos legales, como en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Civil, y los coloca en el nuevo Código, donde en verdad deben estar, abrevia términos, crea nuevos procesos como el monitorio, y en fin podemos decir que es el código más moderno del sistema escrito, no rompió con las viejas estructuras que le impone dicho sistema y perdimos la oportunidad de haber salido del subdesarrollo jurídico que en materia de procedimientos nos encontramos. Podemos decir que el nuevo Código Procesal es el más moderno del mundo dentro del sistema más atrasado.

3.1. El proceso escrito en materia penal.

Quienes en los primeros años de nuestra carrera judicial tuvimos que administrar justicia con el sistema escrito del antiguo Código de Procedimientos Penales que tenía el procedimiento escrito, sabemos que actualmente serían muy pocos, por no decir ninguno los jueces que quisieran dictar sentencias con dicho Código. Aparte del increíble atraso que sufría el expediente, la Administración de Justicia padecía las mayores distorsiones, generadas por el propio sistema procesal aplicado. El juez instrúa el proceso de oficio, por noticia recibida que le daban las autoridades de policía, por denuncia o acusación de los particulares. El reo no declaraba con defensor, y como los abogados litigantes estaban obligados a tener, por lo menos, dos defensas de oficio, en la mayoría de los casos se limitaban a aceptar y jurar el cargo. Así instruido el proceso por el juez, con la intervención del Ministerio Público, cuyo papel estaba reducido a recibir notificaciones, finalizaba el sumario con una audiencia a las partes, y se cerraba con un sobreseimiento definitivo o provisional, o con un auto de enjuiciamiento y prisión. Esta resolución era el principio y el fin del proceso; en teoría significaba que habían motivos suficientes para llamar a juicio al inculcado, pero en la práctica los plazos y términos para ofrecer y evacuar prueba, transcurrían en la más terrible soledad, eran simples trámites sin contenido, salvo que un defensor particular, llamado tardíamente, tratara de cambiar el rumbo de las cosas. Quien dictaba la sentencia no era el juez que había recibido la prueba. En la práctica los alcaldes eran los jueces de instrucción, por comisión del juez de la causa. El juez penal, sin

32. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 24.

33. COUTURE, Eduardo J. *Op.cit.*, p. 167,

34. BESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, 1984, p.47 y 48.

conocer al reo ni haber oído a los testigos (porque aun en los casos de haberse evacuado prueba en la etapa de plenario, la mayor parte de las veces, ésta era recibida por los escribientes, salvo las excepciones, que siempre las hay, de jueces sobresalientes por su estudio y dedicación al trabajo), dictaba la sentencia después de muchos meses, y hasta años, de estarse esperando el fallo. El defensor, se limitaba a redactar un escrito, en que consignaba la palabra "apelo", para elevar el caso a la Sala. La mayoría de las sentencias —si el delito era grave— llegaban a conocimiento del superior por vía de consulta, y de nuevo allí esperaba pacientemente el fallo, que llegaría después de muchos meses o talvez años y sólo si un defensor, se hubiere interesado en el asunto, se dictaba, también después de meses de espera la resolución de Casación. Es necesario reconocer que la Sala de Casación en aquella época se encontraba sin retraso.

Ante un panorama tan desolador, en el último año de mi carrera de abogado, hablé con monseñor Rodríguez, capellán de la Penitenciaría Central, quien recomendó al escritor José León Sánchez, detenido en ese centro en esa época, como coordinador dentro del penal, para la organización de la defensa por abogados católicos militantes, como parte de su apostolado. La idea no tuvo éxito, porque fui nombrado Alcalde en un lejano lugar, lo que me impidió el ejercicio profesional.

Así narrado, a los jóvenes profesores de Derecho Penal o a los estudiantes, el procedimiento penal escrito, parece sacado de los tenebrosos archivos de la Inquisición. Sin embargo esta historia es reciente. Podrá ser contada por los abogados experimentados que hayan cumplido en el ejercicio profesional sus bodas de plata. Con la vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penales, casi todos ellos, optaron por no conocer asuntos en esa materia.

