



FEDERICO CARPI, MANUEL ORTELLS, EDS.

ORALIDAD Y ESCRITURA
EN UN PROCESO CIVIL EFICIENTE

*ORAL AND WRITTEN PROCEEDINGS:
EFFICIENCY IN CIVIL PROCEDURE*

.I.

PONENCIAS GENERALES E INFORMES NACIONALES
GENERAL REPORTS AND NATIONALS REPORTS

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

**Internacional Association of Procedural Law (IAPL)
Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP)**

**ORALIDAD Y ESCRITURA
EN UN PROCESO CIVIL
EFICIENTE**

**ORAL AND WRITTEN
PROCEEDINGS:
EFFICIENCY IN CIVIL
PROCEDURE**

**FEDERICO CARPI
MANUEL ORTELLS RAMOS
Ed.**

**VNIVERSITAT
E VALÈNCIA**

ORALIDAD Y ESCRITURA EN UN PROCESO CIVIL EFICIENTE.
ORAL AND WRITTEN PROCEEDINGS: EFFICIENCY IN CIVIL PROCEDURE

Internacional Association of Procedural Law (IAPL)
Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP)

FEDERICO CARPI
MANUEL ORTELLS RAMOS
Ed.

© Universitat de Valencia, 2008
ISBN: (vol. I): 978-84-374-7214-2
ISBN: (obra completa): 978-84-370-7216-6

INDICE - TABLE OF CONTENTS

FEDERICO CARPI

Presentación

Introduction

MANUEL ORTELLS RAMOS

Razones para un encuentro

Reasons for a meeting

PONENCIAS DE INTRODUCCIÓN: DOS PERSPECTIVAS SOBRE ORALIDAD, ESCRITURA Y EFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL.

INTRODUCTORY REPORTS: TWO HISTORICAL PERSPECTIVES OF ORAL AND WRITTEN PROCEEDINGS: EFFICIENCY IN CIVIL PROCEDURE

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

El proceso oral y eficaz ante el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia

The oral and efficient process before the thousand-year-old the Valencian Water

Tribunal (Abridged version)

MARCEL STORME

More voice, less print – why court proceedings should become more oral

Más voz y menos letra: En defensa de la oralidad en los procesos judiciales (Versión abreviada)

PRIMERA PONENCIA GENERAL.

FIRST GENERAL REPORT.

DIETER LEIPOLD

Oral and written elements within the introductory phase of civil procedure

Elementos orales y escritos en la fase introductoria del proceso civil (Versión abreviada)

SEGUNDA PONENCIA GENERAL.

SECOND GENERAL REPORT.

SORAYA AMRANI-MEKKI

El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil

The impact of the new technologies on the shape of civil procedure (Abridged version)

TERCERA PONENCIA GENERAL.

THIRD GENERAL REPORT.

JORGE W. PEYRANO

La prueba entre la oralidad y la escritura

The evidence between orality and writing (Abridged version)

CUARTA PONENCIA GENERAL.

FOURTH GENERAL REPORT.

MICHELE TARUFFO

Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation

Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil (Versión abreviada)

INFORMES NACIONALES

NATIONAL REPORTS

PRIMERA PONENCIA

FIRST REPORT

España

Alicia Armengot Vilaplana

La fase introductiva y el contrato procesal. informe nacional,

England

Stefan Einhaus

The introductory phase and the procedural contract – England and Wales,

Japan

Manabu Honma

The preliminary phase and the trial agreement in japan,

Korea

Junghoo oh

Mündliche und schriftliche Elemente bei der Klageerhebung nach der koreanischen Zivilprozessordnung

Greece

Dimitris N. Maniotis

Some remarks concerning the pre-trial stadium and the proceeding before the court according to the greek code of civil procedure,

USA

Jakob Reinhard

Civil Procedure in the USA

Latinoamérica

Pia Tavolari Goycoolea

La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latinoamericano,

China

Hongliang Wang

Civil pre-trial procedure in China

TERCERA PONENCIA

THIRD REPORT

Italia

Paolo Biavati
Oral and written evidence in Italian civil procedure law

Brasil
Luiz Guilherme Marinoni
La prueba en el sistema oral brasileño,

Perú
Juan Monroy Gálvez
Relación sobre la prueba entre la oralidad y la escritura en el proceso civil peruano

Colombia
Jairo Parra Quijano
La prueba entre la oralidad y la escritura

Alemania
Álvaro Pérez-Ragone
Oralidad y prueba en Alemania

España
Joan Picó I Junoy
El principio de oralidad en el proceso civil español

Venezuela
Mariolga Quintero Tirado
La prueba entre la oralidad y la escritura

Uruguay
Luis María Simón
La prueba entre la oralidad y la escritura

Chile
Raúl Tavolari Oliveros
La prueba entre la oralidad y la escritura

CUARTA PONENCIA

FOURTH REPORT

Argentina
Eduardo Oteiza
El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino

México
José Ovalle Favela
Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal

England
Luca Passanante
Oralità e scrittura nel processo civile inglese

PRESENTACIÓN

FEDERICO CARPI

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal

Es la primera vez que la Asociación Internacional de Derecho Procesal es acogida en España, un país de gran tradición jurídica, con, en particular, una vivaz escuela procesal, admirada en todo el mundo.

La Asociación está por lo tanto muy agradecida al Profesor Manuel Ortells Ramos, quien ha asumido la gravosa tarea de organizador, aun más meritoria por haber conseguido publicar con anticipación este extraordinario volumen.

El tema general “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente” (Para la traducción inglesa: “Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure”) es clásico y ha dado lugar desde siempre a encendidas discusiones y a reformas normativas de diferente signo, tanto que a finales del siglo XIX la doctrina alemana acuñó la expresión de *Mündlichkeitsfanatismus*, con vivaces polémicas e intervenciones de procesalistas del calibre de Adolf Wach.

Como italiano, no puedo dejar de mencionar la decidida posición en favor de la oralidad de Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei.

Hoy esta importante temática se enriquece con nuevas perspectivas, de un lado, por las tendencias normativas que, de manera muy genérica, podemos decir que llevan a significativos momentos de comparación entre los ordenamientos procesales de *Common Law* y de *Civil Law* –basta pensar en la relevancia de los acuerdos procesales en la fase introductiva y en el denominado *Case Management* de la reforma inglesa de 1998-, y, de otro lado, por la perspectiva del proceso telemático.

Un estudioso norteamericano, Walter Ong, ha escrito sobre la oralidad secundaria, entendiendo por tal la telemática, que en realidad se sirve de la escritura como momento de reflexión, pero que de la oralidad tiene la intermediación, aunque menos socializante que el contacto personal, que lleva, como dicen los franceses, al “*rapprochement du juge au justiciable*”.

Las razones para la elección del tema aparecen, por lo tanto, evidentes y de alguna manera se relacionan con el coloquio del próximo año en Toronto (3-5 junio 2009) sobre “*Neither Common nor Civil: Procedural Reform and the Need for New Categories*”.

En Valencia, por otra parte, se puede encontrar el único ejemplo en Europa, que yo sepa, de un antiquísimo modelo de proceso completamente oral: el que se desarrolla aún hoy cada jueves delante de la Puerta de los Apóstoles de la Catedral ante el Tribunal de las Aguas, sobre el cual el Profesor Víctor Fairén Guillén –que ha sido uno de los fundadores de nuestra Asociación desde 1947- ha escrito un libro bien conocido.

El mismo Mauro Cappelletti, por muchos años presidente inolvidable de la Asociación, ha librado una ardua batalla a favor de la oralidad, como factor de eficiencia y simplificación del proceso.

Me parece, en conclusión, que más de una razón concurre para considerar memorable este coloquio de Valencia, gracias al empeño de los ponentes generales y de los autores de informes, todos ellos, de verdad, excelentes.

INTRODUCTION*

FEDERICO CARPI

President of the International Association of Procedural Law

This is the first time that the International Association of Procedural Law has been welcomed to Spain, a country with a great legal tradition and a particularly dynamic procedural school that is admired all over the world.

The association is therefore very grateful to Professor Manuel Ortells Ramos, who has taken on the burdensome task of organiser, which is even more commendable in that he has succeeded in publishing this extraordinary volume in advance.

The general subject of “Oral and written proceedings: efficiency in civil procedure” is a classic and has always given rise to heated debate and different types of regulatory reforms, so much so that at the end of the 19th century, the German doctrine coined the phrase *Mündlichkeitsfanatismus*, with spirited controversy and interventions by proceduralists of the calibre of Adolf Wach.

As an Italian, I cannot fail to mention Giuseppe Chiovenda and Piero Calamandrei’s determined support for orality.

Today, this important topic is enriched with new perspectives, on the one hand, due to the regulatory trends that, in a very broad sense, we can say lead to significant moments of comparison between the procedural codes of *Common Law* and *Civil Law* – it is enough to think of the importance of the procedural agreements in the introductory phase and in the so-called *Case Management* of the English reform of 1998-, and, on the other hand, due to the perspectives of the data transmission process.

A North American scholar, Walter Ong, has written about secondary orality, understood as data transmission, which, in reality, uses writing as a moment of reflection, but takes from orality the immediation, although less socialising than personal contact, that brings, as the French say, “*rapprochement du juge au justiciable*”.

The reasons behind the choice of this subject, therefore, seem obvious and in a certain way can be linked to next year’s debate in Toronto (3-5 June, 2009) on “*Neither Common nor Civil: Procedural Reform and the Need for New Categories*”.

In Valencia, on the other hand, we can find the only example in Europe, as far as I know, of a very old, completely oral procedure – the Water Tribunal, which is still carried out every Thursday in front of the Apostles’ Door of the Cathedral, on which Professor Víctor Fairén Guillén –one of the founders of our association in 1947- has written a well-known book.

Mauro Cappelletti himself, for many years an unforgettable president of the Association, has fought an arduous battle in favour of orality as a factor in procedural efficiency and simplification.

In conclusion, it appears to me that there is more than one reason to consider this symposium in Valencia memorable, thanks to the efforts of the general speakers and the authors of the reports, all of which are truly excellent.

* Translated from Spanish into English by Paul Turner.

RAZONES PARA UN ENCUENTRO

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València (España)

Presidente de la Comisión organizadora

No son, ni mucho menos, necesarias, pero una reflexión, aunque sea superficial, nos hace descubrir un par de razones que justifican este encuentro académico en España, y en tierras valencianas. La primera, un compromiso con la AIDP, al que ya era hora de hacer honor. La segunda, el tema de estudio que, aparte de su interés científico, merece, en Derecho español, incluso ser objeto de un precepto constitucional.

La AIDP, que contó entre sus mentores –como ya había ocurrido con su antecesor, el Instituto Internacional de Derecho Procesal Civil- con destacados procesalistas españoles, no había tenido, hasta hoy, la oportunidad de celebrar en España una de sus reuniones científicas. Los procesalistas españoles teníamos el compromiso de aportar a la Asociación el esfuerzo de preparar estos días de encuentro personal y de debate científico. Y hemos elegido el lugar justo: la Comunidad Valenciana. En la cinco veces centenaria Universidad de su capital, desempeñaron su cátedra el profesor Alcalá-Zamora y Castillo –que fue presidente de nuestra Asociación- y el profesor Fairén Guillén –vice-presidente de la Asociación por mucho tiempo y siempre miembro muy activo de la misma-. En esta sede, a la que estuvieron tan estrechamente unidos estos dos protagonistas de la vida de nuestra Asociación, cumplimos hoy el compromiso de recibir a nuestros colegas.

El tema que va a ocupar –que ha ocupado- nuestra actividad tiene, también, un punto de fuerte conexión con nuestra tierra. No me refiero, ahora, a ese paradigma de procedimiento oral, que es el que dirige el Tribunal de las Aguas de Valencia, al que oportunamente se han referido, en estas páginas, nuestro presidente, el profesor Carpi, y, más extensamente, la ponencia del profesor Fairén Guillén. Pienso en el artículo 120.2 de la Constitución Española de 1978, que establece: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

Puedo imaginar la expresión escéptica de quien no entiende con facilidad que, en el último cuarto del siglo XX –no en el siglo XIX-, la oralidad mereciera un aprecio político tal que la elevara a los altares constitucionales. Quien vivió, desde aquí, la historia antecedente, puede comprenderlo mejor. Fue la reacción frente a un proceso penal falsamente oral, en el que, contra ley, se le había asignado a la instrucción previa escrita un papel clave como base de la sentencia. Fue la respuesta frente a un proceso civil dotado de un régimen normativo de escritura tan coherente, y, sobre todo, lastrado por una rutina histórica tan pesada, que condenaba al fracaso los intentos de introducir espacios de oralidad en contra del sistema –pienso en el azaroso destino de la comparecencia previa, que se insertó en el que, con la reforma de 1984, iba a ser el procedimiento común de más amplia aplicación-.

No obstante, hay que reconocer que la férula que el constituyente impone al legislador ordinario no es muy rígida: “predominantemente” y “sobre todo” son expresiones que revelan, a las claras, que la oralidad es una cuestión de grados, cuya concreción es encomendada al legislador ordinario. Lo ilustra bien la ponencia de nuestro presidente honorario, profesor Storme.

El tema del Coloquio formula la ecuación precisa: oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Se trata de reflexionar sobre la adecuación entre las formas del procedimiento y el logro de los fines del proceso civil, con un buen grado de calidad intrínseca en cuanto a este objetivo, pero con los menores costes de tiempo y económicos –directos sobre las partes y el erario público, e indirectos sobre el sistema socio-económico de creación y distribución de la riqueza-. La ponencia del profesor Taruffo se propone el análisis de este planteamiento global del tema, para lo que ha contado con aportaciones regionales muy ilustrativas.

Sin duda, el examen de esa ecuación sugiere, de inmediato, que puede ser oportuno relacionar los componentes de escritura y oralidad de un procedimiento con las características de las cuestiones litigiosas que han de ser debatidas en el mismo. En la realidad estas cuestiones litigiosas presentan una variedad enorme. ¿Es, entonces, una buena respuesta que sea la ley la que fije, rígidamente, el tipo o tipos –también rígidamente- de procedimientos adecuados, o podría abrirse, en esta materia, un ámbito en el que la configuración del procedimiento no estuviera estrictamente definida, sino que dependiera de facultades de las partes, judicialmente controladas? Al profesor Leipold hay que agradecer la profundización sobre esta cuestión, que ha examinado atendiendo a una amplia información sobre distintos ordenamientos procesales o grupos de los mismos.

En vez de hablar de la oralidad y la prueba, el tema de la tercera ponencia se enuncia, de manera más neutra, como la prueba entre la oralidad y la escritura. Son muy diversos los medios de prueba y muy diferentes los actos para la introducción de los mismos en el proceso –cooperación judicial para el descubrimiento de pruebas, proposición (relacionada con heterogéneos regímenes de alegación de los hechos), práctica-. Además, la realidad procesal es rica en situaciones que pueden aconsejar, por razones de proporción –de eficiencia, en definitiva- el abandono excepcional de reglas casi sagradas sobre la forma de practicar ciertos medios de prueba. La ponencia del profesor Peyrano se enfrenta a estos y a otros problemas próximos, con atenta observación de las normas y las experiencias procesales de diversos países.

Y cuando, ingenuamente, podíamos pensar que el debate sobre las formas del procedimiento iba a quedar encerrado entre oralidad, escritura y sus combinaciones, la evolución tecnológica vino a mover el tablero, a proponer un nuevo juego de formas disponibles para un proceso civil eficiente. La teleinformática nos sitúa no ante simples cambios en la manera de practicar la escritura y la oralidad, sino ante una forma procedimental diferente, con ventajas y problemas específicos, en la que nos adentraremos a través de la cuidada ponencia de la profesora Amrani-Mekki, que ha podido considerar la rica documentación recogida sobre el tema en el último Congreso de Salvador de Bahía.

Quiero agradecer a los ponentes que hayan puesto su tiempo a nuestra disposición. Todos sabemos lo valioso que es el tiempo de unos colegas tan prestigiosos.

Gracias, también, a los autores de informes nacionales y de comunicaciones. Sin sus aportaciones nos hubieran pasado desapercibidos aspectos y perspectivas enriquecedores.

Nuestro agradecimiento, el de la comisión organizadora y –estoy convencido- también el de la AIDP, a las entidades cuyas ayudas económicas han facilitado la celebración del Coloquio, entre las que se cuentan el Ministerio de Ciencia e Innovación, los Departamentos de Educación y de Justicia y Administraciones Públicas

de la Generalitat Valenciana, la Universitat de València y su Facultad de Derecho, y la Fundación Bancaja.

