

COMPLEJIDADES APLICATIVAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: ORALIDAD Y DOCTRINA PROBABLE, LA TRADICIÓN JURÍDICA ESCRITURARIA OCCIDENTAL¹

"Que otros se jacten de las páginas que han escrito;
a mí me enorgullecen las que he leído".

J. L. Borges

"Sin embargo, nos compete, bajo la tormenta de Dios,
Oh poetas, erguidos y con la cabeza descubierta,
Asir con nuestras propias manos el rayo de luz del Padre,
Y pasar, envuelto en canción, ese regalo divino a la gente".

F. Hölderlin.

Resumen

En virtud de los primeros meses de vigencia plena del Código General del Proceso en nuestros recintos judiciales, se impone la necesidad de reflexionar acerca de las tensiones que se pueden generar en el desarrollo del traspaso acelerado y violento de un sistema jurídico procesal de tradición continental hacia la incorporación de

.....
¹ Esta ponencia fue expuesta de forma resumida en el II Congreso Internacional de Sociología Jurídica, organizado por la Universidad Católica de Colombia a inicios de agosto de 2016. Su pretensión es más sociológica y descriptiva, reflexiva y analítica que puramente dogmática. Sin embargo variaciones de ella, que fueron expuestas en otros escenarios como en la Universidad Nacional de Colombia durante el año 2014 o en la Universidad Santo Tomás de Tunja a lo largo del mismo año, sí pretendieron establecer discusiones puramente dogmáticas.

criterios ajenos a tal sistema. El escenario problemático planteado en este artículo pone en evidencia que si bien existe la pretensión de descongestionar la administración de justicia, tal descongestión deviene en el rompimiento de toda una tradición jurídica sustantiva y procesal de nuestro derecho continental.

A la vera de evacuar rápidamente los procesos de los ciudadanos puede caerse en el equívoco de desestructurar la figura y función de la sentencia judicial, ya que al no poder ser esta debidamente consultada o discutida ¿estamos en condiciones de aplicar una normatividad procesal que genera una revolución irresponsable en nuestra tradición jurídica, en especial, cuando nuestros funcionarios no se encuentran preparados para ello? Si bien los ciudadanos tienen acceso a una justicia, ¿esta no terminará siendo más que un ejercicio inconsciente, apresurado y poco reflexivo?

Abstract

During the applicability of the General Procedural Code in our courtrooms, arises the need to reflect the tensions about an accelerated development and violent transition towards a procedural legal system of continental tendency, adopting some elements outside that system. In this sense, the problematic scenario that this article addresses is that, though relieving the administration of justice, it leads to the breakdown of all continental substantive and procedural legal tradition.

In order to get a fast resolution of judicial proceedings citizens may fall into the ambiguity of deconstructing the figure and function of the court judgment, unable to be properly consulted or discussed. Are we in a position to implement a procedural regulation that generates an irresponsible revolution in the continental legal tradition, especially when the officers are not prepared for it? While citizens have access to justice, doesn't it ends up being nothing more than an unconscious exercise, rushed and unreflective?

Palabras clave: CGP, oralidad, escrituralidad, procedimiento, racionalidad, derecho judicial

Keywords: CGP, orality, writing, process, rationality, judicial law.

¿Un código de procedimiento “constitucionalmente” incoherente? ¿Debido proceso o celeridad?

El Código General del Proceso (en adelante CGP) entró a regir hace escasos meses en todo el territorio nacional y desde muy distintos círculos académicos, aplicativos y profesionales y con muy diversas posiciones, ha sido objeto de valoración. Por un lado están quienes saludan —en buenahora— su promulgación y, en otros ámbitos, quienes lamentan su entrada en vigencia, principalmente por la falta de infraestructura suficiente o por la imposibilidad de cumplimiento —ya que no existen los medios técnicos necesarios para su implementación— o, en general, debido a sus muchas evidentes inconsistencias.

Podríamos decir que por lo menos desde la expedición de la Ley 23 de 1991, esto es, durante los últimos 30 años, el criterio fundamental del legislador ha sido, por un lado, legislar tratando de imprimirle celeridad a los procesos y, por el otro, tratar de descongestionar los despachos judiciales; todo a como dé lugar. Entre los años 1991 y 2016, cada año y medio, promediando por lo bajo, ha cambiado sustancialmente el Código de Procedimiento Civil² (CPC) en cuanto al régimen de requisitos de procedibilidad, trámites asignados a un asunto, tasas por acceso a la justicia o la terminación o suspensión del proceso, así como a los tipos de procedimiento o las etapas del mismo, la tasación de bienes embargados a rematar o los requisitos de ejecutabilidad de obligaciones (casos como el de la contradictoria y permanente reforma a figuras como la perención en los artículos

.....
2 Además de la Ley 23 de 1991, podrían citarse, entre otras muchas otras normas que tenían como finalidad la descongestión de los despachos judiciales, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, la Ley 640 de 2001 por la cual se ordena el requisito de conciliación previa, el Decreto 131 de 2001, la Resolución 198 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Ley 794 de 2003, la parte procesal de la Ley 820 de 2003, la Ley 1116 de 2006, la Ley 1394 de 2010 sobre arancel judicial, la Ley 1395 por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, la Ley 1561 de 2012, la Ley 1563 de 2012, el Decreto 2677 de 2012, y la Ley 1564 de 2012, contentiva del CGP, así como, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la justicia, entre otras.

346³ y 347⁴ del CPC rayan en lo absurdo y donde parecía que se reformaba la ley dependiendo de lo que fuera más útil para el abogado de turno, de la comisión redactora o del Instituto Colombiano de Derecho Procesal), todo lo cual atentó gravemente contra la seguridad jurídica de los usuarios de la justicia civil⁵.

.....
3 "Artículo 346. *Perención del proceso*. Cuando en el curso de la primera instancia el expediente permanezca en la secretaría durante seis o más meses, por estar pendiente su trámite de un acto del demandante, el juez decretará la perención del proceso, si el demandado lo solicita antes de que aquél ejecute dicho acto.

El término se contará a partir del día siguiente al de la notificación del último auto o al de la práctica de la última diligencia o audiencia.

En el mismo auto se decretará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere, y se condenará en costas al demandante. Dicho auto se notificará como la sentencia; ejecutoriado y cumplido se archivará el expediente.

La perención pone fin al proceso e impide que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes, contados a partir de la notificación del auto que la decreta, o de la del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, si fuere el caso.

Decretada la perención por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiere lugar.

Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los procesos en que sea parte la Nación, una institución financiera nacionalizada, un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial o un municipio. Tampoco se aplica a los procesos de división de bienes comunes, deslinde, liquidación de sociedades, de sucesión por causa de muerte y jurisdicción voluntaria.

En los procesos de ejecución podrá pedirse, en vez de la perención, que se decrete el embargo de los bienes perseguidos, siempre que no estén gravados con prenda o hipoteca a favor de acreedor que actúe en el proceso. Los bienes embargados no podrán embargarse de nuevo en el mismo proceso, antes de un año. Si en el trámite de las excepciones durante la primera instancia, el expediente permanece en secretaría seis meses o más, por estar pendiente de un acto del ejecutado, y el ejecutante lo solicite antes de que se efectúe dicho acto, el juez declarará desiertas las excepciones. El término se contará como dispone el inciso primero de este artículo.

El auto que decreta la perención es apelable en el efecto suspensivo. El que decreta el embargo en procesos ejecutivos en el diferido, y el que lo deniegue, en el devolutivo".

4 "Artículo 347. *Perención de la segunda instancia*. Con las excepciones indicadas en el inciso sexto del artículo precedente, a solicitud de la parte que no haya apelado ni adherido a la apelación, el superior declarará desierto el recurso cuando por la causa indicada en el artículo anterior, el expediente haya permanecido en la secretaría durante seis o más meses, contados como se dispone en el inciso primero del mismo artículo".

5 Desde la técnica legislativa y desde la Teoría de las garantías constitucionales no son pocas las voces que desde Radbruch, hasta Ch. Perelman pasando por supuesto por Karl Larenz y Robert Alexy, parecieran sugerir que las normas que menos conviene reformar frecuentemente son las normas procesales. En efecto, el procedimiento es la ritualidad que necesariamente debe estar fija en la ley y la constitución, por cuanto de ellos mismos va a depender la realización de los derechos sustanciales. La expedición, pero sobre todo la entrada en vigencia de una nueva norma, específicamente de carácter procesal, va a tener que estar acompañada de un plazo de tiempo razonable, de profusas campañas pedagógicas y de la interiorización de la ritualidad que, por supuesto, debe ser coincidente en cuanto a su comprensión no solo por toda la población sujeta a ella, sino en especial por los abogados litigantes y los profesores de derecho (Desde la terminación de la redacción del BGB en 1896 hasta su entrada en vigencia en 1900 se desarrollaron intensas campañas de discusión y pedagogía, a pesar de que el nuevo código no implicaba cambios estructurales de procedimiento judicial).

Según sus promotores, el CGP es por excelencia la materialización de esa intención de celeridad, descongestión y premura; pero no queda claro qué tan realizables son esas intenciones, ni mucho menos, qué tan constitucionales y coherentes son esas mismas finalidades y objetivos a mediano y largo plazo.

En efecto, esas intenciones de descongestión y celeridad, en una primera instancia y desde una perspectiva eficientista del Estado parecen objetivos muy deseables, pues entre más congestionados estén los despachos judiciales menos visible y accesible va a ser la justicia para los ciudadanos. Entre muchos factores, cabe mencionar el más simple: la percepción psicológica generalizada de que es mejor no acudir a una jurisdicción morosa. Ello parece, en principio, desdecir de la seriedad del Estado, si se parte de que se debería brindar un acceso razonable al aparato de justicia, siempre que la realización de los derechos sustanciales a través de los juicios son una de las primeras erogaciones que se derivan de un pacto social que, entre otras cosas, implica el pago de unos impuestos, que en nuestro país cada vez son más considerables y determinantes para el buen discurrir de la economía del ciudadano (Holmes & Sunstein, 2012, p. 81).