3.1.1. El paso del sistema escrito al sistema oral.

Con el Nuevo Código Procesal Penal, Costa Rica pasó de la Edad Media a los tiempos modernos. Esta trascendental reforma tuvo grandes opo-

sitores; y todavía se encuentran juristas de renombre que prefieren el sistema escrito por considerarlo más económico. Pero ahorrar no es no gastar, sino saber cómo se gasta. Un juicio penal cuya duración era similar a la de uno civil, pasó a tener un promedio de trece meses de duración.³⁵ Estoy seguro de que con el viejo sistema procesal penal, aún estarían sin resolver juicios tan importantes como el de La Familia.

3.1.2. La experiencia en ambos sistemas.

La experiencia adquirida en algunos juicios penales en los cuales integré un Tribunal Superior y el haber trabajado tanto con el sistema escrito del proceso penal como del civil, me han llevado a comprender que las ventajas del sistema oral pueden aplicarse también en los casos civiles.³⁶ Es cierto que cuando, en los procesos escritos tuve que dictar sentencia, me era muy difícil pensar que pudiera hacerlo con la rapidez que requería el sistema oral. No podía concebir cómo si tardaba hasta tres días en el examen de un expediente y además debía buscar las citas de doctrina y jurisprudencia, podía resolver el caso inmediatamente después del debate, y pocas horas después leer el veredicto o parte dispositiva. Sin embargo, la experiencia fue muy halagüeña. La sentencia podía dictarse bien, rápidamente, y con algo muy importante: el sentimiento de haber acertado.

¿Por qué esto no podía trasladarse al proceso civil?, ¿por qué el proceso civil tenía que seguir siendo lento, complejo, difícil de resolver? Vamos a ver las objeciones que se le hacen al juicio oral en materia civil, para darnos cuenta, que éstas no tienen razón de ser.

3.1.3. Objeciones al juicio oral en el Proceso Civil

Dicen los civilistas que el Derecho Civil es más difícil que el Derecho Penal, por eso no se puede dictar sentencia inmediatamente después de realizado el juicio, lo que es base fundamental del proceso oral. No comparto este criterio, ya que la complejidad del caso no es ningún obstáculo pues durante la etapa escrita el juez tiene suficiente tiempo para estudiar los problemas doctrinarios. El estudio de los

35. Informe de la Sección de Estadística del Poder Judicial, 1987.

36. La jurisdicción contencioso-administrativa no es más que un caso particular de jurisdicción especial de naturaleza civil. PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 33. La Asociación Alemana de Profesores de Derecho Procesal se ha ocupado, en colaboración con los administrativistas, del tema. El objeto litigioso en el procedimiento civil y en el procedimiento administrativo en las jornadas realizadas en Heidelberg, en 1952. Ver, HEIZ SCHWAB, Karl. *EL Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1968. Traducción de Tomas A. Banzhaf, p. 8.

casos, sea civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, requiere de muchas horas de estudio y meditación y ningún penalista serio, va a un juicio a improvisar en él la defensa de su cliente, ni en cuanto a la prueba ni en cuanto a las conclusiones doctrinales, de manera que ésta no es ninguna objeción seria, y más bien es producto de lo desconocido por la falta de práctica... ALCALÁ-ZAMORA en su trabajo "Bases para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense", expuso: "La oralidad, por sí sola, no es una panacea, e inclusive se presta a lo que CALAMANDREI, pese a ser oralista, llamó desbordamiento del *bel canto*. Pero si la cifra y preparación de funcionarios judiciales que la encaucen y la seriedad de los abogados que la utilicen permite implantarla en condiciones adecuadas; si se combina de manera efectiva con la concentración y con la inmediatividad en la recepción por el juzgador de las pruebas e informes, y si de la primera instancia conoce un órgano jurisdiccional monocrático y no un órgano colegiado, entonces contribuirá decisivamente a acelerar la marcha de los juicios, cuya lentitud es una de las deficiencias procesales con mayor frecuencia y energía señaladas por la crítica."³⁷ De igual criterio participa ARGUEDAS, cuando expuso: "Al implicar la oralidad la existencia de una intermediación y concentración, dota al proceso de una mayor celeridad"³⁸, sin embargo, este gran procesalista costarricense no se convirtió en un defensor del sistema oral y agregó más adelante: "La oralidad podría dejarse reservada para asuntos determinados, los de menor cuantía y los de familia, por ejemplo, puede preverse también que aun tratándose de esa categoría de asuntos, para que la misma funcione como corresponde, debe contar el Estado con los medios materiales y humanos idóneos para llevarla a cabo. Todo lo cual nos hace pensar que su posición obedece a razones