Nunca acertaría a expresar con total justicia el reconocimiento que debo a los miembros de la comisión organizadora, amigas y amigos muy queridos, por la ayuda que me han prestado para culminar con éxito este proyecto.

Gracias, por fin y sin fin, a la Asociación por su confianza.

REASONS FOR A MEETING¹

MANUEL ORTELLS RAMOS

Professor of Procedural Law, University of Valencia

President of the Organising Committee

Although it is not at all necessary, merely a superficial reflection leads us to discover two good reasons that justify holding this academic meeting in Spain, and in the region of Valencia. The first is a commitment to the IAPL, which we felt it was about time to honour. The second is the subject under study, which, in addition to its scientific interest, merits, in Spanish law, even being the object of a constitutional precept.

The IAPL, which counted among its mentors –as had occurred with its predecessor, the International Institute of Civil Procedural Law- outstanding Spanish proceduralists, until today had not had the opportunity to hold one of its scientific meetings in Spain. As Spanish proceduralists, we made the commitment to the Association to prepare these days of personal encounter and scientific debate. And we have chosen the perfect place, the Valencian Community. Professor Alcalá-Zamora y Castillo, a former president of our association, taught in this city's five-hundred-year-old university, as did Professor Fairén Guillén, a long-standing vice-president and always a very active member of the association. In this place, in which those two leading figures in the life of our association were so closely linked, today we fulfil our commitment to welcome our colleagues.

The subject that will be, and has been, our centre of attention also has a strong connection with our land. I am not in this case referring to that paradigm of oral procedure that directs the Valencian Water Court, to which our president, Professor Carpi, has already referred in these pages and which is dealt with at greater length in Fairén Guillén's report. I am thinking of Article 120.2 of the Spanish Constitution of 1978 that states, "The procedure shall be predominantly oral, mostly in criminal matters".

I can image the sceptical expressions on the faces of those who cannot easily understand that, in the final quarter of the 20th century (not in the 19th century), orality merited such political attention that it was elevated to the altars of the Constitution. Those who lived through the preceding history here can better understand this. It was a reaction against a falsely oral criminal procedure, in which, in contravention of the law, a key role had been assigned to written pretrial proceedings as the basis of the judgement. It was a response to a civil procedure invested with a regulatory written regime so coherent, and above all, weighed down by such a heavy historical routine, that it condemned to failure any attempt to introduce spaces of orality in opposition to the system – I am thinking of the turbulent destiny of the pretrial conference that was inserted into what would, with the 1984 reform, become the common procedure with the widest application.

Nevertheless, we have to recognise that the constriction imposed by the drafter of the Constitution on the ordinary legislator is not very rigid. "Predominantly" and

¹ Translated from Spanish into English by Paul Turner. Revised by Esther Monzó (Universitat Jaume I, Spain).

“mostly” are expressions that clearly reveal that orality is a question of degrees, the concretion of which is entrusted to the ordinary legislator. This is well illustrated in the presentation of our honorary president, Professor Storme.

The subject of the Colloquium formulates the exact equation: oral and written proceedings in an efficient civil procedure. It is a question of reflecting on the adaptation between the procedural forms and achieving the aims of civil litigation, with a high degree of intrinsic quality in terms of this objective, but less costly in time and money – directly for the parties and the public coffers and indirectly for the socioeconomic system of wealth creation and distribution. Professor Taruffo’s presentation proposes an analysis of the overall approach to this subject, for which he uses highly illustrative regional contributions.

There can be no doubt that an examination of this equation immediately suggests that it might be opportune to relate the written and oral components of a procedure to the characteristics of the questions in dispute. In practice, these questions come in a huge variety. Is it, therefore, a good idea for the law to set, rigidly, the type or types – also rigid – of suitable procedures? Or could we open, in this matter, a sphere in which the configuration of the procedure was not strictly defined, but would rather depend on the powers of the parties, under judicial management? We have to thank Professor Leipold for his in-depth study of this subject, which he has examined while paying attention to copious amounts of information on different procedural codes or groups of them.

Instead of talking about orality and evidence, the subject of the third presentation is expressed more neutrally, as the evidence between orality and the document. The means of evidence are very diverse and the ways of introducing it into the procedure are very different – judicial cooperation for the investigation of evidence, disclosure (under heterogeneous rules for pleading the facts), and discovery. Moreover, the procedural reality is rich in situations in which it would be advisable, for reasons of proportion – of efficiency, all things being considered – to abandon, exceptionally, the almost sacred rules on the way of hearing certain kinds of evidence. Professor Peyrano’s report deals with these and other closely-related problems, closely observing the rules and procedural experiences of various countries.

And when, naively, we began to think that the debate about procedural methods was about to remain confined to orality, the written and its combinations, technological evolution came along to move the game board, to propose a new set of ways of carrying out an efficient civil procedure. Data transmission does not just present us with simple changes in the way of dealing with the written and the oral, instead it offers a very different way of proceeding, with specific advantages and problems, into which we delve through Professor Amrani-Mekki’s meticulously prepared presentation, which has been able to take into account the wealth of documentation gathered at the last congress in Salvador de Bahía.

I should like to thank the speakers who have placed their time at our disposal. We all know how valuable the time of such prestigious colleagues is.

Thank you as well to all the authors of national reports and presentations. Without their contributions, certain enriching aspects and perspectives would have gone unnoticed.

I should like to express the gratitude of the Organising Committee and, I am quite sure, of the IAPL, to all those bodies whose financial support have helped make it

possible to organise this Colloquium. They include the Ministry of Science and Innovation, the Justice and Public Administration Department as well as the Education Department of the Valencian Government, the University of Valencia and its Faculty of Law, and the Bancaja Foundation.

I will never be able to truly express the debt I owe to the members of the Organising Committee dear friends all of them, for the help they have given me in bringing this project to a successful fruition.

Thank you, finally and forever, to the Association for its trust.

EL PROCESO ORAL Y EFICAZ ANTE EL MILENARIO

TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE VALENCIA

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Dr.h.c. Catedrático jub. Em. de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Académico Núm. de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y correspondiente de la de la Historia

Juez de Honor del Tribunal de las Aguas de Valencia

De origen muy antiguo², el Tribunal de las Aguas de la Vega Valencia, tiene su reconocimiento fidedigno en el Privilegio dado por el Rey Jaime I de Aragón, Conquistador de la Ciudad, en el año 1238, por el cual donaba a los habitantes y pobladores de la Ciudad y Reino de Valencia, las acequias del río Turia y sus aguas para que pudieran regar y tomar aguas *seguns que antigament es e fo stablit e acostumat en temps de sarrahins* (Fol. 2 vto. del “Aureum Opus Privilegiorum Civitatis et Regni Valentie”).

Únase a este fuero o Privilegio, el otorgado por el mismo Rey en Morella, en 1250: en él se consignaba la facultad de los acequeros de *exhigant et extorqueant poenas constitutas in consuetudine* (Aureum Opus”, Fol. XI vto).

Así se completa el concepto moderno de jurisdicción: potestad de declarar, imponer y ejecutar “penas”, al correctísimo estilo de la posterior Constitución de Cádiz, de 1812³.

Constituido el Tribunal por los representantes –acequeros, síndicos- de las ocho acequias⁴ que, con la Real de Moncada constituyen la columna dorsal del regadío de la Huerta de Valencia, tiene su sede bajo el pórtico de los Apóstoles de la Catedral de Valencia –sin duda por razones religiosas históricas– en donde celebra sesiones públicas casi todos los jueves del año; las cuales han de comenzar antes de que termine de dar las campanadas de las 12 de la mañana el reloj de la Catedral (del “Micalet” antigua y extraña torre). Todo ello está previsto en las Ordenanzas de las Acequias.

² En tiempos de los moros, quizás bajo el reinado de Abdelrahman III –sobre el año 960 d. J.– Así se escribe.

Hay en España una marcada tendencia a atribuir a los “árabes” las obras hidráulicas históricas que no ofrecen fecha clara de construcción. Ignorando que los romanos fueron formidables ingenieros. Baste ver como obras hidráulicas, la Presa de Proserpina, cerca de Mérida, en servicio hasta no ha mucho; o el acueducto de Segovia... Y si no me engaño, fue una riña entre dos tribus sobre el aprovechamiento de las aguas del actual Río Palancia lo que halló Aníbal como *casus belli* para intervenir y atacar Sagunto en el año 219 a. J. ... Estimo que se debería investigar mucho más en esta dirección.

³ Cfr. la nota anterior.

⁴ Son las de Tormos, Rascaña y Mestalla (antigua margen izquierda del río Turia) y las de Quart, Benacher y Faitanar, Mislata, Favara y Rovella por la antigua margen derecha. La alteración del cauce del citado río por la gigantesca obra de defensa de la ciudad de Valencia contra las avenidas, no ha alterado esa numeración y dependencia.

Son casi todas éstas fuentes, del Siglo XVIII –salvo dos–, Derecho Estatutario Real en la época de la mayor centralización política de España; su mayoría, de la época de los Reyes Fernando VI y Carlos III, contiene numerosas normas procesales –como la ya vista sobre el tiempo y lugar de las sesiones orales– y orgánicas, de gobierno, tras las procesales.

Se trata de mantener los principios de la oralidad pura –ni siquiera asiste Secretario a las vistas y el acta se levanta después– y concentración de los actos procesales en un solo acto, propios del más limpio proceso oral, y a evitar que los agricultores se ausenten de sus labores más de una mañana semanalmente.

Cronológicamente y como fuente –a mi entender, hoy día la primera– la constituye el Decreto de la II República de 5 de abril de 1932, no derogado⁵; esta norma, dictada ante el Presidente de la República, Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Torres y el Ministro de Obras Públicas, el socialista D. Indalecio Prieto y Tuero, firmaba “los privilegios y autonomía de jurisdicción de que disfruta el Tribunal de las Aguas de Valencia”⁶.

Tales privilegios, debían comprender los del Rey de Aragón, Jaime I, ya relatados.

Nótese la referencia se hace en presente: “a la autonomía de jurisdicción de que disfruta el Tribunal de las Aguas”. Luego se trató y trata del concepto moderno legal de jurisdicción, que era el de la magnífica LOPJ de 1870, con su base en los textos constitucionales –acertadísimos en este punto⁷– de la de Cádiz, de 1812. Recuérdese así esta fuente.

⁵ No derogado en la Tabla de Derogaciones anexa al Decreto 27/12/83, pues no citado como tal.

Las múltiples oleadas de antirepublicanismo irracional, no lograron acabar con el sentido común que proveyó a su continuidad. Esperemos que los nuevos Solones, en sus arbitrarias soluciones para solucionar la problemática de nuestros Tribunales, no pretendan acabar con el Tribunal de las Aguas cual si de un simple Juzgado de Paz se tratase. Cfr. mi trabajo “Sugerencias sobre Reforma de la regulación del Tribunal de las Aguas en el “Estatuto” valenciano y en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Justicia”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 36, 2006, p. 33 a 61.

⁶ Como bibliografía para este trabajo, cfr. esp. mi libro –escrito tras 25 años de estudio práctico del Tribunal de las Aguas–, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez, economía)* Valencia, 1ª ed., 1976, Caja de Ahorros de Valencia y Tribunal de las Aguas; ibidem, 2ª ed., Valencia, 1988, más de 600 pp. en 4ª. Nótese la semejanza de este título y del del coloquio a celebrar en Gandía y Valencia en otoño de este 2008; “Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia”, en *Arbor*, Madrid, CS de IC, nº 691, julio de 2003, p. 1295 y ss.; “El proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia”, en *RDPRiber*, Madrid, 1985, nº 1, 21 pp.; *El Tribunal de las Aguas y su proceso*. Conferencia inaugural de la “I Internacional Conference for systems of Water Law” Valencia, 1ª Sep. 1975, Colorado State University, “Global Law Systems” (RADOSEVICH, GINER, DAINES, SKOGEROE, WALSH), p. 1-B a 22-B.

⁷ Art. 242 de la Constitución de Cádiz de 1812:

“La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenece exclusivamente a los tribunales”.

Más próxima a nosotros se halla nuestra Ley Fundamental, la Constitución de 1978: en ella, su art. 125 nos dice que “los ciudadanos de nacionalidad española... asimismo podrán participar en la Administración de Justicia... en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”; y la LOPJ de 1/7/1985, sin reformar, 18-3: “Tiene carácter consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega valenciana”. *Hic sunt leones.*

La Vega de Valencia con su regadío tiene carácter excepcional en España: desgraciadamente, pero no para el mantenimiento de un Tribunal único que funciona desde hace siglos bajo los principios de oralidad, concentración y publicidad general, con *adecuación y practicabilidad* previas sin las que su funcionamiento sería imposible⁸.

Los Estatutos de la Comunidad Valenciana, de 1 de julio de 1982 y de 2006, nombraron a la Generalidad Valenciana, para las competencias en coadyuvar en la organización de los tribunales consuetudinarios y tradicionales, y en especial en el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia.

He aquí la lista de las fuentes actuales del Tribunal y del proceso de las Aguas de Valencia; pero debemos recordar, ante todo, la equidad, la *auctoritas* que domina todo ello, *auctoritas* en el sentido romano de la expresión. Es esa *auctoritas* la que permite su funcionamiento ordinario en plena vía pública, entre el silencio respetuoso de los ciudadanos que asisten a sus juicios; y la que fundamenta, en sus casos, la ejecución voluntaria de las sentencias.

El Tribunal de las Aguas, está integrado por los ocho jueces –Síndicos– de las ochos Comunidades de Regentes –ocho acequias, ya nombradas– de la Huerta de Valencia; elegidos por cada comunidad en plazos fijados en las respectivas Ordenanzas y por cooptación por los comuneros, directa o indirectamente según cada Comunidad y entre “personas destacadas”: de «labrador de probidad y honradez sin tacha», hablan las Ordenanzas de Tormos; de “sujeto bien visto y de bastante representación” (Mestalla).

Son sujetos pasivos sometidos a la jurisdicción del Tribunal –que cuenta con sustitutos, los Subsíndicos y, en su caso, los Electos, le auxilian tales Electos–, los “atandores”, los “veedores” y los “guardas”, los ocupantes de terrenos agrícolas en la Huerta de Valencia.

El papel de tales “guardas” es importantísimo: en materia de la actuación jurisdiccional del Tribunal; les compete formular las denuncias por infracciones al Síndico-Instructor, que es el del territorio (Acequia) en que tuvieron lugar, siempre que afecten a los intereses de la Comunidad y no particulares de dos o más labradores comuneros; acompañan al Tribunal en todo caso, aunque los citados casos sean entre particulares. Actúan presentando sus denuncias ante el Tribunal de las Aguas, antes de

⁸ “Adecuación” y “practicabilidad” son las notas que deben concurrir en cualquier principio del proceso civil, so pena de que fracase. Cfr. KLEIN, “Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten” en los *Materialien zu den neuen österreichischen Civil processgesetzen*, Viena, 1985, imp. Commissionsverlag der Manzschén k.u.k. Hof Verlags u. Universitäts-Buchhandlung”, passim; mis trabajos “El proyecto de la Ordenanza Procesal civil Austriaca visto por Franz Klein” y “Notas sobre el principio de concentración” en mis *Estudios de DPC*, Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1946, p. 281 y ss. La adecuación es el principio al que hay que llegar a través de los anteriores. Comodidad, en sentido amplio, comprendiendo la baratura, la economía.

la sesión en que se han de tratar y se hallan presentes en la redacción del Acta de la sesión.

Los veedores tienen como función de importancia, la de efectuar las “visuras” o inspecciones periciales, cuando no es el mismo Tribunal o un Delegado suyo quienes las efectúan. Los electos, lo son entre antiguos Síndicos y Subsíndicos de mayor experiencia y ciencia; se les confían labores de instrucción en los casos más complicados.

El proceso consta de dos partes o periodos. Al primero –al que no ve el público sin ser secreto por ello– le llamo “de instrucción”, por ser esa su función primaria.

El Guarda o el particular denuncian los hechos constitutivos de la infracción – sea ésta de origen consuetudinario, lo más frecuente, o sea “legal” de las ordenanzas o de las leyes– al Síndico de la Comunidad o Acequia correspondiente. Éste, o el o los veedores, si es del caso, efectúan una inspección de los lugares, una “visura” o inspección ocular y pericial. Puede interrogar testigos y adoptar medidas cautelares para evitar mayores daños. Terminada esta labor, identificado el supuesto autor de la infracción y sus cómplices, y si los interesados –cuando la infracción afectó tan solo a sus intereses– no se han puesto de acuerdo –he aquí una conciliación intraprocesal que triunfa en muchas ocasiones; los instructores tienen en cuenta “que las partes son vecinas y que como tales deben llevarse bien”; que la comparecencia de una de ellas a la Sede del Tribunal o la Puerta de los Apóstoles de la Catedral, un jueves a mediodía y su derrota frente a su convecino puede crear rencores difíciles de curar; por ello, no hay prisa –siempre que la infracción no haya vulnerado intereses generales de la comunidad, repito– en llevar las cosas adelante, cuando el Síndico instructor aprecia que las posiciones de las partes se van aproximando y que con paciencia, se va a alcanzar una conciliación entre ellas (socialización procesal desconocida en tantos ordenamientos en aras de una celeridad que aquí no debe exigirse).