Sin embargo, si el punto se examina con un poco más de detenimiento, el Estado, por lo menos el colombiano, desde la expedición de la Carta Política de 1991, no está guiado de manera prevalente por una idea de eficiencia y eficacia, sino que, por el contrario, lo que se desprende de sus principios rectores es que este sea un Estado de derecho, donde, entre otros muchos derechos fundamentales, se ha postulado un debido proceso como elemento liminar regulatorio constitucional de todos los procedimientos, y en el que el derecho sustancial debe prevalecer sobre el procesal⁶. Así pues, desde una interpretación teleológica, la

.....
6 Un Estado social de derecho como el colombiano se plantea justamente ser una república democrática, participativa y pluralista fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución .Política, art. 1) así mismo este Estado social de derecho se ancla en la Constitución Política como norma de normas, en tanto que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (C.P, art. 4), cuya disposición constitucional particular en materia de garantías procesales es el artículo 29 que consagra en favor del ciudadano el debido proceso, el cual se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que implica igualmente que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público **sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Así mismo es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. Nótese como, la única expresión que sugiere la celeridad, tiene que ver con la de dilaciones injustificadas, que recién ha quedado

eficiencia y la eficacia deben ceder ante la realización plena y sobre todo certera de los derechos, tarea que como objetivo comporta la efectiva postulación, desarrollo y juiciosa realización de un instrumento: el debido proceso.

Ahora bien, teniendo claro que antes que rápidos, los procesos deben ser certeros, pues incluso los derechos sustanciales prevalecen sobre los procesales; cabe decir que la expresión “*debido proceso*” (*due process*) copiada de un sistema anglosajón bastante ajeno a nuestras raíces continentales (en donde cabe anotar que desde siempre se habló, incluso desde el derecho romano, de un juicio justo, que pareciera dar cuenta de una manera mucho más precisa de lo que conlleva ese concepto y contener nociones, incluso más precisas en ciertas aristas que otras, sobre lo que esas dos expresiones persiguen)⁷, parece haber hecho tránsito, de acuerdo a la jurisprudencia en vía de tutela de todas las altas cortes existentes en Colombia, a una observancia muy rigurosa de las formas. Esta rigurosidad por un lado se constituye en un derecho fundamental —porque así lo dispone expresamente el artículo 29 superior— pero, por otro, pareciera desprenderse —de la jurisprudencia de los cuatro periodos en los que ya parece plausible y aceptable temporizar los tipos de decisiones que han sido emanadas de la Corte Constitucional⁸— que la mínima inobservancia de esas formas estaría implicando automáticamente una violación inadmisibles al derecho fundamental al debido proceso dentro de un Estado (de derecho) que, a su turno, no solo terminaría minando el tratamiento igualitario de los asociados frente a él (artículo 13 superior) a nivel administrativo o jurisdiccional, sino que además corrompería,

subrayada, y que pareciera más aplicable a los procesos penales o disciplinarios, en general sancionatorios y que debería interpretarse sistemáticamente con el principio de habeas corpus, como en todo el constitucionalismo procesal comparado; pero en ninguna norma de la Carta, se privilegia la celeridad procesal como punto prevalente constitucional que deba guiar los procesos jurisdiccionales, menos aún civiles en nuestro país.

7 Sobre el particular argumenta Eugène Petit, en su *Tratado Elemental de Derecho Romano*, que la marcha del proceso en el derecho romano se realizaba a través de una serie de garantías tanto para demandante como para demandado, concretadas en la garantía de su presencia como necesaria y fundamental para el desarrollo del juicio. Explica que las partes están revestidas de las mismas oportunidades procesales para que sus correspondientes testigos acudan al juicio y rindan el correspondiente testimonio. También se precisa que el domicilio del demandado es inviolable en caso de inasistencia al juicio (Petit, 2007, pp. 619 - 620).

8 De 1992 a 1994 y de 1994 a 2000 parecieran haber sido los periodos más vanguardistas y proclives a ampliar decididamente el espectro de derechos. De otro lado en el periodo comprendido entre 2000 y 2008, se puede hablar de una Corte que, si bien es liberal, se lee un tanto más autorrestringida y, finalmente, en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2016 resulta ser aparatosa cualquier clase de descripción, pero por lo menos se ha respetado mínimamente un precedente internacional de los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos.

poco a poco, la conquista de los otros derechos más importantes incluso que el mismo derecho a ese debido proceso; pues solo es a través de los procedimientos jurisdiccionales, administrativos, legislativos (y lo que ha dado en llamarse procedimientos constitucionales) que pueden materializarse todos los otros derechos sustanciales, no solo fundamentales, sino incluso los que típicamente se discuten en las demás jurisdicciones ordinarias del país.

Entendidas así las cosas, una primera reflexión liminar y crítica de este texto, es que es entonces altamente incoherente que mientras en vía de tutela se protege por parte de la jurisdicción constitucional, de manera insoslayable, el derecho al debido proceso, entendido como la observancia absoluta y el respeto desmedido a las formas (todo lo cual reconduce incluso a nulidades procesales de rango constitucional que retrotraen los procesos a instancias ya cursadas —lo que por supuesto dilata enormemente los procesos—pero que en un sentido de coherencia constitucional es lo deseable)⁹, en atención a que el ritualismo es una de las principales garantías de la materialización de los derechos sustanciales¹⁰; sea la misma Corte Constitucional quien haya declarado exequible y constitucional la expedición de normas procesales de rango legal que tengan como fundamento y objetivo principal imprimirle celeridad a los procesos, por un lado, y por el otro, descongestionar los despachos judiciales al costo que sea necesario¹¹, sin tener en cuenta suficientemente, otra serie de criterios y elementos prevalentes, como la certeza del derecho sustancial y la prevalencia de la verdad material que deberían desprenderse de la labor jurisdiccional constitucional y ordinaria; y que, al parecer, sí son tenidos en cuenta de manera prevalente en la jurisprudencia de tutela de esa misma corporación¹². Nótese como, por ejemplo, las sanciones por

9 Nótese como esas mismas decisiones muy puntualmente han puesto la celeridad por encima del respeto de las formas, y cuando lo han hecho, ha sido en materia de procesos sancionatorios contra personas naturales, casi nunca en procesos sobre contratos o propiedad, esto es, en procesos pertenecientes a la jurisdicción civil o comercial.

10 Sobre el particular se pueden referir las sentencias C-475 de 1997, C-648 de 2001 y C-633 de 2012.

11 Se resaltan las sentencias C-037 de 1998, C-249 de 1999 y C-826 de 2013.

12 Tanto es así que la Corte Constitucional ha determinado y variado sus criterios para admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues ha pasado de la tesis de la vía de hecho a la construcción dogmática de los defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. Es así como en sentencia T-1216 de 2005, la Corte Constitucional arguyó que “se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela *contra sentencias judiciales* mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo (*superando la tesis de la vía de hecho como violación grosera y flagrante del orden constitucional por parte del operador judicial*). Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional (...)

inasistencia a las audiencias estarían desconociendo esos dos principios constitucionales, que luego podrían (como bien ha ocurrido en infinidad de procesos) ser atacados por vía de tutela, con decisiones constitucionales a favor del ciudadano sancionado; efecto que, entre otras cosas, dilataría mucho más los procesos.

Sin pretender entrar en diatribas innecesarias, lo que parece ser cierto es que la comisión redactora del CGP incurrió, como ya ha ocurrido anteriormente, en no pocas inconsistencias y en algún grado de irresponsabilidad al pretender dar saltos significativos no solo en términos de celeridad por vía de oralidad —intención legislativa que, como recién se evidencia, desde 1992 parece ser abiertamente inconstitucional, amén de la inobservancia de ciertos elementos en la propia jurisprudencia sobre el tema, emanada de la misma Corte Constitucional— sino al tratar por la fuerza de implementar, lo que, si se me permite, desde ahora llamaré “*cambios culturales arbitrarios*” que pareciera son imposibles de llevar a la práctica, como adelante se pondrá específicamente de presente.

¿Precedente riguroso o celeridad a través de audiencias únicas?

Este texto quiere acentuar uno de esos elementos que ha sido dejado de lado por el legislador. Se quiere poner de presente una implementación del CGP que, en principio, en estos seis meses, de enero a junio de 2016, parece pasar inadvertida aunque ha implicado una grave complejidad en términos aplicativos del derecho. Tal aplicación no ha tenido en cuenta acervos culturales muy importantes, en especial, del derecho judicial que, por antonomasia, debería ser el que prime en un código que, para parafrasear al casacionista Piero Calamandrei, está dirigido en un todo al juez, aplicador del derecho procesal por excelencia.

Esa implementación es por cierto ilógica e incongruente pues, por un lado, el CGP exige la oralidad como presupuesto de la celeridad, incluso sancionando disciplinariamente al juez que no la aplique a rajatabla o que sistemáticamente suspenda audiencias; mientras que otra parte del código también impone sanciones

Es indispensable que *de dicha situación* se desprenda una clara *vulneración a la Constitución*.” Así mismo la Corte constitucional en sentencia T 078 de 2014 afirmó sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que “*cuando se comprueba la existencia de una de las causales materiales que se señalaron, se atenta contra uno o varios de los elementos constitutivos del debido proceso y por lo tanto, no sólo se justifica, sino se exige la intervención del juez constitucional*”.

al juez que desconozca el precedente o se aparte de él injustificadamente¹³. Sin embargo no queda claro en esa contradicción cómo el juez inferior, obligado al precedente, ha de consultar el estado de las cuestiones en cuanto a la vinculatividad u obligatoriedad precedencial: ¿cuál ha de ser el receptáculo de la decisión vinculante para el juez? Recordemos que la escrituralidad ha quedado casi prohibida, entonces, ¿Cómo ha de ser consultada por el juez inferior, que pretende seguir ese precedente, la decisión superior anterior que lo ata? ¿Qué parte de la decisión ha de vincular entonces al juez inferior en sus futuros fallos?

Si la escrituralidad ha quedado condenada al ostracismo en el CGP y no parece sensato ni adecuado que la doctrina probable o el mal llamado *stare decisis* sea consultado en un video de una audiencia o en una cinta magnetofónica de la misma, se han impuesto por parte del CGP, cargas y deberes altamente gravosos, en términos aplicativos en contra del juez¹⁴. Pero esas cargas funcionales o del trabajo parecieran ser lo menos trascendente a la hora de analizar la enjundia y la seriedad no solo de los fallos, que deben ser ya no escritos sino orales, sino del CGP mismo.