estrictamente económicas y no doctrinarias".³⁹ HERRERA se mostró abiertamente en contra expresando "No estoy de acuerdo en introducir la oralidad en el proceso civil, toda vez que el objeto procesal no lo requiere", sin embargo agrega: "Pensamos que lo más factible sería establecer la oralidad en forma optativa o bien únicamente para los juicios en donde se ventilen cuestiones de familia: divorcios, investigación de paternidad. La ventaja es que ya contamos con una experiencia, cual es la oralidad en el proceso penal la que sin duda constituye un avance en nuestra legislación. Cabe agregar que lo más valioso de este aporte estriba en no cerrar la posibilidad del proceso oral en materia civil, aunque sea en forma optativa y en el reconocimiento a lo valioso de la experiencia del juicio oral en materia penal."⁴⁰ El nuevo Código Procesal Civil que entrará en vigencia en mayo de 1990, ha sido fuertemente criticado. En Costa Rica, los agraristas toman la vanguardia, así ZELEDÓN destaca la importancia de la publicización, de la oralidad, concentración, inmediatez. Sin embargo, en la práctica al no obligarse al juez a dictar el fallo inmediatamente después, de realizado el debate, bajo pena de nulidad, y mantener para la segunda instancia consignado lo que dicen los testigos en las actas, sin libertad para interrogar los jueces a las partes, con la agilidad que permite su no consignación, el juicio oral agrario, carece de requisitos esenciales, de manera que podemos afirmar, que no pasó de ser una buena intención sin lograr establecerlo.⁴¹ Un grupo de jóvenes abogados estudiosos, se inclinaron por el juicio oral, y así expresaron "Técnicamente el proceso oral es el más aconsejable", RÓNALD CÓRDOBA escribe valientemente una tesis de grado en la que critica con gran propiedad el sistema escrito y se muestra abiertamente defensor de la oralidad.⁴²

37. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Bases de trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense". En: *Revista Judicial*, N° 7, Costa Rica, marzo de 1978, p. 38.

38. ARGUEDAS SALAZAR, Olman. "Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el Código Procesal Civil". En: *Revista Judicial*, N° 7, marzo de 1978, p. 48.

39. *Ibid.* Sin embargo en su libro *Temas Procesales*, Editorial Collegium Academicum, San José, al tratar el tema de la oralidad son mayores las ventajas que concede al sistema oral que al sistema escrito. En primer lugar apunta que reduce en dos tercios el número de actos procesales, ventaja que ya de por sí sería suficiente para pensar que es mejor el primer sistema; agrega "No existe el formalismo del sistema escrito", "al resolverse los incidentes en la audiencia se suprime la disgregación de los actos procesales que sí ocurre en el proceso escrito", "cuando es necesario apreciar la espontaneidad de las declaraciones (testigo perito, confesante) es evidente que el contacto personal de éstos y el juez conduce a una mejor apreciación". "Los poderes del juez de impulsar el procedimiento señalando las audiencias, realizando de oficio pruebas admitidas, haciendo a las partes aclarar puntos oscuros, son aspectos que se realizan mejor en el proceso oral que en el escrito por la relación inmediata del juez con las partes."

40. HERRERA, Luis. "Comentario a las bases de trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense". En: *Revista Judicial*, N° 9, Costa Rica, setiembre de 1978, p. 30.

41. ZELEDÓN, Ricardo. "La doctrina procesal agraria". En: *Revista Judicial*, N° 16, junio de 1980, Costa Rica, p.48; "Derecho y Proceso Agrario". En: *Revista Judicial*, N° 14, diciembre de 1979, p. 30 y 31.

42. CÓRDOBA ARTAVIA, Rónald, *Los Poderes del Juez en el Proceso Moderno*, Tesis, 1988.