O bien, cuando el denunciado no se somete a cumplir con las condiciones que el Síndico Instructor le impone (de hacer, de deshacer, de efectuar pagos, etc.) dicho Síndico ordena al Guarda que cite al denunciado en su domicilio (oralmente, sin cédula; no se escribe nada) para que comparezca ante el Tribunal de las Aguas en la mañana del jueves siguiente; y da cuenta al Tribunal, también oralmente⁹.

Una vez verificados estos trámites –que, de otro lado, aleatorios y hay muchísimos casos en que no son necesarios– el Síndico-Instructor ordena al Guarda que cite en su domicilio al denunciado y cita al denunciante a su vez para que ambos comparezcan en la mañana del jueves siguiente, ante el Tribunal de las Aguas; y da cuenta a éste oralmente a fin de que incluya el caso en el orden del día –también verbal–

Si el denunciante no comparece y el Guarda no actúa en ese juicio (en defensa de los intereses de la Comunidad), el Tribunal ha de sobreeser el asunto por su desistimiento; más si compareciere el denunciado y no el denunciante, aquél puede

⁹ Cfr. la descripción en mi libro cit., esp. Caps. XI y ss. Parte I.

Esta parte del proceso o se desarrolla en la Huerta o bien en el Portal de un noble edificio sito frente a la Sede del Tribunal, de la “Casa-Vestuario”, y tiene lugar a partir de las 10 hasta las 11:55 de los jueves. Es interesantísima, y sin conocerla, no se explica bien la celeridad del juicio oral que viene a continuación.

oponerse a esa retirada del actor y aún obtener una sentencia que le sea favorable sobre el fondo del asunto. Hay pocos casos; más he dado cuenta de alguno en mi libro¹⁰.

Si es el denunciado el que no comparece a la primera citación ante el Tribunal, éste, tras llamarlo públicamente por medio del Alguacil y ya en sesión, aquél ordena al Guarda que, durante la semana, cite por segunda vez al denunciado en su domicilio (también oralmente); si el denunciado tampoco comparece ante esta segunda citación, se efectúa una tercera, también domiciliaria y por cédula por el Alguacil, en la que se le conmina con juzgarle en rebeldía si no concurre el jueves siguiente. Y si tampoco acude, se le juzga en ausencia o contumacia.

El desarrollo del juicio oral ante el Tribunal, es muy sencillo, oral.

Se constituye bajo la Puerta gótica de los Apóstoles de la Catedral, en plena Plaza de la Seu (la cual ha cambiado de nombre una serie de veces históricamente; el que no cambia es el Tribunal, que a las doce en punto de cada jueves, excepto los situados entre Navidad y Año nuevo y los festivos, abre su sesión). Si ésta se abriere después de las doce, serían nulos los juicios en ella resueltos (desde las Ordenanzas, del siglo XVIII casi todas).

La sesión como todas las orales y concentradas de actividades procesales, puede parecer confusa; mas con el hábito –popular– adquirido por los valencianos (y por mi, a lo largo de 25 años de observación) se llegan a diferenciar claramente sus fases.

El Alguacil, situado ante la verja portátil que separa al Tribunal del público, y a la orden del Presidente, comienza a llamar en alta voz a los “denunciados” por el nombre de sus Acequias o Comunidades (p. ej. “Denunciantes de la acequia de Tormos”) y por dos veces; siguiendo el orden de antigua toma de aguas por tales Acequias, que comienza por la de Quart y termina por la de Rovella.

Si el denunciado pertenece a una comunidad de la antigua margen izquierda del río Turia¹¹, quien dirige el debate es el Vicepresidente del tribunal –de la margen derecha– y viceversa.

Y el Síndico-Instructor no tiene ni voz ni voto en el asunto concreto y solamente interviene si el Presidente le pide alguna aclaración.

El Presidente, (o el Vicepresidente) concede la palabra en primer lugar, al denunciante (o al Guarda, si lo era tal); el Guarda disfruta casi de una presunción de veracidad de su denuncia; presunción *iuris tantum*; los cuales exponen los hechos –el Guarda, la defensa de los intereses de la Comunidad– y en su caso, proponen prueba.

A continuación, el Presidente (o Vicepresidente) concede la palabra al denunciado (o denunciados si son varios), a fin de que se defiendan, que dé su versión de lo ocurrido. El presidente dirige el debate y formula las preguntas pertinentes para aclarar los hechos; evita que las partes crucen palabra entre ellas, a menos que admita un verdadero “cross-examination”; cualquier falta de respeto al Tribunal (p. ej. tomando la palabra con interrupción de la adversa) puede acarrear y acarrea –yo lo he visto– una

¹⁰ Ob. cit., p. 348 y ss.

¹¹ Siempre en valenciano. Si alguna de las partes o testigos alega no conocer esta lengua, se habla en castellano. El Presidente del Tribunal actúa como traductor si es del caso, y jamás he presenciado incidente alguno por la utilización de una lengua o de otra. Y desde luego, no precisa la traducción al valenciano de los documentos que en castellano se presentaren.

sanción disciplinaria, incluso de multa, a satisfacer por el sujeto inmediatamente al terminar el juicio; una especie de “contempt of the Court”, castigo al desacato al Tribunal. Y, desde luego, puede alejar al infractor del Tribunal. Curiosa, la expulsión de una persona “desde la calle” –en la que se celebra el juicio– “a la calle”; más separa la sede del Tribunal, la verja portátil a que me he referido.

Con respecto a la fase probatoria –siempre oral–, a continuación de la de alegaciones (para un profano –que el Tribunal de las Aguas también tiene sus conoedores y sus profanos– es difícil separar las dos fases citadas).

En cuanto a la prueba pericial, si la propone el Guarda, puede presentar “otra” que ya se practicó durante la instrucción; especialmente la “visura” es de gran importancia, ya que la entidad de los daños causados por la infracción, debe apreciarse inmediatamente. De un lado, no se puede tener la finca improductiva durante una semana más; del otro, los vestigios de la infracción pueden desaparecer –ejemplo, el “sorriego”–.

El Guarda, da cuenta al Tribunal del resultado de aquella primera visura, y si la hubo, de la tasación que se hizo de los daños y perjuicios causados. La parte contraria puede pasar por dicha visura o compartirla. Si no la discute, se eleva a prueba, sin perjuicio de otra que el Tribunal ordene. Si la prueba pericial se propone *ex novo* y el Tribunal acuerda su admisión y los peritos no se hallan presentes, se suspende el desarrollo del juicio hasta el jueves siguiente, en que ya darán cuenta de su informe. Si se hallaren presentes, el Presidente del Tribunal los interroga –dictamen siempre oral, en el acto–. No se impone juramento ni promesa ni las partes, ni a los testigos ni a los peritos.

Si la prueba fuere testifical y la parte no hubiere “traído” consigo a los testigos – es lo que hemos presenciado en varias ocasiones: los testigos de un juicio, esperan en la Plaza, fuera del recinto del Tribunal, a comparecer ante él en el juicio correspondiente– se suspende el tal juicio hasta el jueves siguiente, advirtiendo el Tribunal a la parte que, de no hacer comparecer a tales testigos, continuará el juicio sin más. No se admiten interrogatorios escritos. Por ello, esta prueba es de gran agilidad.

Las visuras, el Tribunal puede ordenarlas y practicarlas en el acto, con suspensión del juicio y traslado al lugar de los hechos; traslado total o por medio de Síndicos, uno de cada margen del río Turia; fija si han de comparecer o no los veedores como peritos, o si han de concurrir otros peritos que las partes nombren.

También puede ordenar la visura para el final del juicio, para mejor proveer. Y en todo caso, a la visura asiste el Instructor.

Una vez terminado el debate y en la misma sesión, el Tribunal, “sin levantar mano”, dicta la sentencia. Así se hace realidad el propósito de la gran doctrina procesal al introducir el principio de la oralidad: esto es, el de que se dicte la resolución inmediatamente después de la vista oral, para que el juzgador guarde memoria fresca de debates y pruebas (sin necesidad de hojalatería destinada a “conservar la memoria” o “virtualizar los hechos” u otra ficción parecida y adornada de léxico complicado a fin de ocultar la falta de veracidad).

El Tribunal de las Aguas, aprecia las pruebas libremente –naturalmente, con observancia de “los principios de la sana crítica agrícola” que sus miembros conocen perfectamente–, con la excepción de las declaraciones de los Guardas.

Es curioso que la sentencia se elabore en público¹²; más la deliberación del juzgador sobre el caso, es sólo “aparentemente pública”, ya que el Presidente toma la voz y el voto de los miembros del Tribunal –excepto los del Síndico instructor, que aquí no tiene ni voz ni voto– “en voz baja” y con tal maestría que, pese a habernos hallado sentados al lado mismo del Tribunal durante años, jamás hemos podido entender ni una sola palabra del debate. Esto es, el público “ve” que los jueces opinan y votan, pero “no lo oye”. Y terminada la deliberación y votación, el Presidente o Vicepresidente –el que dirigió el desarrollo del juicio concreto–, en alta voz, profiere el fallo y ordena a las partes que se retiren. El juicio, ha terminado.

Si el fallo es absolutorio, su fórmula es muy sencilla (siempre en valenciano): “El Tribunal le absuelve a V. de la denuncia que le fue presentada y condena al demandante *pena y costas más daños y perjuicios*”.

Si el fallo es de condena, es también muy sencillo.

“Este Tribunal le condena a *pena y costas con daños y perjuicios* según las Ordenadas”.

En ningún caso se expone la fundamentación de la sentencia; es o va implícita; por ello se ha querido concluir que el Tribunal de las Aguas es un tribunal de jurados: más no lo es:

A) Este tipo de tribunales se caracteriza por el dato real de que sus miembros son legos en derecho elegidos por el azar.

B) En el Tribunal de las Aguas de Valencia, si bien sus miembros no tienen “oficialmente” estudios de Derecho reconocidos, en realidad no son legos en derecho; conocen perfectamente el Derecho de la Huerta¹³ y discuten y resuelven sobre todo el problema litigioso, fáctica y jurídicamente, con el Presidente, sin separación alguna.

A nuestro juicio se trata de una fundamentación implícita de la sentencia, ya que a lo largo del desarrollo del juicio oral, y por el rumbo que toma el interrogatorio de partes y testigos, así como por las explicaciones que el Presidente va dado sosegadamente –diríase en ocasiones, de un juez anglosajón–, se va descubriendo paulatinamente, en su caso, la infracción cometida.

Proferido el fallo de la sentencia en público –*coram populo*, Plaza de la Seu–, ésta se protocoliza así; las partes, acompañadas por el Guarda que actuó (se aprecia que está actuando como un Fiscal) se trasladan a la oficina del Tribunal, de su Secretario (que no asistió a la vista: una oralidad sin acta, total o casi total); allí, el Guarda¹⁴

¹²Sólo en el caso del *acte Constitutionnel* francés de 24 de junio de 1793 –la época más aguda de la Revolución Francesa, pronto superada– y que no llegó a entrar en vigor, se preveía que los arbitres délibèrent en public”.

Cfr. mi trabajo “Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso”, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, I, p. 571 y s.

¹³Las Comunidades de las Acequias cuidan mucho de elegir como Síndicos-Jueces, a personas de ciencia, experiencia hombría de bien; las dos primeras calidades hacen que este Tribunal esté perfectamente capacitado para resolver con enorme rapidez, los más complicados conflictos de aguas que se susciten en la Huerta Valenciana. Ahí radica la *auctoritas* del mismo.

¹⁴En la llamada “Casa-Vestuario”, sita en frente de la Puerta de los Apóstoles de la Catedral. Ahí se reúnen los miembros del tribunal a deliberar sobre todos los asuntos del mismo, los jueves, de 10 a 12 horas.

comunica al Secretario los hechos que tipificaron la infracción –si la hubo– y el fallo; si surge alguna duda, se acude al Presidente (o al Vicepresidente que actuó en la vista) el cual la resuelve.

Jamás, en nuestra experiencia de 25 años de observación de los juicios, hemos visto u oído duda alguna en este momento: y llama la atención la corrección de las partes, hasta hace poco acaloradas...

Sobre la base de tales datos, el Secretario rellena, por duplicado, un formulario, en el que constan los nombres de la Acequia y Brazal interesados, los nombres de las partes y sus respectivas legitimaciones, una sucinta descripción de los hechos sobre los que la infracción (si la hubo) se tipifica; y al fallo más extenso, ya no solamente bajo la expresión “pena y costas mas daños y perjuicios” sino también expresando posibles obligaciones que el Tribunal impuso al fallar –hacer, deshacer, quitar el obstáculo; reparar la obra estropeada; consignando el plazo que se concede para ello, por obra de dicho Tribunal–. Más las firmas del Secretario y Guarda. Uno de tales ejemplares se entrega al Guarda para la ejecución y el otro se archiva –este archivo es una preciosa fuente sobre el trabajo del tribunal–.

No cabe recurso alguno contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Aguas. Esta inimpugnabilidad (fuera del inconstitucional “Reglamento del Dominio Público Hidráulico” de 11 de abril de 1986, de la Ley de Aguas; que abriría al recurso contencioso-administrativo) tiene su razón de ser próxima, en la oralidad y concentración del proceso, gracias a las cuales es generalmente admirado.

El régimen europeo –Convención de Nueva York de 1966– prevé la existencia de un doble grado de jurisdicción en materia penal (art. 14.5)¹⁵; de lo que alguien pretendería introducirla en el proceso ante nuestro Tribunal de las Aguas. Si se desea mantenerlo como custodio de la productividad de la Huerta de Valencia, ello es imposible por nocivo.

Los demanialistas centralistas, no están de acuerdo con esa solución; bien es verdad que muchos consideran al Tribunal de las Aguas de Valencia como mera distracción para los turistas. Acudamos para rebatirlos a los principios de oralidad y de concentración. El proceso contencioso-administrativo, se extiende temporalmente de manera que la ruina de las cosechas estaría asegurada si se le admitiere. “Al sol no se le detiene, y es él quien manda” dice la sabiduría de los huertanos. Una tierra yerma durante diez o doce años; o bien, si se le admitiere tan solo con efecto devolutivo, poco y desilusionadamente trabajada por el que la poseyere *lite pendente*.

¿Podría crearse un procedimiento abreviado? En la muy defectuosa Ley vigente, lo hay pero con tiempo de duración superior a los sesenta días desde la presentación de la demanda (Proyecto en el Congreso de los Diputados, suprimido en el Senado). ¿Un nuevo “juicio por citación” verbal? lo mismo. No se puede exigir un proceso que dure menos de una semana –contando los días inhábiles–. Ello sería como ordenar a las

¹⁵La inexistencia en España de tal segundo grado en el proceso por delitos graves de la LECRIM de 1881, dio lugar a una serie de denuncias ante el Comité de Derechos Humanos. Intervine sugiriendo a nuestro Gobierno hiciese promulgar rápidamente una ley creando esa apelación, pero... fue en balde. Y solo ahora está creada. Cfr. mi trabajo “Apresurado comentario al “Informe” o “Exposición” del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso “Gómez Vázquez v. España” (10-28 julio 2000), en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, nº 60, 2000, p. 225 a 255, *passim*.

plantas “que no se muevan, que no actúen” durante esos días so pena de ser consideradas como facciosas.

Y es exactamente su brevedad, lo que hace difícil de igualar el proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia¹⁶: oralidad casi total, concentración al máximo, publicidad general en la calle (es un proceso “popular”).

Análogamente sucedería si se considerase que esa doble instancia debe confiarse a las Audiencias civiles.

No veo otra solución (amén de la de respetar el actual estado de cosas, el más acertado) que el de haber de considerar a todos los juicios desarrollados ante el Tribunal de las Aguas el carácter sumario (lo que no es cierto: hay sumarios y hay plenarios). Y conceder el conocimiento de la plenariedad a los tribunales ordinarios. O considerar al proceso ante nuestro tribunal como simplemente preparatorio –lo que tampoco es cierto–. Todas las soluciones, o bien falsean el espíritu del actual Tribunal, o bien son falsas en sí. Y conste que las comunidades interesadas están de acuerdo. Si se manifiesta algún desacuerdo este lo promueven personas con intereses encontrados con los de la agricultura intensiva.