A esta altura es necesario acotar que todo pareciera indicar que los precedentes que el CGP ordena que han de ser observados son los apuntados por la Corte Suprema de justicia, si es que en una presunción de rigor se debe partir de que el legislador profirió normas teniendo en cuenta las decisiones jurisdiccionales sobre precedente, por ejemplo, la sentencia C-836 de 2001 en la que, entre otras,

.....
13 Al respecto cabe destacar, por un lado, el artículo 191 del CGP, el cual le endilga al juez la obligación perentoria de fallar en primera instancia en un tiempo máximo de un año contado desde la notificación de la demanda o del mandamiento de pago según sea el caso; y por el otro, el numeral 6 del artículo 45 ibídem, disposición que le da un carácter mucho más vinculante al efímero y esquivo concepto de la doctrina probable del artículo 10 de la Ley 57 de 1887. Dos nuevos cambios normativos introducidos con el nuevo estatuto procesal que, a todas luces, le dan más importancia a cuestiones procesales que sustanciales.

14 Precisamente, los cambios normativos realizados por el CGP, en punto de la forma en cómo se documentan las actuaciones procesales son numerosos y de gran trascendencia. Al respecto, no solo hay que mencionar el hecho de que la transición a la oralidad (situación que inició formalmente con la Ley 1395 de 2010), conllevó, de suyo, no solo la implementación de audiencias, sino también la forma en como las mismas se archivan en el expediente. En efecto, el artículo 107 ibídem eliminó el acta escrita del CPC, y en cambio de esta, dispuso la grabación a través de audio, video o similares, como único medio para hacer la mencionada documentación. Inclusive, el numeral 6° de la norma comentada proscribía expresamente la reproducción escrita de las audiencias y diligencias. Uno de los pocos rastros de la escrituralidad que parece haber dejado el CGP al respecto, es que, de manera excepcional, se puede documentar el desarrollo de una audiencia o diligencia, siempre y cuando se tengan fallas en la implementación de la grabación audiovisual cuando esas actuaciones se realicen por fuera del despacho judicial. Aun así, en esos eventos la mencionada acta tan solo servirá para documentar ciertos aspectos de la audiencia o diligencia, mas no la ejecución de las mismas.

se declara exequible la comprensión del precedente en Colombia y especialmente la de la doctrina probable¹⁵.

En general, coinciden los procesalistas en admitir que la finalidad misma del CGP fue la de implementar la oralidad en todo el ámbito judicial nacional, partiendo de que esa innovación desembocaría en un efecto claro: celeridad jurisdiccional. Con ese propósito pareciera haber sido expedido el CGP, entre otras, a instancias de no pocas entidades y organizaciones internacionales como USAID, quien desde los años noventa del siglo pasado, procuró instaurar en toda Latinoamérica los principios, métodos y epistemes dominantes en el derecho anglosajón, específicamente el de los Estados Unidos de América¹⁶.

Aclarado lo anterior, es necesario reiterar que existe, o un vacío, o una contradicción interna en el CGP, pues si constituye falta disciplinaria suspender las audiencias o hacer anotaciones durante el procedimiento —que debe ser siempre oral y cuando lo apropiado es grabar en sistemas magnetofónicos o en video el desarrollo de la audiencia— y, por otro lado, se ordena seguir el precedente de manera rigurosa para poder coordinar el sistema jurisdiccional en cuanto a su coherencia decisional, se ha dejado, a lo sumo, un vacío de no poca monta: la seguridad jurídica que pareciera promover el seguimiento riguroso del precedente, quedó desvertebrada por la orden lapidaria de “*no escrituralidad*” en el procedimiento.

15 Sobre el particular revisar el análisis que sobre la sentencia C-836 de 2001 realizaron Julián Caballero Nuñez, Iveth Rodríguez Muñoz y Rodolfo Pérez Vásquez en su artículo: *Análisis de la jurisprudencia C- 836 de 2001 emanada de la Corte Constitucional*. Recuperado de https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-9/art-6.pdf. En efecto, en el nuevo artículo 333 de la Ley 1564 de 2012 contentiva del CGP y que modificó el artículo 365 de nuestro anterior código de procedimiento civil, se leen, entre otros, como fines del recurso de casación los dos siguientes: **proteger los derechos constitucionales** y **unificar la jurisprudencia nacional**. El primero de los mencionados es una novedad, en tanto que el segundo es uno de los ya clásicos objetivos del recurso de casación.

A su vez el artículo séptimo del mismo ordenamiento prescribe que: “*los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina*”. Así mismo indica que “*cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos*”. Finalmente la normatividad indica que “*el proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley*”.

16 Ha sido evidente la influencia de los Estados Unidos de Norteamérica quien a través de agencias como USAID, ha realizado seguimiento estricto a las reformas legales procesales en Latinoamérica. Cfr. proyecto de seguimiento de las reformas procesales penales en las Américas. Consultado el 5 de septiembre de 2016. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnacy354.pdf. Nota sobre USAID y las experiencias de reformas procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia disponible en: <http://www.bivica.org/upload/reforma-procesal-experiencias.pdf>

¿Qué debe hacer entonces un juez para, primero estudiar y luego decidir, que precedente (o que parte del mismo) le ata en un caso nuevo por fallar, respecto de la jurisprudencia vinculante anterior y teniendo en cuenta lo ordenado por el CGP?

Desde no pocos frentes se han desarrollado resistencias frente a la comprensión que debe otorgársele al CGP a este respecto. Pero sin entrar en más ambages, debería ponerse de manifiesto que no es una necesidad de la Corte Suprema en sus tres salas de decisión, ni una tozudez de las salas de decisión de los Tribunales Superiores, su actitud de seguir profiriendo sentencias escritas que, a lo sumo, dentro de las audiencias, simplemente se leen. Al analizar los dos grupos de normas anotadas al pie precedentemente, se llega, en efecto, a una pregunta interesante: ¿Dónde podrán consultar los jueces, los precedentes respectivos?, ¿cuál será el adminículo, el archivo o el repositorio institucional típico de consultación de las providencias que constituyen doctrina probable y que vinculan a los jueces inferiores en sus futuros fallos?

La cuestión, sin embargo, encierra un punto que es mucho más complejo. No es una simple discusión legislativa sobre el quehacer jurisdiccional. En efecto, a diferencia de lo que a primera vista pudiera pensarse, no se está frente a una simple modificación del obrar del juez. A continuación, trataré de demostrar que más que una norma sobre las audiencias obligatorias, y el contradictorio y obligatorio precedente, lo que al parecer sin mayor enjundia y detenimiento estaría modificando el disoluto CGP, es una episteme cultural de enorme, profunda y antigua trascendencia.

¿Qué tan grave es el problema y cuáles son los límites interpretativos de las reformas?

Siempre que se expide una norma jurídica nueva, le compete a la dogmática una función interpretativa, o mejor aún la adecuación de su interpretación. Esta tarea implica minuciosas labores, como la de explorar comparativamente con la correspondiente norma derogada, las razones que tuvo en ese entonces el legislador para realizar la modificación y, paso seguido, contraponer una hipótesis que consolide la nueva norma en un contexto dado. Una conclusión es imperiosa: la regulación dada por la anterior norma a la respectiva situación resultó insuficiente

o a lo menos inadecuada. Sin embargo una detallada exposición de cada una de esas tareas resultaría ser un tema extenso e inadecuado para un espacio tan corto como es el de esta sencilla disertación y sobre todo en lo que refiere no solo a una ley, sino a todo un código, como es el CGP.

Sin embargo, un punto que llama poderosamente la atención, desde la *lege ferenda*, esto es, desde la lectura de lo que resultaría deseable que ocurriera con el derecho, por parte de la dogmática, en el caso de la norma citada, son los así denominados por Karl Larenz (1995) en su obra *Metodología de la ciencia del derecho* o *Methodenlehre*, criterios teleológico objetivos.

Al respecto menciona Larenz, citando al profesor Friedrich Müller, en su obra *Estructura de la norma y normatividad*, que:

La norma jurídica no es ninguna forma encasquetada autoritariamente en la realidad, sino una consecuencia ordenadora y reguladora proveniente de la estructura objetiva del propio sector regulado, comprensión que a todas luces, por supuesto, deja traslucir una profunda visión hegeliana de la legislación (...) Las estructuras objetivas previamente dadas del sector normativo a regular son de hecho, criterios objetivos de interpretación, porque su observancia, en orden a la interpretación, resulta que en la ley respectiva se propone una regulación más adecuada del asunto. Cuando el legislador, debido por ejemplo, a un fin considerado provisional, ha querido consciente y perceptiblemente sobreponerse a tales estructuras, ellos no son criterio alguno de interpretación” (Müller citado por Larenz & Canaris, 1995, pp. 332 y ss.).

Aplicando al caso el método recién propuesto, cabe anotar entonces que se exige, en multiplicidad de normas, que se practique la oralidad, que incluso todo el trámite se procure en una única audiencia sin interrupciones, sin suspensiones, sin distractores que obvien la profundidad decisora del fallador, en su defecto en dos audiencias: una preparatoria que simplemente evacuaría la posibilidad de conciliación, fijaría los puntos en litigio y prepararía el espectro probatorio y una segunda audiencia de evacuación de pruebas, alegaciones y fallo.

Pero desde ya se notan graves inconsistencias en semejante pretensión del legislador; pues si lo que se pretendía era emular el sistema jurídico norteamericano, debió tener en cuenta y recordar el legislador que en los procedimientos por audiencias en casi todos los estados federados de los Estados Unidos de Norteamérica, e incluso en ese mismo país, a nivel federal, no solo es posible sino deseable una serie de suspensiones a la audiencia, que van a permitirle a las

partes analizar y discutir de una mejor manera las pruebas, recabar y rehacer para mejorar y delimitar los interrogatorios de la contraparte y sobre todo de testigos (Radbruch, 1999). Así mismo, la audiencia de fallo, luego de muchas audiencias divididas o suspendidas, es lo que va a permitir la aplicación del principio de inmediación y concentración: así, tanto el juez como los jurados de conciencia, pero también las partes, los fiscales y defensores, podrán hacer un estudio completo, detallado y minucioso de todo el acervo probatorio y la posibilidad de modificar los criterios que inicialmente se tenían sobre la naturaleza y peso del litigio. En Colombia todo eso le ha quedado prohibido al juez y a las partes so pena de incurrir en una falta disciplinaria (Véase Num. 2 art. 107 CGP).