La ejecución de las sentencias del Tribunal de las Aguas, tiene tres vías: la de la voluntariedad –basada en la *Auctoritas* del Tribunal–, la de “quitar el agua al deudor” –ya es una vía forzosa– y la del “apremio”¹⁷. La primera es la más frecuente: las partes son conscientes de la imparcialidad del Tribunal (en ocasiones, una de ellas es llamada a actuar como Síndico y debe cambiar apresuradamente de situación procesal) y de que la vecindad de los predios impone un trato constante del que deben estar ausentes los deseos de revancha, de vindicta, etc. Ello les lleva casi siempre a aceptar las sentencias desfavorables y someterse “voluntariamente” a su cumplimiento.

La vía consistente en “quitar el agua al deudor hasta que pague” aparece en el ordenamiento español con gran antigüedad, y actualmente se halla recogida en la Ley de Aguas (art. 76 de la Ley de Aguas de 1985, art. 83 de la Ley Refundida de 20 julio 2001, y art. 211 y 212 del regl. Del Dominio Hidráulico, 1 abril 1986). Y en las Ordenanzas de las Comunidades de la Huerta del Siglo XVIII campea el mismo principio.

Si se tratase de metálico o de deuda ilíquida o de prestación no identificada, débese ante todo efectuar tal liquidación, lo cual se efectúa por el Síndico-Instructor (que aquí reaparece), el cual puede ordenar una visura de especificación y de tasación.

Requerido de pago el deudor –cumplimiento de la sentencia ya liquidada– el Síndico-ejecutor, acompañado del Guarda, se persona en el lugar en el que se halla la toma de agua de riego del vencido y recalitrante: allí hace pintar, a ambos lados de la tajadera, unas barras verticales en blanco, lo cual significa para conocimiento general, que está prohibido tomar agua por allí: la “boquera” queda así simbólicamente precintada. Y el condenado que, pese a ello, utilizase el agua prohibida, incurriría en violación de la cosa juzgada y en desacato (“Contempt”) al Tribunal, y sería por él

¹⁶Las leyes de las aguas facilitan para crear Jurados de Riego, “a imitación” de nuestro Tribunal. De los existentes, algunos funcionan bien y otros muy mal. El modelo, es difícil de seguir.

¹⁷ Este medio ejecutivo se usa muy poco, ya que se impone la *auctoritas* del Tribunal y las sentencias se ejecutan sin más.

condenado a “pena” aún más grave. Y cualquier incidencia es resuelta incontinenti por dicho Síndico que, como autoridad, puede obtener el auxilio de la fuerza pública.

Este medio de ejecutar es plenamente jurisdiccional.

No se trata de una *astreinte* de las que nos brinda el Derecho francés; no hay enriquecimiento para el acreedor y esa privación del agua de riego se efectúa mejor como sanción, como castigo de un desacato, de un *contempt of the Court*; se trataría de una medida semejante a una *sequestration*¹⁸.

La ejecución forzosa de sentencias que creen una deuda en dinero, se realiza por “Apremio administrativo”. La Comunidad (el Tribunal) designa un Agente Recaudador; y es el Presidente del mismo el que dicta la providencia de apremio (art. 209-4 del Reg. del Dominio Público Hidráulico de 11/04/1986).

Se trata también de figura jurisdiccional, ya que la orden de apremio la dicta el tribunal (es el “haciendo ejecutar lo juzgado” del art. 117.3 CE).

Las costas del proceso están integradas por los emolumentos a percibir por los Guardas –aparte su sueldo como funcionarios con destino en el Tribunal–, esto es, por las citaciones domiciliarias orales; por los del Alguacil, al efectuar la tercera citación domiciliaria con cédula; por los gastos de las visuras (inspecciones oculares periciales) y por los escasos emolumentos que perciben mensualmente los síndicos como representantes de las ocho comunidades (trabajo administrativo y jurisdiccional). El total, es muy módico¹⁹.

Examinando este proceso a la luz de los principios que lo inspiran, vemos, no sin asombro, un tipo modernísimo, aunque tenga más de 1000 años de existencia. Lo cual demuestra su evolución al compás de las circunstancias y la sensatez de sus mantenedores a lo largo de los tiempos, a la que debe su *auctoritas*, extendida por todo el mundo²⁰:

¹⁸Cfr. sobre las “astreintes” ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Las astreintes (su aplicación en el proceso español)*, Madrid, Edersa, 1985 passim; ESMEIN, “L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreintes”, en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903, p. 5 ss.; VIZIOZ, *La compétence du Tribunal (Référé et astreintes) en sus “Etudes de procédure”*, ed. Bière, Burdeos, 1956, pp. 165 y ss. P. 347 y ss.; KAISER, “L’astreinte judiciaire et la responsabilité civile” en la *Revue cit.* 1953, p. 209 y ss. Y nuestro libro *El Tribunal de las Aguas*, Cap. XV, pp. 414 y ss.

¹⁹P. ej., en 1974, en un caso en que se impuso un pago de indemnizaciones por montante de 7.611 pts., las costas fueron de 510,50 pts., comprendidos los honorarios de los veedores por una visura 500 pts.); en otro caso del mismo año, por impago de recibos de tachas y acequiaje –dos tasas de las Ordenanzas–, el principal fue de 31.000 pts. Y las costas de 300. Cfr. mi libro cit.

²⁰Son datos reales, los de la Celebración de la “I conferencia Mundial Sobre Aguas de Irrigación”: se celebró en Valencia, como homenaje al más antiguo tribunal de aguas del Mundo, el de las Aguas de Valencia. La conferencia Inaugural la pronuncié yo mismo en la Facultad de Derecho de Valencia, foro en el cual se desarrolló la Conferencia. La larga cita y el homenaje rendido al Tribunal por el Comisario de Reclamaciones de los USA, Mr. Floyd E. Dominy (Water resources developments in Spain” en su “Report of Reclamation Department of the Interior”, Doc, del Senado USA, nº 49 a la 89. Sesión del cit. Senado, p. 84) lo muestra.

Así como el interés en las Universidades japonesas por el mismo nota nº 8.

A) Principio fundamental, es el de la independencia de los jueces o síndicos, garantía a su vez de su imparcialidad. Ellas están basadas en el sistema de su propia elección, por los labradores-comuneros de las respectivas Comunidades-Acequias, democrática, periódica y siguiendo el principio de la *Charta Magna*, inglesa, *inter pares*, entre sus iguales. Se les impone un riguroso sistema de inhabilidades para el cargo (p. ej., que sean labradores directos y no simples concesionarios de aguas –p. ej. industrias–; que no sean deudoras de la Comunidad, etc.).

B) Es clave, fundamento de todo proceso, el principio de audiencia bilateral o de contradicción –posibilidad del demandado de defenderse y aún de contraatacar–, *audiatur et altera pars*; expresión de la dialécticidad del proceso, del principio del vagamente denominado “proceso legal adecuado” –*due proces of law*–, cuya negación conduciría a un “no proceso”. Este principio de audiencia bilateral se garantiza a su vez con el de “las debidas notificaciones”, que hagan posible comparecencia y defensa.

El principio del “debido proceso legal” ante el juez competente, está garantizado por el sistema de fuentes legales del mismo y por la obligación de los “Síndicos de acudir cada jueves por la mañana a la plaza de la Seu a resolver asuntos de la Comunidad (los juicios) consignada en todas las Ordenanzas vigentes.

Las citaciones al demandado existen en número de tres. Y para mayor garantía la tercera, con derogación de la oralidad, es escrita. Los notificadores (Guardas y Alguacil) disfrutaban de presunción de veracidad en cuanto a tales actos.

La contradicción impera ante el Tribunal, en el juicio: se la respeta escrupulosamente (“Calle usted, parle usted”, se oye al Presidente). La ausencia de una de las partes no conlleva automáticamente su condena; conocemos casos en que el Tribunal ha condenado por temeridad a un actor frente a un demandado que no compareció (cf. Nuestro libro, jurisp.).

Otro principio dialéctico de los que integran el “Derecho Judicial constitucional”, es el correspondiente a la –peligrosa por anfibológica, pero necesaria– expresión de “forma integrada” por las “formalidades esenciales del juicio”. Se trata, frente al mucho más peligroso principio de la “informalidad del proceso”, de garantizar el ataque y defensa ordenados, su alegación y prueba, que constituyen esa “forma exterior del proceso que es el procedimiento”²¹. Ante los abusos históricos del “formalismo” surgió el “antiformalismo”; más éste, llevado a su extremo, nos conduce al caos: al “proceso sin procedimiento”, “indeterminado” (ZANGER, CARPZOVIUS)²². Pero existe una posición intermedia aceptable: “La informalidad el proceso” –ha dicho STALEV²³– significa tan sólo la abolición de los formalismos innecesarios y

²¹Para los autores anglosajones, la expresión “proceso” no se emplea en nuestra fundamental acepción. Y su sustitución por la de *procedure* da lugar a equívocos.

²²Cfr. la historia de este movimiento, que condujo a un grave retraso histórico de los estudios procesales, en mi libro “Sumario y plenario en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente”, Madrid, ed. “Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, 2006, Cap. III a XXII, *passim*.

²³Cfr. STALEV, Z., “Fundamental guarantees of Litigants in civil proceeding: a survey of the laws of the european people’s democracies”, en *Fundamental guarantees of the parties in Civil Litigation*, Giuffrè, Milàs y Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publ. Inc., 1973, pp. 400 y ss.

perjudiciales que ponen en peligro los derechos de las partes; presupone el respeto a todas las formas racionales y útiles en el procedimiento”...

Nos hallamos, en esta toma de posición, con una serie de puntos del máximo interés:

a) Se aprecia como los autores van ascendiendo al sistema de principios “oralidad-inmediación-concentración-publicidad” que ya se están integrando bajo el superior principio político-procesal del “debido respecto legal” o de la “garantía de la ausencia bilateral”.

b) Se aprecia también como los autores se oponen al “formalismo” excesivo por perjudicial y aún antisocial, pero respetan “la forma” –el procedimiento– como esencial.

c) Se liga esa relativa “informalidad” del juicio con la “publicidad general”, con la accesibilidad directa del pueblo al proceso²⁴.

Pues bien: en el proceso actual ante el Tribunal de las Aguas de Valencia, imperan los principios de oralidad y concentración; de elasticidad de las formas; de la solución rápida y módica del proceso –y ya llegamos al principio del “plazo razonable”– y el principio de “publicidad general”, de gran estilo, *coram populo*, en plena vía pública de las más frecuentadas de Valencia. Todo lo cual ha permitido que el Tribunal alcanzase aquella *auctoritas* –el prestigio popular y de los doctos– que es una de sus bases fundamentales; y es cierto que tanto lo respetan los justiciables como los no justiciables que asisten a sus públicas sesiones²⁵.

Y con todo esto entendemos haber llegado ya a sintetizar todos estos principios en uno político y de tipo fundamental: en el de la *eficacia del proceso* (el genial reformador austriaco FRANZ KLEIN lo había expresado en otras palabras)²⁶. Sean o no de tipo político los principios en su base, simplemente técnicos de oralidad, intermediación, concentración, publicidad general, instancia única, plazo razonable, modicidad, integran un sistema político²⁷.

²⁴Es la falta de practicabilidad lo que ha motivado el fallo de algunos códigos diputados como de excelente factura (recordemos aquí las Críticas al *Codice di Procedura Civile* italiano, de parte de CAPPELLETI, hasta llamarlo “falso ídolo”, sectariamente “falso ídolo” (CAPPELLETI, “Un falso ídolo, el Código de 1942 (bilancio di un trentennio)” en *Giustizia e Società*, ed di Communita, Milan, 1972, pp. 123 y ss. –Qué reprensión se hubiera ganado su Maestro CALAMANDREI, por utilizar semejante léxico–.

Por el contrario, la oralidad, la concentración, la intermediación y la publicidad general del proceso ante el Tribunal de las Aguas, no han sufrido descargas ni corruptelas desde hace Siglos. Cfr. un ejemplo de un lego pero inteligente (aunque proclive a ser *gracioso*) como el Barón DAVILIER en su “Viaje por España”, en el que describe los juicios ante el Tribunal de las Aguas a que asistió; las viñetas del famoso GUSTAVO DORÉ no mejoran sus impresiones, sino que les dan un lamentable sesgo caricaturizante. Igual ocurre con alguna exhibición del Tribunal de las Aguas ante la Televisión; los comentarios llevaban hasta la chocarrería.

²⁵Cfr. mi trabajo, cit., “Ideas y textos sobre el principio de publicidad general en el proceso civil”, *passim*.

²⁶ Cfr. KLEIN, “*Erl. Bem.*” Cit., I, 190.

²⁷Cfr. arts. en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Maestro al que Mr. Storm se empeña en llamar “Alcalá-Zamora Aragón” pese a nuestras advertencias, *Principios políticos y*

Es el proclive a la pronta eficacia del proceso, el de su accesibilidad a las personas económicamente más débiles; sistema que se filtra a través de la “adecuación” y la “practicabilidad” en que KLEIN resumía la “utilidad social del proceso”²⁸: meta a alcanzar fuera de acepciones partidistas o de simple propaganda.

técnicos para una reforma procesal, Tegucigalpa, 1950, pp. 17 y ss.; PRIETO CASTRO, “Principios políticos y técnicos para una Ley uniforme”, en *Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino del Derecho Procesal*, Madrid, 1956, pp. 214 y 227 y ss. Y cfr. mi opinión en “Los principios de oralidad y escritura y su carácter político o técnico”, en *RDPr. Iber.*, Madrid, 1974, passim y “Los principios de oralidad, escritura y de socialización del proceso en relación con la Ley de Enj. Civil”, en la misma rev., 1981-1, passim.

²⁸Cfr. sobre el tema, FRIZ BAUR, “Liberalización y socialización del proceso civil”, Ponencia General al “V Congreso Internacional de Derecho Procesal” México, 1972, en *RDPrIber.*, Madrid, 1972, fasc. 2-3, esp. pp. 324 y ss.; mi libro *El proceso ante el Tribunal de las Aguas* cit., 2ª ed., Cap. XVII y bibl. allí cit.

THE ORAL AND EFFICIENT PROCESS BEFORE THE THOUSAND-YEAR-OLD

THE VALENCIAN WATER TRIBUNAL

(ABRIDGED VERSION)*

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Dr.h.c. Professor Emeritus of Procedural Law at Universidad Autónoma de Madrid
(Spain)

Permanent Member of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation and
Corresponding Member of the Royal Academy of History

Honorary Judge of the *Tribunal de las Aguas de Valencia*

The *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia* (the Valencian Water Tribunal) was recognised by James I of Aragon after he had taken the city from the African Berbers in 1237. The following year, he granted the inhabitants of the city and kingdom of Valencia the Privilege and right to “*regar e pendre aygues sen alcuna servitut, e servici e tribut, que prenats aquelles aygues segons que antigament es o fo staablit e acostumat en temps de sarrahins*”²⁹ (Aureum Opus Privilegiarum Civitatis et Regni Valentie). In Morella, on 14 February 1250, this same king of Aragon enacted another Privilege allowing the irrigators of Valencia the right of “*exhigant et extorquant poenas constitutas in consuetudine*”³⁰ (“Aureum Opus” cit.), which was clearly the origin of the jurisdiction of the *Tribunal de las Aguas*. “imposing and executing the penalties established in custom” Later, at the height of the predominance of centralist absolutism, the monarchy issued a series of decrees (almost all in the 18th century) setting out the privileges of each of the Valencian irrigation channels, and the obligation of their *Síndicos* (Trustees) to meet each Thursday morning at the Cathedral *Llotgeta* (small gallery).

In the 19th century, the Water Acts of 1866 and 1879 used the Water Tribunal as a model to establish the standard for the *Jurados de Riego* (Irrigation Juries). Despite many vicissitudes, these have survived in the modern Water Acts. The Second Republic, in its Decree of 5 April 1932 (having constituted the government with the President of the Republic in Valencia, at the suggestion of the Minister of Industry, Don Indalecio Prieto y Tuero), confirmed the “autonomy of jurisdiction” of the Tribunal. The Valencian Statute of Autonomy passed in 1982 and 2007 continued to confirm this existence, and the *LOPJ* (Organic Law of Judicial Power) of 1985 declared that it is a “common and traditional tribunal”, thus expanding on Article 125 of the Constitution.

The Tribunal has jurisdiction and competence over the conflicts that arise between members (and also between these and third parties) over the de facto possession of the water in the eight irrigation channels of the *Vega* of Valencia (the upper channel, that of Moncada, is not one of them), which are those of Tormos, Mestalla, Rascaña (the former left bank of the River Turia) and Quart, Benacher and Faitanar, Mislata, Favara and Rovella (the former right bank of the river) and any

* Translated from Spanish into English by Paul Turner.

²⁹ “to irrigate and take water without servitude, service or tribute, and take those waters in accordance with that established and customary in the time of the Saracens”.

³⁰ “imposing and executing the penalties established in custom”.

incidents that may affect them. However, it may not intervene in matters of property or other rights, which remain the preserve of the ordinary courts.

It can therefore be described as a tribunal for plenary suits dealing with the matters it has knowledge of and nothing else.

The members of the Tribunal must be farmers of the *Huerta* (the market garden and orchard region of Valencia), chosen from among the members of each of the eight *Comunidades de Regantes* (Irrigation Communities), according to their own terms. The community of Tormos tells us of their preference for “farmers of unblemished probity and honesty” and that of Mestalla for “well-thought-of and quite representative individuals”. The post of Trustee may or may not be renewable, depending on the ordinances of each community: the elders, with their science and experience of the rules of the *Huerta*, serve the Tribunal as advisers, called “*Electos*”. There are also *atandadores* (persons in charge of establishing the turns for the water supply) and *veedores* (inspectors or observers). The *Guardas* (Water Guards or distributors) have a similar role to that of the Attorney General’s Office.

The first part of the process takes place in the doorway of the so-called “*Casa-Vestuario*” opposite the Cathedral, or in the *Casa del Tribunal*. The second part, which is completely oral, takes place in the street, below and in front of the vault of the Door of the Apostles of the Cathedral. A simple half-railing separates the Tribunal from the crowds that come to witness their judgements. The bailiff ensures order and respect.

The process begins with a hearing phase (at which the public is not present). The Tribunal hears from the Trustee in whose section the events have taken place (damage to the channel, accidental irrigation through overflow from a higher channel, illegal diversion of water, construction of obstacles to the flow of water, etc.). It acts on reports from the Water Guards or on complaints from private individuals. The instructing Trustee verifies the preparation of the hearing: judicial inspection, interrogation of witnesses, examination of documents, etc. If the matter appears to constitute an infraction of the regulations or custom of the *Huerta*, it is submitted to the Tribunal and the parties are summoned to appear before it the following Thursday before 12 a.m. The Trustee-Instructor can rule the trial as over if an agreement has been reached between the parties and the general interest of the Community has not been affected, or if the offender settles *incontinenti* the amount of compensation for the damages caused.

The hearings begin before the Cathedral clock (the “Micalet”) finishes chiming twelve o’clock. Each party attends in person and is called by the bailiff to enter the space reserved on the public square for the Tribunal.

The Presiding Judge first allows the plaintiff to speak, or, if applicable, the Water Guard (it is practically taken for granted that the Water Guards are truthful in their declarations concerning the incident), with the aim of allowing them to formulate their allegations and, if appropriate, put forth their evidence. Next, the defendant is allowed to speak in his defence. The Presiding Judge directs the pertinent questions at the parties in order to clarify the facts and does not allow them to exchange words, unless he decides to allow a cross interrogation with his intervention. Any sign of disrespect is punished *incontinenti* by imposing a fine, which the guilty party has to pay at the end of the hearing, together with the costs, if awarded against him, and the damages and the provisions to be carried out. The Presiding Judge may sanction the offender by expelling him from the enclosed area, thus preventing him from taking further part in the hearing.

As far as the evidential phase, which is always oral, is concerned, the expert evidence can raise the need for a *visura* or judicial inspection. In this case, the Tribunal is transferred to the location of the matter in hand and acts in that place. If the summoned experts are not present, the hearing is suspended and no judgement or commitment is imposed on the parties, witnesses or experts.

Subsequently, the Presiding Judge, still sitting in the same *coram populo* public session, asks for the votes of the other Trustee-Judges. These they give in secret. Here, the technique is exquisite; in twenty-five years of studying the tribunal –many of them sitting alongside its members, as an Honorary Trustee– I have never been able to hear what they say. In other words, the public “sees” the oral sentence being passed, but does not “hear” its preparation.

Up to this point –the climax of the orality–, the Tribunal has acted without a secretary, without any writing up of records. This is when the parties, together with the Water Guards, may or may not take part in the hearing, which then moves to the “Casa-Vestuario”, in one of whose rooms the Tribunal Secretary works. There, the sentence is written up. It contains a heading stating the name of the Irrigation Community and the corresponding Irrigation Channel in which the events took place, the names of the parties and the date. The body of the sentence contains a very brief foundation: the doctrine of individualisation is chosen. In the sentence, the party is absolved or condemned to do something (reconstruct the damaged channel), to cease doing something (taking water from a neighbour), to give or not give something specific, and, if applicable, the period in which those tasks should be carried out is established.

It is, therefore, a sentence with an implicit foundation. Even among the public, those people who pay attention to the expressions of the parties and the witnesses, and the questions and answers, get a “feeling” for the sentence that will eventually be passed.

There is no right of appeal. The maxim “the Sun does not stand still” governs in all its force. An appeal with suspensive effect would give rise to delays and sentences... by which time the fruit or other produce would be useless.

If they were to insist on creating an appeal court for the Water Tribunal, I would suggest that its Magistrates be inhabitants of the *Huerta*, and the procedure also oral. However, that would bring down the whole edifice. This procedure, absolutely oral and public, with the maximum attendance, enjoys great prestige in Valencia: it is the *Auctoritas* of the entire institution that dominates it all.

While it lasts, those persons who are in favour of centralism and, in the opinion of the author, excessive public control should sit back and consider the impossibility of creating another quicker, fairer procedural model.

On the other hand, the evolution of the state of affairs in the Valencian *Huerta*, the ill-considered advance of building development, to the point of an invasion, could mean the end of the territory of the *Huerta*, and with it, the Tribunal itself. In its place, there would be masses of badly laid bricks, and the delicacies of the *Huerta* would have to be replaced by tinned food from California or Kenya. The beneficiaries of that diet will be deprived of it in the name of a “modernisation” of the process.

Today, doctrinally speaking (and here it is not my intention to bring into dispute the historical evolution), it is not a court of jurors, of a “verdict”, as there is none. All the Trustees participate in preparing the sentence, as they do not diversify in their treatment between facts and law; neither are there two sections in the Tribunal. This is a

tribunal of *seniores*, of those most experienced in the hydrological law of the Valencian *Huerta* –a science superior to that of many university “specialists”.

Orality continues to the extreme and with great success. It can even be said to be the reason for the existence of the Tribunal.

On the other hand, the full-time dedication of the Trustee-Judges to agriculture, from sunrise to sunset and more, spending whole nights in the fields if their turn comes at an unsociable hour, is almost a guarantee against the spectre of politicisation, which I have so far failed to detect in it.

The Water Tribunal in action today was the reason the First International Conference on Irrigation Water Rights, at which I was invited to give the inaugural speech, was held in Valencia. It is known and valued throughout the world, but there is something in the genes of humanity that makes it difficult to create other tribunals or courts that so perfectly match the needs of a small-scale agricultural economy.

**MORE VOICE, LESS PRINT – WHY COURT PROCEEDINGS
SHOULD BECOME MORE ORAL**

MARCEL STORME

Dr.h.c. Honorary President of the International Association for Procedural Law

FOREWARNINGS

Two of the world's greatest thinkers, Socrates and Jesus Christ, never put pen to paper. One should therefore not be surprised to find Plato expressing a preference for the spoken word. He was quoted as saying that only words and personal contact could enable us to learn the truth, adding: "*L'écriture produira l'oubli dans l'âme de ceux qui l'auront appris parce qu'il cesseront d'exercer leur mémoire*".³¹

Here, we can do no better than recall the celebrated dialogue featured in the most impressive tragedy in theatrical history:

“Creon

And you dared anyway to transgress these laws.

Antigone

Yes, Zeus was not the one who issued these proclamations for me, nor did Justice, who dwells with the gods below, define such laws among mankind. I did not think your proclamations so strong that you, a mortal, could overstep gods' unwritten and unshakable traditions. Not today or yesterday but always they live, and no one knows when they appeared. I was not about to pay the penalty before gods for neglecting them out of fear for a man's thought.”

Although it is no longer possible to claim that discussions on orality “*ont agité la moitié de l'Europe le siècle dernier*”³², it nevertheless occurs to me that the subject remains topical today.³³

It was at the latter conference that Mauro Cappelletti drew up the General Report on “Written and Oral Proceedings”, which was published separately in Milan in 1971. From that point onwards, the issue of orality has remained an aspect of civil procedure which has featured in all recent symposia on the subject: N. Trocker and V. Varano, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino 2005; *Actes des colloques à l'occasion du bicentenaire du code de procedure civile à Gand* (26-27 October 2006) et à Paris (16 November 2006).

I. WHAT DOES THE TERM “ORALITY” MEAN?

³¹ Phèdre, quoted by G STEINER, *Lessons of the Masters*, (2003) London, and by E. JEULAND, *La place de l'écrit dans la procédure orale*, *Rencontres de procédure civile Université-Cour de cassation*, Bull. Inf. C. cass. no. special 2005, p. 45.

³² See G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1931, p. 138.

³³ The International Academy of Comparative Law has included this topic in two of its international conferences: the one held in London in 1950 and the one which took place in Pescara in 1970.

It is obvious that, from our procedural perspective, the term “orality” does not refer to “*l’art oratoire du palais*”. Piero Calamandrei describes, with much humour, this art of oratory in his magisterial work *Elogio dei giudici*³⁴. More particularly, he advocates a dialogue with the judge to replace the monologue of the closing speeches, in the following terms:

“For it to be truly effective, the defendant’s speech should consist not in a continuous monologue, but in a lively dialogue with the judge, who is actually the addressee of the speech and should respond by means of facial expressions, gestures and interruptions.

Interruptions by the judge should please the lawyer, since they provide evidence that the former does not remain cold and impassive during the speech. To interrupt means to react, and what better evidence of a stimulating effect is there than a reaction?

The trial will reach perfection when it makes possible the kind of interaction, based on questions and answers, between judges and lawyers which normally takes place between people who respect each other, when sitting round the table and seeking to clarify their ideas in a way which serves everyone’s interest.

Breaking up the closing speeches and converting them into a dialogue might diminish the level of rhetoric, but it will increase the level of justice. The lawyers’ closing speeches are regarded by many judges as a mental recess – their thoughts return to the case once the lawyer sits down”³⁵.

Naturally, orality also covers the production of certain items of evidence, such as the examination of the witnesses, personal appearance, and the swearing of the oath. I will not deal with these types of oral procedure at any length, but merely wish to stress that all these items of evidence lose the essence of their value where they have not been produced before the same judge as the one who will adjudicate on the merits of the case.

I would regard it as more appropriate to restrict my analysis to examining orality in its procedural sense. This should, as is emphasised by Mauro Cappelletti, enable the procedure to be qualified as oral or as written: “*le sens de la procédure orale est double: d’une part procédure plus rapide, concentrée, efficiente, de l’autre procédure plus fidèle à une méthodologie concrète et empirico-inductive dans la recherche des faits et dans l’appréciation des preuves*”³⁶. Such orality should also enable the ordinary citizen to be associated with the proper functioning of the system of justice, and thus helps to socialise the civil trial.

This notion that court proceedings also have a social role was superbly defended and developed by one of the most brilliant craftsmen of civil procedure, to wit Franz Klein, the author of the Austrian Code (1895), which has served as a model for so many

³⁴ Translated into Dutch on the occasion of the 40th anniversary of the *Tijdschrift voor Privaatrecht*, private edition, 2004: *Lof van de rechter, geschreven door een advocaat*.

³⁵ *Op. cit.* p. 54.

³⁶ *Op. cit.* p. 92.

modern codes ³⁷. In his view, the civil trial should be conceived as a “*Wohlfahrtseinrichtung*”, i.e. a social welfare institution ³⁸.

By way of conclusion, one is tempted to say that the question of deciding whether court proceedings should be oral or written remains a delicate one. It is clear that, with a few exceptions, for example conciliation, there is no such thing as purely oral proceedings. Rather what is at stake here is which type of procedure should predominate.

Personally, I would tend to advocate striking a happy medium between the written and oral aspects, whilst highlighting the importance of the oral procedure. In so doing, I would endorse the idea which has already been expressed by Hébraud, where he writes “*L’instruction écrite apparaît ainsi comme utile pour soutenir le débat oral, par un échange de pièces fixant, sur les points essentiels, la position de chaque partie. L’écrit favorise l’assise sur laquelle pourra se développer ensuite le débat oral*” ³⁹.

If we add the current technology of audio-visual and sound recording, of which our Portuguese colleague Alessandro Pessoa Vaz was a prominent advocate ⁴⁰, the last remaining inconvenient aspects of oral proceedings are removed.

Moreover, striking this balance makes it possible to optimize the expediency and efficiency of the manner in which the civil trial is conducted.

II. ORALITY AS A MEANS OF IMPROVING PROCEDURAL EFFICIENCY

Let us recall first of all that Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) states that “*everyone is entitled to a fair and public hearing*”. In the same way that our late Belgian colleague Albert Fettweis was fond of referring to Recommendation No. R(84)5 of the Council of Ministers within the Council of Europe, it is useful also to re-read Rule 1.1 of the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice (Appendix to the Recommendation):

“Normally, the proceedings should consist of not more than two hearings, the first of which might be a preliminary hearing of a preparatory nature and the second for taking evidence, hearing arguments and, if possible, giving judgment. The court should ensure that all steps necessary for the second hearing are taken in good time and, in principle, no adjournment should be allowed except when new facts appear or in other exceptional and important circumstances.”

As early as 1979, I had attempted to sketch out a “Ghent model” for the acceleration of court proceedings ⁴¹ which, moreover, was inspired by the Stuttgarter

³⁷ Proceedings at the International Symposium of Kyoto, September 2006: Export and import of civil procedural rules.

³⁸ See also M. CAPPELLETTI, *op. cit.* p. 93.

³⁹ Quoted by G. COUCHEZ in *La parole et l’écrit en droit judiciaire*, Reims (1985), p. 61.

⁴⁰ See STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l’Union européenne*, Dordrecht (1994) p. 98-102 – as from 1st January 1997 every court hearing in Portugal will be recorded.

⁴¹ Pleidooi voor een Gents model ter versnelling van de procedure: edition available commercially D 1979-0069-7.

Modell of 1976 and the CNA procedure in the Netherlands (appearance following reply).

III. WRITTEN STAGE

During the introductory hearing, the two litigants apply for measures of immediate investigation (Article 19 Belgian Judicial Code) or for the retention of the case on the date of that hearing or its postponement to the earliest possible date (Article 735 Belgian Judicial Code) or fix, together with the judge, the trial agenda in such a way that the case can be heard within a period of three months.

The case file, as well as all the documents and pleadings involved, should be completed and made available to the judge eight days before the hearing.

IV. ORAL STAGE

At this hearing, the parties, assisted by their counsels, shall address the court. At this point all procedural issues must have been resolved. A conciliation procedure may be proposed; if not, the hearings on the merits of the case will take place on the earliest possible date.

The model I proposed in 1979 has, in the meantime, been introduced in part (albeit in an excessively convoluted manner) by the Law of 3rd August 1992. However, it is a matter of regret that a proposal under which the judge could, once the defendant's first pleadings had been submitted, order the parties to appear in person, was not adopted.

In the world of civil proceedings, we have noted a distinct tendency towards a two-stage system, consisting of two successive stages, which strongly resembles the common law procedure, with its pre-trial and trial.

The best example of this two-stage system on the European continent can be found in the new Spanish Code of Civil Procedure⁴². The ordinary trial allows for two types of procedure: the "*juicio ordinario*" and the "*juicio verbal*".

In the case of the former, a preliminary hearing ("*audiencia previa al juicio*") takes place following the exchange of documents and pleadings. This preliminary hearing has a variety of objectives aimed at investigating the lawfulness of the proceedings, the court's jurisdiction, the possibility of an out-of-court settlement, the need for additional evidence, etc. At the same time, a new hearing will be fixed for the trial dealing with the merits of the case ("*juicio*").

The second type is aimed at disputes of lesser importance (less than 3000 euros). After the introductory session, the judge will fix the date of the hearing during which the parties will address the court⁴³.

If the relevant statistics are to be believed, the average duration of trials in Spain for the years 2003 to 2004 was 7.96 months for civil proceedings at first instance!⁴⁴.

⁴² Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000.