Por supuesto, en las indagaciones previas para confeccionar este escrito — que no pretenden constituir un estudio científico estadístico ni un estudio de caso— nos fue posible escuchar a jueces y magistrados que saludaban entusiasmados esta modificación, pues como ellos mismos lo referían —no sé si siguiendo a Dworkin o no— existen asuntos muy fáciles, muy sencillos, en familia o en civil que pueden ser fallados desde que se tiene (completa) la contestación de la demanda. “Todo —sugerían— puede hacerse en una sola mañana o tarde”. Sin embargo, al cuestionarlos sobre la complejidad un poco mayor de cualquier asunto sometido a su conocimiento, por lo menos dudaban o manifestaban preocupación, cuando se les ponía de presente que una suspensión de la audiencia podría implicar estar incursos en faltas disciplinarias. Admitían que, definitivamente, el sustanciador o el auxiliar, o incluso ellos mismos como jueces, deberían, no solo estudiar juiciosa y previamente el caso sino, incluso, de manera tentativa, proyectar la sentencia estimatoria o desestimatoria que se expediría dependiendo de cómo se desarrollase la audiencia de evacuación de pruebas y fallo. Todo lo cual demuestra, por su propia evidencia, qué tan poco propende el CGP, cuando es llevado a la praxis, por la seguridad jurídica sustancial final y certera¹⁷. Nuestros jueces, en efecto, contrariando tal vez la lógica intención del CGP, no fallan en

.....
 17 La mayoría de los jueces, incluso de los litigantes indagados, concluían en general con cierto tiento, que en casos especialmente complejos, era claro que los desarrollos deberían seguir siendo escritos, porque por más buenas intenciones que pueda tener el CGP, a la hora de resolver coherentemente asuntos muy complicados, es mejor tener un soporte escrito que permita guardar no solo la lógica mental que se identificaba con la escrituraria y consecuencial de derechos declarativos, constitutivos y derivados de los anteriores, sino sobre todo la lógica lectora de quien debe entender por qué ganó —y por encima de todo— por qué perdió el proceso: lo otro sería claramente una violación a un derecho al debido proceso. Contradictorio en todo sentido con los pensamientos de grandes autores que ven en la escritura un proceso anquilosado y en la oralidad el proceso del futuro.

audiencia tras evacuar las pruebas, sino que a la audiencia llegan con uno o dos proyectos de fallo contradictorios que no gravitan sobre la confrontación probatoria y jurídica sustancial, sino sobre la suerte o calamidad que acompañe durante la evacuación de las pruebas, a cada una de las partes. Pero tampoco es su culpa: nunca fueron formados en un ámbito de oralidad y cuando el CGP se los requirió, no les permitió amoldarse calmadamente a él, sino que el deber que se les impuso, fue, correr de manera desmedida.

Desde el punto de vista de la legitimidad democrática o desde la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy (1997)¹⁸ o desde la *nueva retórica* de Ch. Perelman (1970)¹⁹ sería una afectación a la parte vencida obviar, por inocuas, las razones de la decisión judicial que ha negado su defensa exceptiva o su pretensión. Adicionalmente a lo anterior, todos los jueces consultados coincidieron que para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en materia de precedentes era totalmente deseable que las sentencias que deberían ser seguidas, continuaran siendo proferidas de manera escrita, pues solo la forma lectora de consultación de un texto escrito iba a permitirles a los jueces inferiores determinar, hacia futuro, no solo la corrección de la decisión, sino establecer las partes del fallo que se deberían respetar en futuros casos, esto es, que resultaban (o deberían resultar) vinculantes²⁰.

Creo que en ese punto se llegaba a la esencia del asunto: la indicación, un tanto intuitiva, de que a mayor dificultad del caso es preferible asumir una actitud escritural, nos reconduce no solo al trasfondo de la inadecuación regulatoria del CGP, sino a otro contexto mucho más delicado, complejo y extenso que, por

18 Alexy en su obra señala que la argumentación práctica general necesaria en el discurso jurídico tiene lugar según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Estas formas especiales llevan tanto a una consolidación como a una diferenciación de la argumentación (p. 277).

19 Al respecto Perelman (1970) sustenta que el lenguaje y la argumentación al ser desarrollados en el marco del proceso son la necesaria garantía que tienen las partes para persuadir y convencer, pero se les niega su defensa o pretensión efectiva al no poder construir y amalgamar toda una estructura argumentativa por hacer prevalecer la celeridad de los procesos.

20 Es evidente que a través de la sentencia escrita son identificables y deducibles de una manera más lógica y científica tanto la *ratio decidendi* como los *obiter dicta* de la misma. La *ratio decidendi*, la razón fundamental para la decisión del caso que construye continuamente el derecho desde la jurisdicción convirtiéndose en la norma concreta para el caso, vinculante y efectiva, cuya interpretación se incorpora al ordenamiento jurídico en su conjunto. De otro lado, las *obiter dictas* constituyen los dichos al pasar, es decir, todas las argumentaciones que el operador judicial realizó durante su sentencia pero que no tienen carácter vinculante, sino que son argumentos adicionales o, si se quiere, auxiliares de la *ratio*, y que en unas u otras ocasiones pueden pretender dotar de mayor o menor consistencia el fallo.

supuesto, yace por fuera de lo jurídico: la cultura como presupuesto epistémico de la juridicidad y la escrituralidad como vehículo de esa relación cultura-derecho, que nunca ha dejado de ser problemática, en los dos sistemas epígonos y herederos del derecho romano: el sistema continental europeo y el sistema del *Common Law*.

La complejidad epistemológica y cultural de exigir la audiencia como método

Exponer *in extenso* la dicotomía o mejor la ambivalencia de qué sería mejor: si la oralidad o la escrituralidad, pareciera ser el camino más largo y más inadecuado para brindar una solución, al menos plausible, al problema; sin embargo, sin pretender entrar en esas honduras, se podría afirmar sin temor a mayores equívocos que nuestra cultura jurídica, esto es, la cultura jurídica “*subsuntiva*” continental europea, siempre, desde la concepción misma del *Corpus Iuris Civilis Justiniano*, estuvo fuertemente atada a la escrituralidad²¹.

Pero adicionalmente es necesario acotar que *per se* no es posible —y tampoco es lo que pretende este escrito— adjudicar bondades o peligros a la oralidad o a la escrituralidad romanas; semejante tarea, sería un abierto despropósito. Lo que sí es susceptible de ser descrito, a manera de episteme que no puede ser desconocida, es la cercanía de un sistema jurídico como el nuestro, esto es, el continental europeo, a una de las dos formas convencionales de comprensión cultural mencionadas: la oralidad o la escrituralidad.

En efecto, los sistemas jurídicos occidentales han oscilado desde los más reconditos y oscuros tiempos entre la oralidad o la escrituralidad, sin embargo, el

.....
21 En efecto, la misma misión recopilatoria emprendida por Justiniano y sus escribas, de por sí, comportó una posición dogmática intelectual de gigantescas proporciones como bien, entre muchísimos otros, Schiavone (2012) en su obra *Jus* lo expone lapidariamente, y la misma solo podía ser llevada a cabo a través de la recopilación escrita: No solo fue una recopilación resumida, fueron opciones para postular algo, desechar, reducir, resumir y, por supuesto, crear un receptáculo jurídico de catorce siglos de historia jurídica romana.

Una investigación más abarcadora en el tiempo antiguo parece conducir al vacío, pues si bien es posible describir que, como Werner Jäger lo expone en *Paideia*, los griegos ya en el tiempo antiguo de su cultura, aprendían a leer en la misma ley, todo lo cual, tenía unas intenciones integracionales sociales y pedagógicas de inmensas proporciones, no lo es menos que esos datos resultan, hoy por hoy, difícilmente verificables. Así mismo se podrían tener presentes las *institutas* de Gayo y la cultura escritural del senado romano y de algunas sentencias famosas en Roma o de la fijación de normas por escrito como las de las doce tablas; por el contrario parece ser unánime la comprensión de que el derecho pretoriano se desarrollaba principalmente por audiencias. En tiempos del Imperio absoluto de Roma se realizó la extracción y recopilación de jurisprudencia de forma que la práctica se viera facilitada (Iglesias, 1997).

sistema romano germánico inquisitorial pareciera haber estado mucho más ligado a la escritura como modo de materializarse (Zimmermann, 2001)²². Una cultura legalista sería el primer argumento de peso —pero no del todo claro en un sistema de fuentes complejo— que permitiría entrever la necesidad de que un texto estuviera prescrito para poder, luego, encontrar aplicación a un caso: El mismo principio de *Nullum Crime, Nulla pena sine lege previa*, nos ofrecería indicios, brindaría intuiciones sobre de la importancia de la escrituralidad en la cultura continental europea. La misma idea de silogismo aristotélico, la forma de razonamiento *ponendo ponens* y el principio de tercero excluido partirían de un prefacio según el cual, la premisa mayor debe ser algo fijo e inamovible: *Todos los hombres son mortales*, pero ese imperativo categórico al saltar a un texto normativo de carácter jurídico conllevaría la imposibilidad de demostración empírica universal; pero de él, sí que podría hacerse —dentro de un arbitrio legislativo legitimado, dentro de un Estado de derecho, por supuesto democrático— una verdad indiscutida para todo el conglomerado social, digamos: *El que incurra en homicidio estará sujeto a una pena*. Por supuesto, la única manera de hacer indiscutible esa premisa mayor, consistía en su positivización, entendida como la redacción definitiva (y definitiva) de esa concepción y de ese contexto en una norma antecedente a la ventilación de los juicios que pretendía prever y por supuesto juzgar (Cfr. Perelman, C. 1970, pp. 9 y ss). Prácticamente, los procesos judiciales versarían pues sobre la construcción (adecuada y por supuesto certera) de la premisa menor: y en ella verificar que *X* sí incurrió o no en homicidio, que a la postre sería una conclusión probatoria del proceso que ameritaría una aplicación estricta del efecto jurídico previsto por la ya “inamovible e indiscutida” premisa mayor convertida en ley (y solo por esa virtud en un axioma irrefutable). Todos los jueces y juristas occidentales continentales obramos con esa lógica (Perelman, 1970)²³.

22 El mismo Zimmermann en su obra de 2001, da cuenta de que la preponderancia que se le daba en Roma a su Derecho llevo a que el desarrollo jurídico de las primeras culturas europeas del siglo XIX se viera fuertemente permeado de ese positivismo legislativo.