⁴³ See I. DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, Procedural reform in Spain, in N. Trocker and V. Verano, op. cit. p. 43 et seq.; see also the extremely positive report on the new orality: F. Ramos-Mendez, La conception du procès civil hors de France: le cas espagnol, in Actes du colloque à l'occasion du bicentenaire du code de procédure civile, Paris, 16 novembre 2006.

It was Franz Klein who, writing in Austria, and taking as his starting point the notion of a “*Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess*”, laid the first foundations for a modern civil procedure which would be characterised by “*ein mündliches, unmittelbares, öffentliches und konzentriertes Verfahren, in dem beide Parteien ausreichend rechtliches Gehör gewährt wird*”⁴⁵. Here also, the two way-stage procedure has been embedded in the Austrian ZPO (Code of Civil Procedure)⁴⁶.

In a less pronounced manner, and even slightly amended by the 2002 reform, the German ZPO also provides for a written stage followed by the oral stage⁴⁷.

In France, on the other hand, this two-stage approach does not appear to have been adopted. The French system makes provision for two types of procedure: a written procedure before the district courts (*tribunaux d’instance*) and most of the divisions of the Courts of Appeal, and an oral procedure, at first instance, before all the exceptional courts.

If I have understood correctly the writings of certain excellent French proceduralists, such as Jacques Normand⁴⁸, the objective of achieving orality in civil proceedings as described by Mauro Cappelletti is not a priority concern of French civil procedure. Moreover, there are many who decry its inadequacies and dangers.

It is somewhat dangerous to associate the oral nature of civil proceedings with an increase in efficiency. Nevertheless, I would venture to presume that the systems based on oral proceedings, such as Austria, Germany, the Netherlands and Spain, have a better record of accelerated proceedings and, in general, higher levels of satisfaction on the part of their users. On the other hand, the costs associated with these systems are initially higher (Austria, Germany), but can be reduced, either through the more widespread use of ADR (Netherlands) or through other gains, particularly economic savings, resulting from a sound system of justice administration.

Et ceterum censeo... I remain convinced that judicial reforms remain useless without a judicial culture based on the duties of the judicial players. “What is therefore needed is the articulation of a duty-based litigation culture, and the adoption of a

⁴⁴ Revised survey for the assessment of court proceedings 2004, Spain; for an analysis of the relationship between the rules of civil procedure and the duration of the trial, see A. UZELAC, Turning civil procedure upside down, From judges’ law to users’ law, in Actes du Colloque de Gand à l’occasion du bicentenaire du Code de Procédure civile, 26-27 October 2006; by the same author, Accelerating civil proceedings in Croatia, a history of attempts to improve the efficiency of civil litigation, in Effizienz der Justiz (2004) Warsaw.

⁴⁵ W. RECHBERGER, D.-A. SIMOTTA, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien (2003), p. 175-176.

⁴⁶ See also E.-M. BAJONS, Civil procedure for Austria revisited, an outline of recent Austrian civil procedure reforms, in N. Trocker and V. Varano, op. cit., p. 115 et seq.

⁴⁷ ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 16th edn., München 2004, p. 501-505; for a critical assessment of the most recent reform, see G. Walter, The German civil procedure reform act 2002: much ado about nothing, in N. Trocker and V. Varano, op. cit., p. 67 et seq.

⁴⁸ In an annotation with which he was kind enough to provide me – see also E. Jeuland, op. cit.

principle that timely party compliance with rules and directions is a pre-condition to participation in the litigation process”⁴⁹.

Ghent, 11th May 2008

Pentecost

⁴⁹ A. ZUCKERMAN, Court Control and Party Compliance – The quest for effective litigation management, in N. Trocker and V. Varano, *op. cit.*, p. 160.

**MÁS VOZ Y MENOS LETRA: EN DEFENSA DE LA ORALIDAD
EN LOS PROCESOS JUDICIALES***

MARCEL STORME

Dr.h.c. Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal

PRELIMINARES

Dos de los mayores pensadores de la historia, Sócrates y Jesucristo, jamás escribieron una sola línea. No debería sorprendernos, por tanto, que Platón expresase su preferencia por el discurso oral. De hecho, afirmó que sólo las palabras y el contacto personal podrían permitirnos aprehender la verdad, a lo que añadió: “La escritura producirá el olvido dentro del alma de quienes la aprendan porque dejarán de ejercitar su memoria.”⁵⁰

En este punto, no podemos sino recordar el célebre diálogo de la tragedia más impactante de la historia del teatro:

“Creonte

Y, a pesar de todo, ¿te atreviste a desobedecer la ley?

Antígona

No fue Zeus quien promulgó esa ley; ni tampoco fue Diké –la compañera de los dioses infernales– la que impuso a los hombres leyes semejantes; no creí que tus decretos tuvieran tanta fuerza para permitirte, mortal, invalidar las tradiciones no escritas e inmutables de los dioses. Ellas no son ni de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a enfrentar la justicia de los dioses por temor a la idea de un hombre.”

Pese a que ya no podemos afirmar que los debates sobre la oralidad “han agitado a media Europa durante el último siglo,”⁵¹ creo que el tema sigue vigente en nuestros días.⁵²

Fue en el último congreso cuando Mauro Cappelletti preparó el informe general sobre procedimientos escritos y orales (*Written and Oral Proceedings*), que se publicó después en 1971 como texto independiente, en Milán. Desde ese momento, la cuestión de la oralidad ha sido un aspecto recurrente al tratar el proceso civil, y ha aparecido en todos los simposios recientes sobre el tema: N. Trocker y V. Varano, *The reforms of civil procedure in comparative perspective* (‘Las reformas del proceso civil desde una perspectiva comparada’), Turín, 2005; y también en las actas de los coloquios con

* Traducido del inglés al español por Esther Monzó (Universitat Jaume I, España).

⁵⁰ *Phèdre*, citado por STEINER, G., *Lecciones de los Maestros*, Madrid, 2004, y por JEULAND, E., “La place de l’écrit dans la procédure orale”, *Rencontres de procédure civile Université-Cour de cassation*, número especial de *Bulletin de la Cour de cassation*, 2005, p. 45.

⁵¹ Véase CHIOVENDA, G., *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1931, p. 138.

⁵² La Academia Internacional de Derecho Comparado ha tratado este tema en dos de sus congresos internacionales: el celebrado en Londres en 1950 y el que tuvo lugar en Pescara en 1970.

motivo del bicentenario del código procesal que se celebraron en Gante (26-27 de octubre de 2006) y en París (16 de noviembre de 2006).

I. ¿QUÉ SIGNIFICA EL TÉRMINO *ORALIDAD*?

Resulta obvio que, desde nuestra perspectiva procesal, el término *oralidad* no se refiere al *ars oratoria* cortesano. Piero Calamandrei describe este arte oratorio, con grandes dosis de humor, en su obra maestra *Elogio de los jueces*.⁵³ En especial, aboga por un diálogo con el juez que sustituya el monólogo de los alegatos finales, de la siguiente guisa:

“Para que sea verdaderamente eficaz, el alegato del defensor no debería consistir en un monólogo continuado, sino en un diálogo vivaracho con el juez, quien, de hecho, es el destinatario del discurso y debería responder con expresiones faciales, gestos e interrupciones.

Las interrupciones del juez deberían agradar al abogado, puesto que le proporcionan pruebas de que aquél no se muestra frío e impasible durante el alegato. Interrumpir significa reaccionar, y, ¿qué mejor prueba de un efecto estimulante que una reacción?

El juicio llegará a la perfección cuando haga posible el tipo de interacción, basado en preguntas y respuestas, entre jueces y abogados, que suele tener lugar entre personas que se respetan mutuamente, cuando se sientan en torno a una mesa e intentan clarificar sus ideas de un modo en que sea útil para los intereses de todo el mundo.

Desmontar los alegatos finales y convertirlos en un diálogo podría reducir el nivel de retórica, pero incrementaría el nivel de justicia. Muchos jueces ven en los alegatos finales de los abogados un descanso mental: sus pensamientos vuelven a la causa una vez el abogado ha tomado asiento.”⁵⁴

Por supuesto, la oralidad también se extiende a la presentación de ciertas pruebas, como el interrogatorio de los testigos, las comparencias y la prestación de juramento. No trataré en detalle estos tipos de procesos orales, pero quisiera destacar simplemente que todas estas pruebas pierden la esencia de su valor cuando no se presentan ante el mismo juez que debe decidir sobre el fondo del asunto.

Consideraría más apropiado restringir el análisis al examen de la oralidad en su sentido procesal. Ello nos permitiría calificar al proceso, como destaca Mauro Cappelletti, como *oral* o *escrito*: “el sentido del proceso oral es doble: por una parte, un proceso más rápido, concentrado, eficiente, y, por otra, un proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-inductiva dentro de la investigación de los hechos y la apreciación de las pruebas.”⁵⁵ Tal oralidad también debería permitir que el ciudadano de a pie se vinculase al correcto funcionamiento del sistema de justicia, de modo que ayudaría a socializar el juicio civil.

Uno de los artífices más brillantes del proceso civil, a saber, Franz Klein, autor del Código Austriaco (1895), que ha sido a su vez modelo de tantos códigos modernos, defendió y desarrolló de un modo magnífico la noción de que los procesos judiciales

⁵³ El original en italiano, *Elogio dei giudici*, ha sido traducido a varios idiomas. La traducción al español, *Elogio de los jueces: escrito por un abogado*, se publicó en Buenos Aires en 1956.

⁵⁴ Op. cit. p. 54.

⁵⁵ CAPPELLETTI, *Written and Oral Proceedings*, cit. p. 92.

poseen asimismo un papel social.⁵⁶ En su opinión, el juicio civil debería concebirse como un *Wohlfahrtseinrichtung*, esto es, como una institución de bienestar social.⁵⁷

A modo de conclusión, resulta tentador decir que la cuestión de decidir si los procesos judiciales debieran ser orales o escritos sigue siendo delicada. Es evidente que, con pocas excepciones, como puede ser la conciliación, no existe ningún proceso puramente oral. Lo que sí que se plantea es qué tipo de proceso debería predominar.

Personalmente, me siento inclinado a abogar por un feliz término medio entre los aspectos escritos y orales, a la vez que destacar la importancia del proceso oral. Al hacerlo, me adheriré a la idea que ya expresó Hébraud, al escribir: “La instrucción escrita manifiesta así su utilidad para sostener el debate oral, en un intercambio de documentos que informa, en los extremos esenciales, de la posición de cada parte. El escrito ofrece los cimientos sobre los que se desarrollará posteriormente el debate oral.”⁵⁸

Si a todo ello añadimos la actual tecnología de registro audiovisual y sonoro, de la que nuestro colega portugués Alessandro Pessoa Vaz era un defensor destacado,⁵⁹ eliminamos el último aspecto inconveniente de los procesos orales.

Además, al encontrar el equilibrio, resulta posible optimizar la conveniencia y eficacia del modo en que se lleva a cabo el juicio civil.

II. LA ORALIDAD COMO MEDIO PARA MEJORAR LA EFICACIA PROCESAL

Pero recordemos antes que el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) declara que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”. Del mismo modo en que nuestro desaparecido colega belga Albert Fettweis acostumbraba a referirse a la Recomendación n.º R(84)5 del Consejo de Ministros en el Consejo de Europa, resulta asimismo conveniente leer de nuevo la norma 1.1 de los Principios del Proceso Civil Diseñados para Mejorar el Funcionamiento de la Justicia (apéndice de la Recomendación):

“Normalmente, los procesos deberían consistir en un máximo de dos vistas, la primera de las cuales podría ser una audiencia preliminar de naturaleza preparatoria, mientras que la segunda se destinaría a la presentación de pruebas, argumentos y, siempre que sea posible, a pronunciar la sentencia. El tribunal debería asegurar que todos los pasos necesarios para la segunda vista se den en tiempo y forma y que, en principio, no se concediesen aplazamientos si no es que se aportan nuevos hechos o concurren circunstancias excepcionales e importantes.”

Ya en 1979, intenté dibujar un “modelo de Gante” para imprimir celeridad a los procesos judiciales⁶⁰ que, por otro lado, se inspiraba en el modelo de Stuttgart de 1976 y

⁵⁶ “Export and import of civil procedural rules”, en las actas del Simposio Internacional de Kioto, de septiembre de 2006.

⁵⁷ Véase también CAPPELLETTI, *Written and Oral Proceedings*, cit., p. 93.

⁵⁸ COUCHEZ, G., *La parole et l'écrit en droit judiciaire*, Reims, 1985, p. 61.

⁵⁹ Véase STORME, M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, 1994, pp. 98-102. A partir del 1 de enero de 1997 todas las vistas judiciales de Portugal serán registradas.

⁶⁰ STORME, M., *Pleidooi voor een Gents model ter versnelling van de procedure*, 1979; edición comercial: D 1979-0069-7.

en el proceso de comparecencia tras la contestación de los Países Bajos (proceso CNA, *comparitie na antwoord*).

III. FASE ESCRITA

Durante la audiencia introductoria, los dos litigantes solicitan diligencias preliminares inmediatas (artículo 19 del Código Judicial Belga) o la sustanciación del asunto en esa misma fecha o en la más temprana posible (artículo 735 del Código Judicial Belga); como alternativa, deciden, junto con el juez, la agenda del juicio de modo que la causa pueda verse dentro de un período de tres meses.

El expediente de la causa, así como todos los documentos y alegatos relacionados, deberían cumplimentarse y ponerse a disposición del juez con una anterioridad de ocho días a la fecha de celebración del juicio.

IV. FASE ORAL

En esta vista, las partes, representadas por sus letrados, se dirigen al tribunal. En este momento, todas las cuestiones procesales deben haberse resuelto. Puede proponerse un procedimiento de conciliación; si no se hace, se celebrará el juicio para resolver las cuestiones de fondo en la fecha más temprana posible.

El modelo I propuesto en 1979, mientras tanto, se ha introducido en parte de la Ley de 3 de agosto de 1992 (aunque de un modo excesivamente complicado). Sin embargo, hay que lamentar que no se adoptase la propuesta por la cual el juez podría ordenar a las partes que compareciesen una vez se hubiesen presentado los primeros alegatos.

En el ámbito de los procesos civiles, hemos apreciado una tendencia clara a instaurar un sistema de dos fases, sucesivas, que se parece enormemente al procedimiento de la *common law*, con sesiones de revisión previas a las audiencias judiciales.

El mejor ejemplo de este sistema de dos fases en el continente europeo puede encontrarse en la nueva ley española de enjuiciamiento civil.⁶¹ En el proceso se prevén dos clases de juicio: el “juicio ordinario” y el “juicio verbal”.

En el primero de ellos, se celebra una audiencia previa al juicio tras la presentación de documentos y alegatos. Esta audiencia tiene distintos objetivos que se centran en determinar la legitimidad del proceso, la competencia del tribunal, la posibilidad de un acuerdo extrajudicial, la necesidad de otras pruebas, etc. Al mismo tiempo, se determinará la fecha de una nueva audiencia para celebrar el juicio.

El segundo tipo está previsto para litigios de menor importancia (de una cuantía máxima de 3000 euros). Tras la sesión introductoria, el juez determinará la fecha de la vista en la que las partes se dirigirán al tribunal.⁶²

⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000.

⁶² Véase DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Procedural reform in Spain”, en TROCKER y VERANO, *The reforms of civil procedure*, cit. pp. 43 y sig.; véase también el informe extremadamente positivo sobre la nueva oralidad: RAMOS MÉNDEZ, F., “La conception du procès civil hors de France: le cas espagnol”, en *Actes du colloque à l’occasion du bicentenaire du code de procédure civile, Paris, 16 novembre 2006*.

Si confiamos en las estadísticas pertinentes, la duración media de juicios en España entre los años 2003 y 2004 fue de ¡7,96 meses!, para el caso de los procesos civiles en primera estancia.⁶³

Franz Klein fue el primero que, desde Austria y tomando como punto de partida la noción de “*Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess*” (‘cooperación en el proceso civil’), puso los cimientos de un proceso civil moderno que se caracterizaría por “un procedimiento oral, directo, público y concentrado, en el que ambas partes tendrán garantizados derechos suficientes de audiencia”.⁶⁴ De nuevo, el proceso en dos fases se ha introducido en el Reglamento Procesal Civil austriaco (ZPO, *Zivilprozessordnung*).⁶⁵

De un modo menos acusado, e incluso ligeramente modificado en la reforma de 2002, el Reglamento Procesal Civil alemán (ZPO), dispone también una fase escrita a la que sucede la fase oral.⁶⁶

Por otro lado, Francia no parece haber adoptado este enfoque doble. El sistema francés prevé dos tipos de proceso: un proceso escrito ante los tribunales de primera instancia (*tribunaux d’instance*) y la mayoría de las alas de los tribunales de apelación, y un proceso oral, en primera instancia, ante todos los tribunales extraordinarios.