23 En ese ámbito, llama la atención —haciendo un salto desde los principios medievales o renacentistas del derecho penal continental a las más modernas motivaciones legislativas norteamericanas— que se haya expedido en el país más emblemático de la oralidad —luego de la misma Inglaterra, por supuesto— un código de comercio unificado. En efecto, las complejas controversias que sobre los fallos contradictorios se producían para mitades del siglo XX entre las más de 50 jurisdicciones estatales norteamericanas, y que no permitían, entre otras cosas, llegar con algún grado de satisfacción a todos los involucrados en los largos *Trials*, procesos y juicios en Norteamérica, fueron el acicate último que desembocó en la redacción de un Código de Comercio Unificado (UCC) para todos los

La escrituralidad como núcleo de la cultura occidental: Sentencia oral o escrita

Sentencia oral o escrita

Pero hasta ahora pareciera que, a pesar de haber dicho anteriormente que la discusión yacía en un punto externo a lo jurídico, he tratado de seguir ofreciendo argumentos puramente jurídicos. No es sencillo encontrar argumentos culturales y sociológicos que permitan afirmar de manera definitiva que para nuestro sistema jurídico es mejor mantener un decisionismo escrito por encima del oral, salvo por la infinidad de razones, repito, más intuitivas que dogmáticas que liminarmente han quedado arriba mencionadas²⁴.

El centro argumental de la discusión pareciera entonces estar aún más allá y al respecto es necesario anotar que existen diferencias en como razonamos en cada uno de los dos posibles escenarios: En efecto, es evidente que no es lo mismo hablar que leer y escribir. Esa afirmación parece un tanto atrevida, sin embargo es precisamente eso lo que ha consolidado la cultura de Occidente, como ahora intentaré demostrarlo.

Famoso es el aforismo anónimo, tal vez latino, que lapidariamente ponderaba: "*Si no lees, no sabes escribir. Si no sabes escribir no sabes pensar*". Edmund Husserl (1913) escribe en su *Lógica formal y Lógica trascendental*: "El pensamiento siempre se hace en el lenguaje y está totalmente ligado a la palabra. Pensar, de forma distinta a otras modalidades de la conciencia, es siempre lingüístico, siempre un uso del lenguaje" (p. 6). Por supuesto, todos coincidimos

Estados federados, lo que constituyó una serie de premisas mayores, inamovibles e inmodificadas, que redujeron en casi su totalidad los interminables dislates y aparatosos incordios de la jurisdicción americana.

Por supuesto es necesario admitir que no han dejado de ser necesarias más de veinte modificaciones a su contenido desde su creación hasta el día de hoy, pero creo que la existencia del mismo UCC es un argumento de mucho peso, que nació inesperadamente como una hermosa flor legalista en el más árido desierto del sistema precedencial anglosajón; y, sobre todo, contra todos los pronósticos: Si hasta los más reacios defensores del precedente terminaron legislando, ¿será prudente abogar por la oralidad y el precedente? me permito mantener mis reservas.

24 Por supuesto una razón previa adicional y aún jurídica, es que la seguridad jurídica seguirá siendo mucho más indiscutida al tener un adminículo que condensa de manera sopesada las razones de por qué se otorgó el derecho a una parte y no a otra, pero el argumento es débil si se recuerda que, en rigor, lo propio podrían hacer el juez y las partes al escuchar o visualizar la grabación correspondiente. Sin embargo, es en este punto, al parecer, donde ha desembocado el análisis de la Corte Suprema, a través de sus Salas y de los Tribunales a la hora de seguir entregando al expediente, y por ende a las partes, un documento escrito que pueda, desde su proferimiento y para siempre, ser consultado.

en que la mejor forma de plasmar las ideas más claras, decantadas y perfiladas, siempre estuvo ligada a la hilación que la escritura brindaba.

El encuentro con el lenguaje razonado y confrontativo merece un espacio de concentración: un encuentro a fondo con la mente de un autor que puede haber muerto hace cientos o miles de años, pero que vive, al menos meméticamente, en el texto que se trasvasa a nuestra mente. La legislación escrita, por antonomasia, era un texto que a través de la claridad y la *sindéresis* pretendió seguir expoliando un orden justo, incluso para generaciones venideras; y por lo mismo es entonces altamente encomiable la tarea del juez, cuando de buenas a primeras pretende aplicar un código civil de 1835 (original chileno) o mercantil de 1957 (cuando la comisión redactora del Código de Comercio, bajo la presidencia de Álvaro Pérez Vives, terminó de redactarlo).

Al respecto, luego de toda la necesaria disquisición anterior, ha de mencionarse que lo que deberá emprenderse es un trabajo de semiología jurídica o, mejor aún, de semiología judicial: o aún más claro y restringido, de semiología jurisdiccional, en el entorno etnográfico del Occidente continental, lo que implica descifrar cuál es el certero papel de los símbolos, por supuesto escritos, en la costumbre jurisdiccional de Occidente y por qué modificar ese papel sería para ciertas actividades judiciales sumamente gravoso.

En general, estaríamos todos de acuerdo en admitir, como en algún punto lo proponían un par de pensadores contemporáneos como Foucault (2012) o Steiner (2002), desde diferentes vertientes, perspectivas, tiempos y comprensiones, que vivimos en una logocracia, donde el más poderoso es el logócrata, para entender por tales cuestiones a una forma de Gobierno, incluso a una organización social basada en el símbolo y en la cual, el sujeto que mejor dominara la comprensión de esos mismos símbolos, era quien más poder o incluso micropoder podría aglutinar. Semejante descripción pone mientes en un criterio que, por lo demás, pareciera se pasó inadvertido cuando se hicieron cosas importantes para una sociedad como, por ejemplo, legislar, específicamente en el CGP.

El logos por excelencia, esto es, el símbolo que permite la comprensión de Occidente, es por supuesto el símbolo escrito (Eco, 1994), la división entre prehistoria e historia pareciera dejarlo claro. Es el símbolo, lo que de una manera pragmática, permite asimilar cómo comprendieron las sociedades su entorno, pero además de comprenderlo cómo pudieron abstraerlo y, por supuesto,

plasmarlo. Hoy en día solo podemos partir de nuestra asimilación de las culturas antiguas para aproximarnos a su comprensión del mundo. La importancia de la escrituralidad, no solo es un tema jurisdiccional, sino eminentemente cultural.

En uno de sus más hermosos discursos, el Alexandrino (2004), Umberto Eco —por lo demás el más grande semiólogo de nuestro tiempo, fallecido a principios del año 2016— realizó un singular recorrido por la historia del símbolo, para llevar a su justa proporción la grandeza del libro escrito; y, de manera transversal, por supuesto, de la escrituralidad. Así, relata Eco como en el *Fedro*, Platón nos cuenta la charla sostenida entre Hermes y Thamus cuando aquel ha inventado la escritura y la preocupación de este, por todo lo que ese peculiar invento desencadenaría, pues la escritura claramente pervertiría la memoria y por ende al parecer para el gran Faraón, en principio no era del todo buena²⁵. La memoria, parecía entonces, era algo preferiblemente cultivable a la escritura y por supuesto a la lectura, a la vez que estas dos prácticas mucho podrían guardar de deleznable.

A su turno, continúa la descripción —muy bien escogida por Eco— el sacerdote Claude Frollo en la famosa novela de Victor Hugo, *Nuestra Señora de París* que transcurre en el siglo XV, se lamenta frente a las torres de su catedral, una vez se ha dado a conocer un invento ominoso: la imprenta de caracteres móviles de Johannes Gutenberg; y se lamenta por cuanto esa invención iba a acabar con “todo y el único” conocimiento necesario para la humanidad, que por supuesto, como lo intuye ya el lector, estaba recopilado en las catedrales y sus imágenes grabadas, que guardaban un conocimiento escrito de manera simbólica: era como ver televisión —nos relata Eco— pero en imágenes fijas y continuas y, por supuesto, también herméticas. En efecto, en la Edad Media, el libro, como dispositivo intelectual, estaba restringido a una muy eximia y reducida categoría de personas que sabían leer y escribir. Al resto de la población solo se le enseñaba a través de las representaciones permanentes contenidas en las imágenes y símbolos de las catedrales, todo lo que parecía necesario para una vida buena, cristiana y tranquila²⁶. Similares visiones preocupadas, o más aún, apocalípticas se redac-

25 “Mi experto Theut —le dijo— la memoria es un gran don que debe vivir gracias al entrenamiento continuo. Con tu invención las personas ya no se verán obligadas a ejercerla. Recordarán las cosas, pero no por un esfuerzo interno sino por un dispositivo exterior” (Eco, 2004, citado por *El Malpensante*, 52 febrero-marzo 2004, pp.17-25).

26 Entre los siglos XI y XX, esa convicción medieval recondujo una gran cantidad de literatura no solo científica sino esotérica, estando entre los más famosos mitos al respecto, la fundación de la masonería y el texto titulado

taron en el siglo XX, respecto del libro, cuando aparecieron, no solo la televisión, sino la fotocopiadora, el computador, la internet, los canales permanentes de información y toda la multimedia interactiva que hoy invade nuestra vida a través de celulares, tabletas y cualquier cantidad de tecnología y dispositivos expeditos de la transmisión de datos, que ahora nos bombardean egoístas²⁷. Pero Eco concluye en su escrito que a todas esas tecnologías les resultó imposible reemplazar al libro, así como a este le resultó imposible, a su vez, reemplazar la complejidad semiótica y epifánica de las catedrales que no por la existencia y popularidad de los libros impresos dejaron de construirse, como bien nos lo evidencia la ya eternizada construcción de la *Sagrada Familia* de Gaudi en Barcelona o de muchísimas otras alrededor del mundo católico que, de una u otra forma, hoy siguen su trasegar descriptivo. Pero a su turno, así como estas y su simbología, las lenguas escritas vivas o muertas —el gran artificio del lenguaje simbólico y escrito— nunca pudieron reemplazar en ninguna cultura, ni oriental, ni occidental, la idea, la recordación, la memoria y por supuesto el raciocinio. Antes, por el contrario, cada uno de esos mecanismos —parece sugerir Eco— contribuyó de una u otra manera a su sofisticación; cada vez más fue inconmensurable el conocimiento. En efecto, se pasó de saber unas cuantas cosas como las historias de la biblia, la noción de moral, ética y antiguo y nuevo testamento, la posible figura de los ángeles grabados junto a las diabólicas gárgolas en las catedrales, a conocer la utilidad de las plantas, luego la botánica, al conocimiento referido a un tema y, así, surgió la monografía; y, muy lentamente, se saltó al enciclopedismo y de allí a una especialización del conocimiento cada vez más revolucionaria, más rápida, más compleja: la biotecnología y la creación de nuevas especies vegetales en laboratorio, por ejemplo, si se quiere. Y hemos arribado a las rutas virtuales que permiten la creación permanente incluso de realidades alternativas, siempre narrativas, lineales o espectrales, acéfalas e interactivas —pues uno de los grandes

“El misterio de las catedrales” confeccionado por un tal Fulcanelli que aún hoy puede encontrarse y es uno de los catálogos más interesantes y más vendidos de ideas asociadas a la cultura simbólica medieval.