Si he entendido correctamente los escritos de algunos procesalistas franceses excelsos, como Jacques Normad,⁶⁷ el objetivo de conseguir la oralidad en los procesos civiles, tal como describe Mauro Cappelletti no es una preocupación prioritaria en el sistema civil francés. Además, muchos desprecian sus insuficiencias y peligros.

Resulta hasta cierto punto peligroso asociar la naturaleza oral de los procesos civiles con un incremento de la eficacia. No obstante, me aventuraría a suponer que los sistemas basados en los procesos orales, como Austria, Alemania, Países Bajos y España, tienen un mejor historial en lo que a los procesos acelerados se refiere y que, en general, sus usuarios muestran también mayores niveles de satisfacción. Por otro lado, pese a que los costes asociados a estos sistemas son inicialmente mayores (Austria, Alemania), estos pueden reducirse, ya sea incrementando el recurso al arbitraje (Países Bajos) o a través de otros logros, especialmente ajustes económicos, que resultan de la solidez del sistema de administración de justicia.

⁶³ Encuesta revisada de 2004 para la evaluación de los procesos judiciales, España. Para un análisis de la relación entre las normas de enjuiciamiento civil y la duración del juicio, véase UZELAC, A., “Turning civil procedure upside down, From judges’ law to users’ law”, en *Actes du Colloque de Gand*, cit. Del mismo autor, “Accelerating civil proceedings in Croatia, a history of attempts to improve the efficiency of civil litigation”, 2004, Varsovia.

⁶⁴ RECHBERGER, W., SIMOTTA, D.-A., *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, Viena, 2003, pp. 175-176.

⁶⁵ Véase también BAJONS, E.-M., “Civil procedure for Austria revisited, an outline of recent Austrian civil procedure reforms”, en TROCKER y VARANO, *The reforms of civil procedure*, cit., pp. 115 y sig.

⁶⁶ ROSENBERG, L., SCHWAB, K. H., GOTTWALD, P., *Zivilprozessrecht*, 16^a ed., Múnich, 2004, pp. 501-505. Para una revisión crítica de la reforma más reciente, véase WALTER, G., “The German civil procedure reform act 2002: much ado about nothing”, en TROCKER y VERANO, *The reforms of civil procedure*, cit., pp. 67 y sig.

⁶⁷ En una anotación que fue tan amable de proporcionarme. Véase también JEULAND, “La place de l’écrit”, cit.

Et ceterum censeo... Me reafirmo en mi convencimiento de que las reformas judiciales siguen siendo inútiles si carecen de una cultura basada en los deberes de los agentes judiciales. “Por tanto, lo que se requiere es la articulación de una cultura litigante fundamentada en los deberes, y la adopción del principio de que la oportuna observancia de las partes de las reglas e instrucciones es un prerequisite para participar en el proceso judicial.”⁶⁸

Gante, 11 de mayo de 2008

Pentecostés

⁶⁸ Traducido de ZUCKERMAN, A., “Court Control and Party Compliance – The quest for effective litigation management” (‘Control judicial y observancia de las partes: Hacia una gestión eficiente de los litigios’), en TROCKER y VARANO, *The reforms of civil procedure*, cit., p. 160.

**ORAL AND WRITTEN ELEMENTS WITHIN THE INTRODUCTORY PHASE OF CIVIL
PROCEDURE**

PROF. DR. DR.H.C. DIETER LEIPOLD

Prof. em. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. (Germany)

I. SOME REMARKS CONCERNING THE SUBJECT OF THIS REPORT

The main theme of this international conference is "Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure". I consider the subject of my paper as a part of the general theme. Therefore in the following analysis of the first phase of a civil lawsuit one main question is whether the various actions of the litigants during the lawsuit have to be delivered in writing or in an oral manner. At the same time I am attempting to compare the different structure of the introductory phase in various civil justice systems.

The formulation of the theme which was offered to me especially mentioned the "procedural contracting". At the beginning I had some doubts about the meaning of this concept. In Germany we use the expression procedural contracts ("Prozessverträge") for agreements of the parties about procedural items. Examples are agreements about jurisdiction or about settlement of the case. However I was told (after asking) that this is not the significance of the "procedural contracting" in the specific context of the conference. The intended meaning is agreements between the litigants and the court about the development and conduct of the procedure. As in German law the expression "procedural contracting" in this sense is not common and as also in the national reports which I could collect this terminology does not appear I prefer to speak of case management. This means orders of the court or arrangements of the court and the parties about how to conduct the law suit. For me "case management" seems to be a concept which allows to include different forms of determining the schedule of the procedure in advance.

The report had to be prepared on rather short notice and other obligations and commitments I had to honour were also taking up a lot of my time. So I have to apologize for giving an overview which does not cover all relevant details. For the same reasons the German Law⁶⁹ and the German attempts in improving the initial phase of the civil procedure play an important role in my paper. Fortunately I had the opportunity to ask at least some colleagues from countries all over the world to deliver a short national report about the subject of this paper. I am very grateful to the authors of these national reports about the civil procedure in China, England, Greece, Japan, Korea, Latin America, Spain and the USA. It was impossible for me to initiate world wide national reports. I concede that the basis of this paper is more or less accidental. But nevertheless the national reports are good examples for the great variety of procedural forms as well as for certain important common elements of civil procedure.

The following national reports were submitted:

China (Hongliang Wang)

England (Stefan Einhaus)

⁶⁹ For details of preparatory stages of a lawsuit in German Law see MURRAY, P.L./STÜRNER, R., *German Civil Justice*, Durham, 2004, chapter 7, pp. 191-248.

Griechenland (Dimitris N. Maniotis)
Japan (Manabu Honma)
Korea (Jung Hoo Oh)
Latin-America (Pia Tavolari Goycoolea)
Spain (Alicia Armengot Vilaplana)
USA (Jakob Reinhard)

As these very interesting reports are also published in the materials of the conference it is not necessary to repeat their contents within this paper in a broad manner. I thought about a sort of statistical evaluation of the national reports. But whereas some items would be rather trivial (e.g. the necessity of written claim as a rule in all countries) other institutions (e.g. the pre-action-procedures) are too different to be compared in a merely statistical presentation. Therefore in my paper I mention only some highlights from the national reports without evaluating the whole content. For the complete information I strongly recommend to read the national reports.

In addition to the mentioned national civil procedure rules it seems interesting to me to have a look at one of the latest European contributions to make the civil procedure more effective. This is the European Regulation establishing a European Small Claims procedure (2007).

The structure of this paper follows the timetable of the civil procedure in its initiating phase. Finally I try to formulate some summarizing thoughts about orality and written proceedings in connection with those topics which are the most important ones in the modern discussion. One of them is mediation instead of judicial and juridical decision. Another fundamental question presently under discussion is the access to factual information for the litigants in civil procedure. And these two topics we can already find within the first stage of a conflict on its way to the court, the pre-action-procedure.

II. PRE-ACTION-PROCEDURE

Before the start of a civil procedure, that is to say before filing a complaint with the court, there is no place for the application of civil procedural rules - until some years ago this would have been true without any doubt. But one of the most interesting and surprising developments in the recent years is, that the law of procedure also extends to the phase before beginning of a law suit, that is to say the phase of thinking about a possible future law suit and of preparing for it. The best example of this development are the pre-action-protocols of modern English civil procedure rules. The last world congress of procedural law in 2007 dealt with this subject in a broad manner⁷⁰. But also in the context of this paper it is necessary to have a look at these new fields of procedural rules. Another very interesting example of pre-action-procedure are the

⁷⁰ From the German point of view see BREYER, M., "New-Trends in Pre-Action - Neuere Entwicklungen im vorprozessualen Bereich", in GILLES, P./PFEIFFER, TH. (Ed.), *Neue Tendenzen im Prozessrecht (New Trends in Procedural Law)*, *Deutsche Landesberichte und weitere deutsche Beiträge zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Salvador/Bahia, Brasilien 2007 (German National Reports and Further German Contributions for the World Conference on Procedural Law in Salvador/Bahia, Brazil 2007)*, Baden-Baden, 2008, pp. 179 ff.

preparing orders and obligations of Spain law (*diligencias preliminares*). In Japan the most recent reform law introduced the possibility of pre-filing party inquiry.

1. Pre-action-protocols in English law

With the pre-action-protocols the English law⁷¹ pursues various goals. The first goal of these practice directions is to improve the exchange of information between the parties. The relevant rules are intended to deliver early and complete information about the facts and circumstances which are relevant for a possible law suit. Thus the parties are supposed to be enabled to avoid litigation by agreeing a settlement of the claim before the commencement of the procedure. Also the parties should consider whether some form of alternative dispute resolution procedure (for example neutral evaluation by an independent third party or mediation) would be more suitable than litigation. The view is that litigation should be a last resort. Where litigation cannot be avoided the objective of the pre-action-protocols is to support the efficient management of the procedure. If the pre-action exchange of information is working the litigants are able to present the material in complete form already at the beginning of the lawsuit.

The court is not involved in the preparatory procedure. But if a lawsuit is filed the court has to examine if the parties have complied in substance with the terms of the protocol. The Civil Procedure Rules enable the court to take into account compliance or non-compliance with an applicable protocol when giving directions for the management of proceedings and when making orders for costs. If non compliance has led to proceedings which might otherwise not have needed to be commenced the court may order that the party at fault pay the costs of the proceedings of the other party. If the party at fault is a successful claimant the court may make an order depriving that party of interest and so on.

At first sight the cost sanctions against the claimant seem to be similar to the German rule (§ 93 ZPO) that the claimant despite winning the case has to pay the costs if the defendant immediately declares admission of the claim and his behaviour did not give reason to initiate the lawsuit. The consequence is that usually the prospective claimant has to urge the other party to pay his debt before filing a suit. But the provisions of the pre-action-protocols go far beyond this rule and contain very detailed requests for the pre-action-behaviour of both parties. The approved pre-action-protocols have the aim to establish suitable provisions for different types of claims. At present there are nine specific pre-action-protocols. The field of application covers engineering and construction, personal injury, defamation, clinical negligence (medical malpractice), housing disrepair and others. Besides there are general provisions for the cases not covered by any approved protocol. Generally the court expects the parties to act reasonably in exchanging information and documents relevant to the claim and in trying to avoid the necessity of filing a complaint. These general recommendations and even more the approved pre-action-protocols comprise many pages of text and contain a surprising amount of details. The claimant has to announce the prospective claim in a letter of claim which should give concise details, enclose copies of documents, ask for a prompt acknowledgement of the letter, followed by a written response within a reasonable stated period, identify and ask for copies of essential documents not in his possession and so on. The defendant has to deliver a complete written response. Frequently the protocols contain rules about the communication concerning possible

⁷¹ For details see ANDREWS, N., *The modern Civil Process*, Tübingen, 2008, mn. 2.27 f., 3.01 ff, 6.07 ff.

alternative dispute resolution and about the appropriate steps to obtain expert evidence. In principle all these steps have to be done in writing and the parties will be highly interested in a careful documentation as to provide sanctions for wrong behaviour. I do not know how these practice-directions really work. It seems possible that this written procedure before the procedure produces significant delay and costs. Certainly these provisions do not improve the access to justice - the aim is, as mentioned, to avoid litigation. In most cases the parties will need professional assistance to fulfil the pre-action-obligations. In the protocol for housing disrepair cases one can read that the authors of the protocol made an attempt to draft the protocol in plain English and to keep the contents straightforward in order to make the protocol accessible and easy to use by all, including those representing themselves. But reading the protocols (also this one on housing disrepair cases) it seems very questionable if this is a realistic view.

Most of the protocols do not refer to oral elements in the pre-action-phase. But it is interesting that the protocol for construction and engineering disputes prescribes (in a very detailed manner) a pre-action-meeting which shall take place within 28 days after receipt of the defendant's letter of response by the claimant. The advantages of oral discussion are intended to be used to identify the root cause of disagreement in respect of each issue, to consider whether the issues might be resolved without recourse to litigation, and, if a lawsuit is unavoidable, to agree how expert evidence is to be dealt with, to agree the extent of disclosure of documents, the conduct of the litigation with the aim of minimising costs and delay. I don't know for what reasons the other protocols don't prescribe such a pre-action-meeting. The advantages of oral discussion could be useful in other cases as well.

In summary the English practice directions on pre-action-behaviour anticipate the main functions of the judicial procedure in its initial phase which consist (as we will see later on) in the clarification and completion of the pleadings, in the attempt to support all forms of settlement and - if this does not work - in the gathering of proofs for the main hearing. If the English way really works it may save state expenses for courts and litigation - but the increase of party expenses and the restriction of access to justice might be a high price.

2. Pre-filing party inquiry in Japanese law

One of the two main topics of modern civil procedure reform, exchange of information and evidence gathering between the parties, can also be found in modern Japanese law. The other one - promotion of settlement, also by mediation and so on - has less significance to law reform in Japan because as it is well known in Japan traditionally the use of mediation and conciliation is widespread and works in a very efficient manner often admired by western observers.

Initially a procedure for gathering information and evidence was introduced into the Japanese Civil procedure Code in 1996 after the beginning of the civil procedure. But as Manabu Honma explains in his report these provisions proved to be not fully sufficient to reduce the time to solve the average case. In 2003 by amendment of the Code a pre-filing party inquiry (evidence gathering procedure based on pre-filing notice) was added. The prospective claimant can ask for information from the presumed defendant. To initiate this procedure the prospective plaintiff has to send a written notice to the defendant. After that the defendant has the same right to ask for information from the claimant. The court may, upon a motion of a party, make pre-filing dispositions to gather evidence. This is a remarkable difference in comparison with the English pre-action-protocols where the court is not involved. The provisions on

pre-action information and evidence gathering do not contain specific sanctions for non-compliance. But probably at least the non compliance of a court order has negative consequences within the procedure for example preclusion for delay or importance within the evaluation of evidence. It would be interesting to know how these rather new rules are working in practice. The aim to avoid litigation seems not so predominant as in English law and also the danger of deteriorating the access to justice is less obvious.

3. The diligencias preliminares in Spanish Law

As Alicia Armengot describes in her national report the diligencias preliminares - that is (the translation is difficult) the preparing acts and duties in Spanish civil procedural law - have the objective to help the party which intends to commence a law suit to get information about the relevant facts and manners of proof. It is interesting that the Spanish Law provides this instrument not in a general manner but only at few specific areas where there is usually a lack of information on the side of the prospective claimant. These fields are the protection of collective interest of consumers and the protection of intellectual property. The court can give order to produce information or documents and these orders are enforceable by execution. In Germany for quite some years a discussion is going on over the question whether it is a function of procedural law to give the right on information by the adversary or if establishing such obligations is a legitimate task of substantive civil law. Pre-action obligations and corresponding court orders could be a solution perhaps even a compromise between procedural or substantive classification of the problem. But the practical importance of the diligencias preliminares in Spanish law is rather low and therefore it seems questionable if these rules can serve as a model at least in the moment.

In conclusion the pre-action-procedures clearly underline the importance of two topics in modern civil procedure: avoiding litigation (promoting of settlement) and opening the access to full information of facts and evidence which the claimant himself does not possess.

III. COMPLAINT

1. Written Complaint

Generally the complaint must be in writing. The obligatory content of the complaint includes a specific remedy and the specification of the cause of the action. In some countries, for instance in England, it is also necessary to provide a concise statement of the nature of the claim as tort or breach of contract and so on. In Germany (and as well e.g. in Greece) the claimant is not obliged to deliver juridical arguments within the complaint but nevertheless this is common practice as in most of the cases the complaint is written by a lawyer.

In Spanish law there are two different forms of complaint: the complete claim initiating the ordinary proceeding and the short complaint in the verbal proceeding. But in both cases written complaint is obligatory.

As J. Reinhard mentions in his report for the US-American procedural law it is a fundamental decision to provide easy access to the courts and therefore there are rather low standards of pleading. Within the concept of notice pleading it is sufficient to present a fair notice for the defendant about the contents and the grounds of the claim whereas the details can be delivered during the following phase of pleadings and motions. In comparison e.g. German law, Spanish law (with different requirements in complete complaint and in short complaint), Latin-America (model code and national codes as well as Pia Tavolari Goycoolea explains in her report in detail) and Japanese

law are examples of fact pleading requiring rather detailed allegation of facts and presentation of means of evidence already within the written complaint. Greek law (for details see the report written by Dimitris N. Maniotis) also requires a clear report of the facts which support the action.