27 Por primera vez, como lo sugieren autores como Giovanni Sartori, en extensos escritos sobre el *homo videns*, la memoria pero, sobre todo, la mente del hombre occidental cambió: no solo terminamos siendo sujetos teledirigidos, sino que nuestra forma de recordar, de abstraer, estuvo ahora y por siempre atada a una verificación inmediata en la red, la comprobación fidedigna e instantánea de casi cada dato que teníamos en nuestra cabeza, reconducía a una dimensión gigante, inconmensurable de información que implicaba una abstención aprehensiva que nunca había invadido de tal manera la mente humana: ¿qué leer? ¿qué información era veraz y cuál era dudosa o simplemente menos congruente? La percepción misma del conocimiento se vio trascendentalmente modificada.

problemas de la contemporánea internet es reconocer al verdadero autor de un texto recóndito de los buscadores, de un blog, de un comentario o de una pesada crítica, políticamente incorrecta—, pero todas y cada una de estas realidades basadas en la cognición. Sin embargo, si observa con cuidado el lector, esto ya era posible con la simple lectura y es ahí donde se reinicia de nuevo la discusión de este texto.

Nada de lo descrito: ni la biotecnología, ni el enciclopedismo, ni el libro, ni la monografía especializada, ni la tesis, ni la oposición ante jurados de la misma, hubiera sido posible sin un mecanismo de raciocinio por excelencia: la escritura, que por supuesto da cuenta de una lectura juiciosa del estado de las cuestiones. No de otra forma surgió la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en el año de 1088. Ese hecho concitó y conlleva en sí mismo el nacimiento de la universidad occidental, la pretensión científica de la academia y por supuesto la pretensión correctiva, lógica y racional de la juridicidad²⁸.

¿Qué tiene de diferente la actividad lectora a todas las otras formas de aprehensión cognitiva que históricamente han acompañado al hombre y que Eco magistralmente resume, como recién lo he referido? Si se me permite la analogía, las diferencias entre observar una gárgola puesta en una esquina definitoria de *Notre Dame* en París podría ser un acto radicalmente diverso a cuando jugamos contra la multimedia del computador una partida de ajedrez o de solitario o cuando nuestros hijos juegan una partida de tenis; sin embargo, contextualizadas en su verdadero tiempo y tamiz cultural podría aceptarse que los dos actos no son ya tan distintos: hay un reto disuasivo, una pregunta silenciosa por el dominio de lo representado: las formas de la gárgola o cómo ganar el juego. Pero si bien existe un cuestionamiento diverso, la respuesta casi siempre es conclusiva.

Leer es algo diverso: antes que concluir, lo que surge es el cuestionar. No existe un permanente disuasivo que exige una única respuesta, sino un reto, una pregunta permanente lanzada a la cognición, pero también a la capacidad creadora del individuo; interprete entonces por antonomasia. El pasmo de la lectura parte de un episodio epifánico permanente, tendiente a lo perpetuo; constituye

.....
28 Sobre el particular se resalta en el estudio de mi autoría *De la histórica articulación entre del derecho civil y el derecho público* (2016) la importancia de la estructuración científica del derecho a partir de, entre otros elementos, la escrituralidad como criterio de coherencia, estructura y científicidad del derecho para efectos de legitimar lógica y argumentadamente un determinado poder político. También se puede consultar a Berman (1996) para mayor profundidad sobre la construcción de la tradición jurídica continental.

la recreación lógica de un discurso capaz de materializar un mundo, que por supuesto puede ser o no compartido por el lector: incluso pareciera que lo más importante es el permanente cuestionamiento del autor y de su discurso por parte del lector. Por supuesto, para tomar partido a favor o en contra del texto mismo, pareciera necesaria una comprensión minuciosa, sosegada y profunda del texto mismo. La comprensión misma de la cuestión debatida debería quedar diáfana-mente expuesta, para poder formarse sobre ella, un criterio, una opinión, una percepción, cualquiera que esta sea.

En este punto debería admitirse que las decisiones judiciales cumplen, por lo menos, con dos funciones diferentes pero complementarias. Los autos, pero sobre todo las sentencias son, para trasplantar aquí el concepto de Eco y Peirce, una máquina eminente de verificabilidad lógica, por un lado, pero por el otro, son un elemento de prueba de la consistencia de la realización del Estado de derecho. Esas dos funciones las analizaré a continuación de manera separada²⁹.

a. La sentencia como una máquina de verificabilidad

Las problemáticas jurídicas —así por lo menos lo enseña la jurisprudencia— guardan casi siempre no solo un punto nuclear sino dos o varios. La identificación del problema jurídico principal en las sentencias parece de por sí ya invitar a una especie de regocijo o de rechazo, persuasivo también, dependiendo de si la tarea se hizo o no adecuadamente por parte del juez o los magistrados que redactaron la providencia. El abordaje de la cuestión (precedente) implica una segunda cuestión de enorme trascendencia, pues de acuerdo a ella el tratamiento del problema resultará más fácilmente explicable o no (consecuente). Pero puestas las tareas

.....
 29 Por supuesto, lo anterior nos está indicando, sin lugar a equívocos, que existen diversos tipos de lectura, como también ya lo había admitido Eco: mientras él llamaba a una lectura, lectura de novela policiaca y a la otra lectura enciclopédica, me permitiré denominar esas dos actividades como lectura lúdica: para entender por ella, eso que la gran mayoría de colombianos hicimos en la pubertad con *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez: una lectura de solo dos o tres sentadas, de principio a fin, sin respiros, bajo una actitud maravillada y sobrecogedora, donde más que una erudición borgiana pasmosa, lo que sentimos fue una identificación cultural perfecta, absoluta: una descripción tal vez de nuestra propia casa, barrio, pueblo o cultura, que delataba secretos inenarrables, por supuesto en no pocas ocasiones duramente realistas, pero también pasmosamente mágicos, plagados de descripciones que por irreales y de una imaginación exorbitante, parecían por el contrario inusitadamente ciertas, como muchas de las historias de nuestras abuelas o tías. Era una descripción prodigiosa de nuestra propia forma de ser y existir y de comprender nuestra aproximación a un mundo, en parte incomprensible, pero no por ello, ausente de narrativas de cualquier índole y género, que a su turno, por su misma esencia parecían incrustadas en la realidad. No otra cosa es pues para todos nosotros, el realismo mágico: una forma de comprensión lúdica del mundo.

judiciales, hasta ahora, en esa justa proporción, la redacción misma de una opción política (Calamandrei, 1960), entendida como el buen o mal uso del poder, en este caso del jurisdiccional —como en efecto, lo deberá admitir el lector, lo es cada una de las providencias— es por antonomasia una cuestión científica: la subsunción y abducción de la respuesta más adecuada para el caso respectivo implica un denodado esfuerzo (explicativo) por parte no solo del redactor de la providencia misma (sobre todo lo cual se ha escrito muchísimo³⁰), sino y parece ser este el punto más importante del escrito por parte del lector (comprensivo) que, como se ha dicho, puede desmembrarse ahora en dos puntos esenciales, subjetivo y objetivo. El primero puede estar constituido por una multiplicidad de escenarios que siempre han sido entendidos desde un punto de vista referencial pasivo, desde las cavilaciones weberianas hasta las legitimidades del discurso de Habermas (1987) y Luhmann (2010); todo lo cual implica un elemento esencial de legitimidad democrática, pero que debe ser analizado más detenidamente desde un punto de vista propiamente subjetivo.

En el fallo, ese sujeto, llámese parte vencedora o vencida³¹, un juez inferior atado a él precedencialmente, un académico que pretende estructurar una

.....
30 Siendo lo más ponderable, en una selección más arbitraria que agotadora, hecha por mí, de los escritos de Dieter Simon, Karl Larenz, Robert Alexy y Chaim Perelman.

31 Existen dos principios liminares del derecho privado, que por su dinámica, su ubicuidad, pareciera que deben ser explicados de manera tan precisa como sea posible en un proceso judicial. Esos principios son el de la **autonomía privada** y el de la **autorresponsabilidad**. Por supuesto, está admitido que ni los jueces, ni a los abogados, ni a las partes están para enseñar derecho, pero tampoco se trata de hacerlo. Lo que ocurre es que el cambio paradigmático en cada uno de los principios es tan vertiginoso y radical que pareciera imprescindible, desde la argumentación judicial, tocar un sentido lato de justicia de quien gana, pero sobre todo, de quien pierde el proceso y que, en otro caso, sería difícilmente abordable desde una concepción puramente de principios.

Los negocios jurídicos sin consentimiento, la contratación virtual, el principio de no disposición ni transferencia de más derechos de los que se tienen, el principio de *non venirem contra factum proprium*, el principio de tercero excluido en la elaboración lógica de los contratos y las consideraciones económicas y tributarias de orden público o privado que, incluso, han ameritado la recepción del premio nobel de economía 2016 a los profesores Oliver Hart y Bengt Holstrom por sus aportes a la teoría del contrato, conllevan sin duda, una complejidad tan alta que supera los límites mismos de la racionalidad de justicia y equidad que permanecen en el sentido común de los particulares. Muchas veces, resulta poco claro para el ciudadano, el particular o el funcionario entender por qué su patrimonio ha quedado comprometido con un par de clicks en su computador o por qué debe responder por los daños y perjuicios que causó quien simplemente utilizó su conexión gratuita a internet (Wolf & Neuner, 2012, pp. 90 y ss).

El principio de inculpación responsable también ha sufrido una variación aplicativa tan radical, que en muchas oportunidades es menester explicar, de manera enjundiosa, lo que jurídicamente se conoce como principio de causalidad: ¿por qué ha de responder un tercero que no es el cirujano, sino el anestesiólogo, cuando la causa misma de su error, fueron diagnósticos vitales equivocados hechos por un tercero? por ejemplo. El principio de autorresponsabilidad es un campo cambiante permanentemente; su concepción y desarrollo clásicos parecieran privilegiar cada vez menos formas de adjudicación verificable. Todo el tema del derecho de seguros, de reaseguros, la

sistémica dogmática sobre el área del derecho correspondiente, o un simple ciudadano normal, sin ninguna clase de interés preciso en el asunto, deberían (todos y cada uno de ellos), desde cada una de sus perspectivas y contextos, poder encontrar la culminación del Estado de derecho como proceso, como discurrir de un pacto entre los atados por la jurisdicción, entendida como materialización del acuerdo constitucional. Por lo mismo, el proceso lector debería caracterizarse por encima de cualquier otro asunto por su fuerza probatoria: por tener algo de verificabilidad, de contraposición, de contrastación con lo pretendido por el ordenamiento jurídico como materialización de un orden político constitucional. Si la jurisprudencia se ha de tener (y así lo pretende el CGP) como fuente auxiliar pero importante de derecho, los cambios sociales y su correspondiente lectura a través de la jurisdicción, deberían permitir aproximar acuerdos sobre cómo ha de entenderse, en el desplazamiento temporal, cada una de las normas que regulan las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado; para lo cual, sin duda, la existencia de la sentencia escrita será un elemento insoslayable: necesario, en cuanto a su evidenciación por el cariz mismo de la sentencia. Esto es, que la sentencia ha de existir de una manera invariable, narrativa y consecuente con el estado de cosas que pretendió regular y decidir, y por supuesto, como un asunto verificable: todos los sujetos que arriba han quedado enumerados deberían poder estar en capacidad de confrontar la sentencia, no solo como un objeto interpretable del mundo consciente, esto es, si se ha basado en las pruebas correctas, si correctamente las ha valorado, si ha decidido la cuestión debatida de fondo y no aplazándola, aplicando las normas pertinentes y no otras diversas, partiendo de un supuesto de legalidad previa, etc.; por supuesto, si su sentido es lo que más concuerda con lo pretendido en los pactos constitucionales y con las normas legales correspondientes; sino y sobre todo, deberían poder establecer una operación de semiótica adecuada (Eco, 2013, p. 293). Esa operación por supuesto trasciende

responsabilidad por cosas o productos defectuosos, la responsabilidad por equidad, por lesiones a las obligaciones de información, se difumina tanto cada día que lo más adecuado parecería ser redefinir nuevamente el concepto de imputación responsable (Wolf & Neuner, 2012, pp. 95 y ss).

Esos dos principios deben seguir siendo desarrollados por la jurisprudencia, por los fallos que adjudiquen efectos jurídicos condenatorios o absolutorios sobre los particulares, no resulta apropiado, manifestar que es la dogmática la que debe perfilar la jurisprudencia, pues como ya Ihering lo proponía hace un par de siglos: va a ser la casuística la que permita un desarrollo veraz y verificable del derecho dentro de la dogmática.

una simple verificación jurídica, se convierte en una operación social intelectual de no poco calado.

La sentencia como elemento susceptible de ser un objeto cognoscible implica de por sí, el otorgamiento del derecho a una de las partes atadas por la respectiva jurisdicción. En la generalidad de las ocasiones, el sentido y sobre todo la argumentación de la decisión serán compartidos por aquél a quien la decisión le ha resultado favorable: incluso si los argumentos judiciales plasmados en la sentencia, coinciden o no con los suyos, esgrimidos en el juicio. Por supuesto no ocurrirá lo propio respecto de quien a través de ella ha perdido el proceso y cuyas alegaciones, por ende, han sido despachadas desfavorablemente. Pero el proceso semiótico confrontativo implica una labor mucho más abarcadora. La existencia de una sentencia escrita es un presupuesto necesario de verificabilidad por parte de la comunidad académica, el ámbito jurisdiccional y el conglomerado social. Por supuesto, una parte atada por la sentencia encontrará su fundamentación como inadecuada, pero la realización del Estado de derecho estará directamente ligada con la posibilidad de comprobación exógena y ponderada, que podrán (y deberán) hacer los terceros no inmiscuidos en el proceso, de la decisión, de sus razonamientos, de sus argumentos, de sus ponderaciones y por supuesto de sus conclusiones³².

La sentencia ha de desprenderse de su valoración jurídica y, una vez ejecutoriada, independientemente de cual sea el resultado, es un objeto estatal por excelencia ya que solo a través de ella el particular puede poner o no mientes en la forma y, sobre todo, en la episteme a través de la cual se deciden los asuntos desde una concepción única del Estado de derecho. Este proceso deconstructivo, un tanto académico y pedagógico es lo que permitiría, en un plazo razonable para el Estado, implementar los correctivos necesarios para la adecuada materialización del derecho y, por ende, la permanencia de la sentencia como objeto (pero también como proyecto jurídica y perennemente realizable y perfectible). Su invariabilidad, si se quiere, es un presupuesto del que se debe partir para el mejoramiento crítico e intelectual de su veracidad y de su pertinencia: la sentencia entendida como máquina de progreso, como elemento semiótico dotado de significado que permite un avance; y que, parafraseando a Eco y a Peirce, solo

.....
32 Cfr. Perelman, (1970) *Lógica Jurídica y nueva retórica* y Alexy, (1997) *Tratado de la argumentación jurídica*

habrá cumplido su función cuando científica y académicamente haya sido debidamente criticada y, por supuesto, superada.

La *Methodenlehre* o *Teoría de los métodos jurídicos*, a la que el jurista alemán Karl Larenz entre todos sus trabajos le entregó mayor esfuerzo y dedicación, parte de este supuesto: solo va a ser posible hablar de una ciencia del derecho, cuando se parta (y se aplique) una noción confrontativa de los fallos judiciales, no solo con los elementos que componen su naturaleza (pruebas, normas o alegaciones), sino con una realidad social minuciosamente diferenciable y ponderable por la academia; por consiguiente, resulta claro que no existe la mal llamada dictadura de los jueces. Es la academia la llamada a poner en cintura los fallos, por supuesto, confrontables, criticables y perfectibles, que desconozcan la racionalidad aplicada, *in crescendo*, si se quiere *a posteriori* de los pactos constitucionales y legales³³.

Como lo ponía de presente Steiner en su *lector infrecuente* (2004), el desciframiento de ciertos textos para la humanidad es perenne, si el *philosophe lisant* de J.S. Chardin —que es la pintura evocatoria que inspira el texto de Steiner— refleja a un sujeto aproximándose al texto, bajo un halo de profundo respeto y cordialidad reflejadas en su actitud, su vestimenta y su contexto lector, todo él —sujeto típico de la Edad Media cultural- pareciera encerrar como única pretensión una actitud dialógica, pues todo está dispuesto para que el lector no lo sea en una versión pasiva, sino totalmente activa y discursiva: su pluma, su tintero y toda la intencionalidad del momento retratado buscan reflejar a un sujeto imbuido en lo concluido por escrito, pero claramente cuestionador, contestatario, si se quiere beligerante, por supuesto, luego de haber comprendido correctamente la cuestión propuesta por el autor.

.....
33 Desde la jurisprudencia de conceptos o *Begriffsjurisprudenz* hasta la *Richterrecht* o derecho de los jueces, para entender por ella, la creación programática y política de decisiones judiciales que no podría haber avizorado el Estado en su concepción inicial o la *Rechtsfortbildung* o formación permanente de la ciencia jurídica, comportan para Larenz y Canaris (1995) una compleja tarea aplicativa del derecho que, por supuesto, también da cuenta de todo un argot detalladísimo de cómo ha de operar argumentalmente el juez; no es posible prescindir en algún punto de la dogmática, ni de la teoría, pero tampoco de un manejo profesional de una *tecné*: de un discurso diseñado progresivamente para una forma de lógica y una forma de filosofía. La premonición intuitiva de la decisión podría acompañarse intelectivamente de una serie de instrumentos argumentales minuciosos que, de manera complementaria, permitiesen justificar una decisión en un preciso sentido y no en otro. El argumento *a fortiori*, la reducción teleológica o recurrir a los principios constitucionales como recursos argumentales admitidos para la acción operativa del juez, serían todos elementos admitidos y bien saludados por la dogmática, pero por supuesto su aplicación certera implicaría una mínima posibilidad de contrastación conceptual con un texto escrito. Difícilmente podría accederse a esa parte del ejercicio profesional, desde una praxis basada en audiencias.

Mientras que en todas las áreas del conocimiento el lenguaje tecnolecto, que da cuenta de la versatilidad y avance de cada espectro de conocimiento, se especializa, busca con mayor ahínco la existencia más digital que material (pero siempre verificable) de los desarrollos. Para parafrasear a Weber, no podemos esperar que un médico hable en términos vulgares sobre su ciencia, sino solamente en los términos técnicos y, por supuesto, siempre correctamente aplicados, pues solo va a ser a través de los discursos que la ciencia médica puede transferirse de unos médicos a otros. El CGP nos indica, que a pesar de la mayor especialización del conocimiento jurídico, la difuminación de las jurisdicciones y por supuesto, de los discursos de tierras, de consumo, de víctimas, de patrimonios intangibles, de ecosistemas, de energías, de propiedad intelectual, industrial y colectiva, etc.; lo mejor no es buscar el reflejo verificable de los múltiples y complejos discursos escritos, sino entregarle a las partes, no un fallo, sino un sentido del mismo (!) en el que será absolutamente improbable, encontrar una razón lógica de las decisiones. Mientras que todo el espectro social busca la celeridad pero sin sacrificar la seguridad, nos dice el legislador colombiano, que la celeridad es un bien por sí mismo de mucha mayor envergadura que cualquier otro bien judicial y que, por lo tanto, incluso la seguridad de la sentencia escrita es algo totalmente innecesario.

Resulta al menos paradójico que mientras que la dogmática sustancial y la teoría se esfuerzan —por fin de manera decidida en el país— en crear para sus operadores unos discursos aplicativos del derecho que sean tan racionales como les resulte posible, lo más concatenados y apegados al derecho, sea el legislador procesal, quien cercene la posibilidad de un discurso jurídico más evolucionado y preciso, por vía de la imposición furiosa de la celeridad que inhibe, por supuesto, a quien quiera argumentar sopesadamente y además dejar prueba perdurable de su raciocinio.

Mientras el mundo jurídico continental se aproxima a la regulación de la responsabilidad de los vehículos autónomos o a la posibilidad de colonizar planetas habitables; mientras los procesos de paz y guerra en el mundo se complejizan de manera inusitada; mientras las computadoras pensantes reemplazan al hombre generando no pocos entuertos jurídicos; mientras las pruebas de las intervenciones médicas con nanotecnología son supremamente complejas y vertiginosas, casi inaprensibles, y los constructos jurídico-conceptuales o materiales son también altamente complejos, a veces inconmensurables para los operadores jurídicos;

mientras las previsiones legales son altamente complejas y las presunciones son cada vez más inestables y las delimitaciones taxonómicas menos comprensivas; mientras que las arquitecturas complejas que tratan de establecer un orden se nos escapan de las manos de la teoría y la dogmática jurídica a velocidades rasantes, el miope procesalista nacional, desapegado de cualquier sistema de derecho comparado, trata de limitar la posición de un juez razonable, porque antes que juez, tiene que ser rápido: ¡inconcebible!

La ley escrita se concibió como la permanencia del Estado, la *ratio legis* implicó, en un momento dado, la posibilidad de resolver de manera pacífica los conflictos, pero la estrechez de la ley se reconoció casi simultáneamente a su postulación y a su posibilidad de realización³⁴. Los sistemas de interpretación exegético, sistemático, histórico y teleológico comportaron que esa actitud dialógica discursiva se planteara en un plano temporal respecto de la misma norma y cuyos protagonistas ciertos eran los mismos jueces, imbuidos en realidades sociales diferentes. Por ejemplo, la interpretación exegética de la servidumbre de paso del artículo 905 del C. C., que fue superada por una interpretación sistemática y teleológica de la misma norma³⁵, habría resultado imposible si la posibilidad de contrastación verificatoria, que hace parte de la semiosis jurídica nacional, no se hubiera propiciado a través de unas sentencias escritas. En otro de mis escritos (Castro, 2012) he manifestado que en esos mismos contextos, dinámica y pretensión, sigue funcionando la lógica lectora de los fallos jurisdiccionales en cualquier país. Si ha sido supremamente dificultoso superar una jurisdicción que entienda, que los requisitos de la promesa de contrato por ejemplo, aparecen claramente descontextualizados no solo desde una intención legisladora comparada bastante perversa, sino que su adjudicación actual es aún más peligrosa, si partimos de una economía de consumo incluso virtual, teniendo aún sentencias escritas; parece incomprensible tratar de imaginar cuáles serían los efectos de una jurisdicción que solo tuviera providencias no escritas, para evacuar una discusión seria sobre el tema de las promesas de contrato. La sentencia escrita es un elemento de pronosis, de superación epistemológica y de desarrollo de la jurisprudencia que no

34 Confróntese el discurso del Ministro de Justicia francés Jacques de Malleville, en la ceremonia de expedición del Código Civil de 1804.

35 Es indicativa la sentencia del 2 de septiembre de 1936 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la interpretación del método histórico en la jurisprudencia nacional.

puede ser obviada bajo ninguna de las circunstancias del desarrollo jurisdiccional actual. El CGP ha incrustado de manera inconstitucional e ilegítima una oralidad para la que la comunidad académica y judicial pero, sobre todo, el pueblo, no se encontraban preparados.

b. La sentencia como elemento prueba de la consistencia de la realización del Estado de derecho

La lectura que Eco llama “enciclopédica” me parece que tiene más envergadura y peso y por eso la llamo “científica”, por cuanto ella no gira en torno a una diversión pura del espíritu, ni a una ampliación versátil de la visión lúdica del individuo, sino que se remonta a una posición reflexiva mucho más compleja.

Si bien en la función de la sentencia, como máquina de verificabilidad, se puede admitir que todos los ciudadanos acuden a ella como a un instrumento que marca de manera liminar la comprensión que del Estado ha hecho el juez y de cómo ha materializado esa comprensión. En esta segunda función, la evaluación de la sentencia ya no gravita en torno a elementos probatorios, a elementos argumentativos, a elementos ponderativos o de una pura semiótica jurídica, sino que su fuerza se va a deslizar más hacia la verificación de la correcta comprensión política y sociológica de la misma sentencia (Larenz & Canaris, 1995).

La vinculatoriedad del precedente o de la doctrina probable dentro del derecho tiene que ver con la correcta aplicación de un proceso humano llamado mimesis, entendido como la imitación correcta. Esa correcta imitación solo va a ser posible cuando el objeto a imitar puede ser parsimoniosamente estudiado, profundamente criticado, puesto en cuestión y, por supuesto, indagado bajo la idea de permanente mejoramiento. Si ello no funcionara así, tal vez, nunca hubiésemos podido superar el Estado liberal o, incluso, la monarquía autárquica del *ancien regime*. La mimesis como tarea despliega todo su valor cuando lo que debe ser seguido o superado ha sufrido un proceso de catarsis lectora: todos los que hemos sido funcionarios jurisdiccionales hemos atravesado ese proceso al leer jurisprudencia precedencial que podría encontrar aplicabilidad a un nuevo caso por resolver. Pero lo que aquí resulta llamativo es que esa tarea no podría realizarse desde la oralidad. El proceso mimético solo es posible cuando en la más profunda intimidad se pueden conciliar las propias ideas con el fallo asertivo

o cuando se renuncia a una argumentación por falaz y contraindicativa. ¿Cómo hacer eso con un audio?, ¿cómo podría entonces evolucionar nuestro derecho, si el principal elemento de progreso jurídico-cultural está siendo derogado por una norma procesal?³⁶.

En efecto, no solo la naturaleza del recurso de casación o de revisión parecieran moldear lo que aquí se escribe, sino la concepción misma del nuevo artículo 333 del mismo CGP. Es una contradicción que se exija oralidad mientras que se ordena atarse al precedente, pero aún es más incongruente pedir sentencias coherentes cuando en ellas, por la celeridad misma, no es posible detenerse a pensar en la realización misma de los derechos que, sin duda, exige también una realización piramidal y subsecuente como la misma teoría de la *Drittwirkungstheorie* lo exige; o lo que es lo mismo, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales entre particulares que han de respetar en su convención, en su obrar patrimonial y familiar, siempre esos mismos derechos fundamentales, que son la cúpula de la juridicidad y son, por lo mismo, insoslayables. Estos están contenidos en las constituciones de casi todas las democracias constitucionales del planeta y que ahora ordena observar el mencionado artículo 333 del CGP.

La sentencia debería aparecer de manera escrita en la totalidad de los casos, no solo por cuestiones de raciocinio y contrastación legal o constitucional, sino por cuanto los fenómenos sociales no pueden ser desconocidos en la actividad jurisdiccional. Hasta la saciedad se ha escrito que el derecho no es una ciencia pura, y dentro de las ciencias sociales es la más volátil y contradictoria. Para parafrasear al gran procesalista latinoamericano Eduardo J. Couture, vale la pena recordar que no existen dos casos idénticos en el derecho. Por ello es importante recalcar que si bien la sentencia, como máquina de confrontación jurídica, da un valor jurídico al mismo documento —una posibilidad de verificación científica— implica que ella, como prueba de la realización del Estado de derecho, le otorga a los particulares un documento con un valor sociopolítico de inmensas proporciones. No podría evolucionar el derecho, al cercenársele su principal objeto de

.....
36 Y es que en ese sentido se ha pronunciado buena parte de la doctrina nacional, al aseverar que la tendencia de implementar la oralidad en el sistema judicial debe ser razonada y moderada, respetando siempre la raíces de nuestro derecho, que se inervan en el sistema continental con predominancia a lo escrito: “los cierto es que nadie acepta la posibilidad de aplicar de manera absoluta la oralidad por cuanto sin constancia escrita alguna de lo decidido, resulta imposible en la práctica hacer cumplir la decisión, caso de que el obligado se muestre renuente a ello” (López, 2016, p. 24).

estudio y crítica: las mismas sentencias. No podría evolucionar la jurisprudencia si en la tarea confrontativa y perenne del quehacer jurídico se desconocieran los elementos fundamentales de la discusión: un intérprete, un fallador, una sentencia y un nuevo intérprete que dinamice las lógicas que congregan lo jurídico.

Para concluir, reitero: no se hace lo mismo mentalmente cuando hablamos que cuando leemos y escribimos. La escrituralidad y, por ende, la lectura son procesos mucho más complejos en términos intelectivos y en términos semióticos. La lectura de las sentencias y autos y, en general, de las providencias judiciales es por antonomasia una lectura enciclopédica, confrontativa, no solo de la sentencia con la ley sino (y ojalá cada vez más) con la Constitución, con el acervo probatorio, pero además con una noción de justicia, con una idea de eficiencia y efectividad del Estado, con su vertiente “de derecho”. Desde Schmidt y Kelsen, esta lectura confrontativa ayudaría a comprender de una mejor manera el Estado. La sentencia justa debe legitimar, por encima de cualquier otra circunstancia, al Estado de derecho, la injusta debe ser apelada o casada. La justificación de vivir en sociedad renunciando a la violencia absoluta se justifica solo a través del derecho objetivo. El derecho subjetivo tiene, a su vez, su justificación dentro del sistema a través de las sentencias justas y adecuadas a derecho, que a su turno materializan la paz jurídica, como desde Roma ya se concebía. Por lo tanto, siempre las sentencias deben poderse leer de manera sesuda, complementaria, enciclopédica, confrontativa, razonada, sistemática y enjundiosa; y esa labor no resulta tan aprehensible en un sistema de oralidad, menos cuando los jueces no están entrenados para tal fin.

La sentencia debería poderse leer como leía el filósofo de Chardin, analizado a su vez por George Steiner: la sentencia es la conclusión de un proceso estatal de varios cientos de años, pero además la sentencia es la consumación de un proceso judicial que, en la totalidad de los casos, ha consumido parte considerable de la vida y la tranquilidad de las personas. Es necesario saber por qué se ganó y por qué se perdió. Las providencias judiciales son piezas esenciales para la vida de las personas, en esa función semiótica que se acaba de analizar. Para (y en) los procesos semióticos sociales, la sentencia, como máquina perdurable y confrontativa es esencial, lo cual a veces se desdibuja en países altamente conflictivos como Colombia, donde bajo ninguna circunstancia, la celeridad y la descongestión judicial pueden ser un rasero que mida la legislación a expedir o a reformar.