The necessity of a written complaint does not contradict the principle of orality. The meaning of this principle is not that within a lawsuit there are no written components at all. But the principle of orality requires - at least in its traditional form - not only that there is an oral hearing, conference or trial but that this hearing has central importance for the statements of the parties. But it can cause essential delay of the procedure if the parties present the facts and the means of evidence for the first time within the hearing. Thus in many countries the claimant has to state in the written claim not only the cause of the action in a more general manner but also the facts in detail as well as the means of evidence he wants to offer to the court. This is the case e.g. in German law and even more firmly in Spanish law where the claimant has the burden to present documents of procedural or substantive importance already together with the written claim. If the claimant does not fulfil this request he may risk preclusion in the further proceeding. By such provisions the importance of the oral hearing is significantly diminished and the phrase that only the statements within the hearing are effective becomes more and more theoretical or antiquated.

In England the claimant or his legal representative has to sign a statement of truth with the following text: "I believe (or: the Claimant believes) that the facts stated in these particulars of claim are true." In USA the signature under the claim and under any pleading has a similar meaning. The German law does not know a formal requirement as in England though the German civil procedure code expressly establishes the obligation of truth for the parties (ZPO § 138 (1)). The English rule may be useful to remember the claimant (and as we will see the defendant as well) to this obligation. And the violation of the statement of truth does not remain without sanctions: A false statement made in a document may lead to a liability for contempt of court.

2. Claim forms

Sometimes the rules of procedural law do not only require a written complaint but make it obligatory to use specific claim forms. One example of this interesting development is the English law. The Claim form makes it easier for the parties not to forget necessary parts of the claim. There is also space for the particulars of the claim (in the claim form for standard procedure) or for the details of claim (in the claim form for simplified procedure). A claim form may be useful especially for parties without business experience who do not want to hire a lawyer for conducting the lawsuit. But as the English claim forms do not ask for details the support seems to be rather limited.

A very interesting example for the obligatory use of claim forms is the new European Small Claims procedure. In order to facilitate the commencement of the procedure the claimant has to make an application by filling in a standard claim form which can be found as annex I of the European regulation. The claim form will be available at all courts and tribunals at which the European Small Claims Procedure can be commenced. The claim form contains detailed explanations which also refer to the reasons for the claim and the evidence the claimant wants to put forward to support his claim. As the European Small Claim procedure is in principle a written procedure the claim form apparently has the aim to help the claimant and also to enable him to file the

claim without legal help. As Art. 10 prescribes representation by a lawyer or another legal professional shall not be mandatory

3. Oral forms of complaint

Besides the written complaint many procedural laws also allow oral forms of complaint. The purpose is to facilitate the initiating of a lawsuit for less educated or experienced people without the support by a lawyer. Therefore the oral complaint is frequently admissible at the courts for small claims, in Germany at the Amtsgericht (ZPO § 496). The claimant can go to the administrative office of the court and his declarations and statements are taken down by the court clerk and thus converted into a written claim. Similar rules in Greece allow an oral commenced action before the clerk of the Justice of the Peace. Korean law (for details see the report by Jung Ho Oh) allows such commencement of lawsuit if the value of the claim is not more than 12 000 €. The oral complaint is also allowed by Chinese law if the plaintiff has difficulty in presenting the statement of complaint in writing.

Another form of oral complaint permits the party to appear immediately before the court during its session. From central European point of view this form of action and - if the defendant also appears - the following procedure may look archaic and for example in German law this possibility was abandoned in 1976 as it had lost the importance in practice. But one should not ignore that in many countries around the world there are huge differences in the development of the big cities on one hand and the rural districts on the other side. So it is quite understandable that in Chinese law the oral complaint in the described form plays an important role. To grant access to justice and to encourage the people to litigate in court the court has to hold hearings outside the court's seat. This may be an important contribution to achieve full effectiveness of the law. In Korea the just mentioned form of complaint also exists but without practical importance.

In conclusion nowadays the commencement of procedure is dominated by written claim. But the obligation to file the claim in written form may cause problems with access to justice. So systems which also allow an oral claim at least in small claims procedures are preferable on the national level. It is clear however that this alternative does not make sense in international cases of small claims procedure because usually it would not be convenient for the party to go to the Court in another country (at the place of the defendant). In this situation Claim forms (including explanations to the party) as prescribed by the European Law can be helpful to avoid the disadvantages of written complaint.

4. Electronic complaint

In many countries the use of electronic tools (E-Mail, On-line) for complaint (and also for defence) is permitted under certain technical conditions. Some details can be found in the national reports. In the context of this paper electronic proceedings are comparable with written proceedings. It is quite clear that the easiness and the cost-reduction effect of electronic communication enforces the trend towards written procedure. The specific problems connected with electronic proceedings, e.g. the necessity to secure the authenticity of electronic messages and the relation between electronic data and printed version, are quite different from the problems which are to be discussed regarding the principle of orality. Besides the electronic procedure was one

of the main subjects of the international congress on civil procedure in Brazil in 2007⁷². For these reasons electronic procedure remains outside the focus of this paper.

IV. SERVICE OF THE COMPLAINT; REVIEW BY THE COURT AND COURT ORDERS BEFORE SERVICE

After the written complaint reaches the court it has to be served on the defendant. The procedure of service is not to be discussed within this paper. If the full effects of filing a suit (*lis pendens* - *Rechtshängigkeit*) are produced by service on the defendant or already when the written complaint arrives at court is different according to the national systems of civil procedure. This problem (very important especially in trans-border-litigation) also remains outside of the focus of this paper.

But from the point of view of written or oral elements of procedure it is interesting whether the court has to examine certain requirements of the claim already in the phase before service. The answer given by the national rules of procedure varies. In Germany the court has only to examine if the complaint is signed by the party or (as far as there is mandatory representation) by a lawyer and if there is an obvious lack of German jurisdiction. All other questions including the procedural requirements are to be discussed within the procedure after service of the claim. In Korea the presiding judge has to examine if the procedural prerequisites of the complaint are fulfilled. In China we find a system of accepting a case by examination. Service follows only after acceptance of the case by court. If the complaint does not meet the requirements of a civil lawsuit the court will reject the claim. As the content of the examination is not clear these rules may cause restrictions of the right to be heard of parties.

The possibility to reject a claim already in this preliminary phase without hearing is economic and accelerating but not without danger for the rights of the parties. In this context the rules about judicial review after filing the written complaint in the European regulation on small claims procedure also raise some doubts. The court has to examine if the claim form is filled properly and if this is not the case it has to give the claimant the opportunity to complete or rectify its claim (Art. 5 paragraph 4). But surprisingly this is not applicable if the claim appears to be clearly unfounded. In this case the application shall be dismissed apparently without information to the claimant about the opinion of the court. But following the German interpretation of the right of the parties to be heard such an order of court would be an inadmissible surprise decision. So I think that the mentioned rules have to be interpreted in the sense that before dismissing the claim the plaintiff must be informed about the opinion of the court that the claim is clearly unfounded and must have the right to amend the claim in the same manner as regarding procedural requirements.

As we will see later on some national laws know different ways of preparatory procedure. The question arises in what stage of the procedure and on which basis the court has to make its choice of the different possibilities. This includes the aspect if the parties can influence this choice or at least have the possibility to state their opinion. In Germany there are two different forms of preparatory procedure: early first hearing on the one side and written preparation procedure on the other side. The decision about the adequate track is made by the court already after receiving the written claim. The parties are not heard before this order and have no direct influence on the choice. As within the

⁷² See the German National Reports on this subject by FISCHER, N. and GILLES, P. in GILLES, P./PFEIFFER, TH. (Ed.), "*Neue Tendenzen im Prozessrecht*", cit., pp. 83 ff., 153 ff.

two kinds of preparatory procedure the parties have full opportunity to make their statements in oral or written form so this is no violation of the right to be heard. Another question is if it would be advantageous to aim at an arrangement for the proceeding between court and parties as other judicial systems do (cf. *infra*).

In other systems the order about the form of preparatory system is not issued before the service of the claim and the written answer by the defendant. This is the case in English law concerning the choice between the different tracks and in Japanese law concerning the various branches of the issue-evidence management procedure. Following this way the court has a much better knowledge of the particulars of the lawsuit and can make a better choice of the appropriate kind of process.

V. DEFENCE

1. Written defence

Usually the provisions about form and content of the answer of the defendant, i.e. of the defence, are the same as for the claim. The defence has to be sent to the court in written form. It has to contain the pleading of the defendant and the grounds he wants to rely on. Allegation of facts and means of evidence must be presented with the defence in corresponding manner as regarding to the claim. In Spanish law we find the exigency of written defence with the just mentioned contents in the ordinary procedure whereas in the oral (verbal) procedure the defendant presents his defence in the first oral hearing (*acto de la vista*).

2. Answer forms

In English law and within the European regulation on small claims procedure there are forms not only for the claim but also for the defence. But the defendant is not obliged to use these answer forms. He can write the defence also in another appropriate way.

3. Oral answer

In the same way as the claim also the defence may be declared orally to the protocol of a court clerk. And if the procedure law allows the parties to appear immediately in a court session the defendant may produce his pleading in oral form as well as the claimant.

In the same way as the claim also the defence may be declared orally to the minutes of a court clerk. And if the procedure law allows the parties to appear immediately in a court session the defendant may produce his pleading in oral form as well as the claimant.

4. Time limit

To accelerate the procedure there is a time limit for the defendant in many laws. Its length can be defined by a statutory provision. The European regulation on small claims procedure prescribes a time limit of 30 days after the claim has been served. In other procedural laws, for example in German law, it is a question of the discretion of the court to determine the time limit. In German law the non-compliance of the fixed period may have the consequence of preclusion of facts and evidence. Such provisions underline the significance of the written elements in this stage of the procedure.

VI. CLASSES OF ACTIONS; TRACK ALLOCATION

It is one of the most important fundamental questions for every civil procedural law if there shall exist only one procedure for all kinds of law suits or if a variety of

procedures is provided. Frequently we find a different procedure for small claims. The procedural way is often combined with the jurisdiction of the courts. In Germany there are special provisions concerning the procedure at the local courts (Amtsgerichte). But the number and the importance of these provisions which are different from the provisions applicable at the district courts (Landgerichte) was continually reduced within the hundred thirty years since the drafting of the civil procedure code. Today the procedure before local courts and district courts are almost identical. But if the value of the claim is low the judge at the local court is allowed to design his proceeding following his discretion (ZPO § 495a). This rule is applicable if the value of the object of litigation does not exceed 600 €. The most important divergence from the ordinary proceeding the judge can choose is to order written proceedings. In practice this occurs very frequently.

In this context the Spanish code is of special interest. As Alicia Armengot points out there are two kinds of actions or procedure: the ordinary procedure (juicio ordinario) and the verbal procedure (juicio verbal). The classification depends from the subject of the lawsuit as prescribed in the law and if such special provisions are not applicable from the value of the claim: juicio verbal up to 3 000 €, juicio ordinario for higher value. The juicio verbal emphasizes the oral elements of proceedings. The center of this procedure consists in the "acto de la vista" as first and (as a rule) only oral conference comprising taking of evidence and delivering the basis for judgment.

It is interesting that the opinion about the use of oral or written procedure in small or at least not very high value are different. Whereas German law in effect prefers written proceeding (if the judge orders such proceeding) just on the contrary Spanish law underlines the advantages of oral hearing for claims with low value.

In which cases the one or the other form of proceeding is applicable is usually governed by statutory law in an abstract and general manner. In England we find another system which is rather new and very interesting. As far as I know it was an invention of Lord Woolf, the great reformer of English civil procedure, to provide different tracks for the proceeding. These are the small claim track, the multi-track and the fast track. Upon issuing the claim form the case is assigned to a master as the procedural judge. The procedural judge has to decide the track allocation. To receive the relevant information allocation questionnaires are served on each party. The tracks show significant differences in the use of oral hearing. On the small claims track and the fast track normally trial will be the first oral hearing, whereas on the multi-track preparatory hearings are the rule.

VII. PREPARATORY PHASE

1. The differentiation between preparatory phase and plenary phase

It seems to be a common characteristic of modern civil procedure that the law suit has two main phases, a preparatory stage and a main or plenary phase including the main oral argument or the trial. Frequently the preparatory stage is a written procedure. But there are also provisions which underline the advantages of oral hearing already in this phase of the law suit. Also the extent of differentiation between the two stages is rather different. Within the preparatory phase the claim may already be dismissed in case of default or there may be judgment by admission without a preceding oral hearing. In German law the court can order the preparation of the case by early oral hearing. But this hearing has the full content of a trial. It has to be prepared by the court and evidence

can be taken already within this first hearing. On this basis the court may render a final judgment without necessity of a further hearing or trial.

In stark contrast in English and US-American law the difference between pre-trial procedure and trial is fundamental. Though during the preparatory phase there is place for oral hearings or conferences (with different purposes) their legal significance is strictly different from that of the trial.

Besides it is perhaps too superficial to speak about two phases of civil procedure regarding to the US-American process. Because as we can read in the national report we find a rather clear differentiation between the phase of pleadings and motions following after the filing of the claim and service of process on the defendant and the phase of discovery which only takes place if the defendant did not obtain an early dismissal of the lawsuit. The Principles of Transnational Civil Procedure also distinguish between three phases, the written pleadings, an intermediate phase and the final part of the procedure⁷³.

2. Dominant activity of the court or of the parties

The variety of the preparatory process models continues if we look at the role of the court and the parties in this stage. In continental procedure systems the management of the proceeding is in the hands of the court from the beginning. This is the case in German law where the same judge presides in the preparatory and the plenary stage of the lawsuit. Also in Japanese Law - originally under the predominant influence of German law but nowadays presenting its own face especially in the preparatory phase - the judge is the dominant actor from the beginning of the process. On the other end of the spectrum in the law of the USA during the well known and frequently discussed stage of discovery the parties are in control. They have to collect the facts and the means of evidence. But the judge also maintains an important role especially as the parties can file motions to limit the access of the opposing party to evidence or to access documents the opposing party refuses to provide. Also in English law the parties are the primary actors of discovery procedure. But since the fundamental reforms at the end of the last century the role of the judge was significantly strengthened as the reform created the managerial judge (and the former discovery is now called disclosure). In a certain sense the English model can be considered as a compromise between the continental type of preparatory procedure and the traditional pure discovery system.

3. Examples of the variety of preparatory procedures within national codes (or practice)

A) German law

As already mentioned the German code of civil procedure provides two different tracks of the preparatory proceeding⁷⁴. The court may order a written preliminary proceeding (*schriftliches Vorverfahren*). In this case the defendant has to notify the court within two weeks after service of the claim if he wants to defend against the claim. If the defendant does not deliver this declaration the court can render a judgment

⁷³ "ALI/UNIDROIT-Principles of Transnational Civil Procedure", *ZZPInt* (Zeitschrift für Zivilprozess International) Vol. 11 (2006), 403, 406 (principle 9); for details s. STÜRNER, R., "Die "Principles of Transnational Civil Procedure", *ZZP Int* 11 (2006), 381, 390-392.

⁷⁴ For details see STEIN/JONAS/LEIPOLD, *ZPO*, Vol. 4, Tübingen 2008, § 272 mn. 7 ff.

by default. After sending the declaration of defence to the court the defendant has to file a written defence brief within a timetable set by the court (at least two weeks but longer if the lawsuit is complicated). If the judge considers that the written preparation is sufficient he has to schedule the date for the main hearing. Whereas in this variant there are no oral elements within the preparatory procedure the other track - early oral hearing (früher erster Termin) tries to use the advantages of an oral conference before the court rather soon after beginning of the lawsuit. But the differences between the two ways of preparation and the emphasis on orality in the model of early oral hearing are not so fundamental as it seems at first glance. The court can order that the parties (primarily the defendant, but in response to the defence brief also the claimant) have to prepare the first hearing by written statements within fixed periods. Besides the procedural code does not prescribe a time limit within which the first hearing is to be held. In practice it is often difficult for the court to schedule an early date for an oral hearing as the number of claims reaching the court is high. Therefore many judges generally prefer the model of written preparation, especially at the district courts. The basic idea of the code that the choice should be made looking at the special circumstances of the case seems to be rather ineffective. In reality written elements are dominating the preparatory procedure.

B) Japanese Law

The law of Japan offers an even greater variety of methods to prepare the main oral hearing than the German law. These completely new rules were introduced by the Reform of 1998. The aim of the preparing procedures is described as procedure to put in order the issue and the means of evidence. The translation given by M. Honma in its national report is "issue-evidence management procedure". There are three kinds of procedure and the judge has to choose between them if clarification of issue and evidence is necessary. The preliminary oral proceeding is intended to use the advantages of an early oral hearing. On the other hand within the documents-based preparatory proceedings there is no oral element. These two tracks are similar to the German ways of early oral hearing and written preliminary procedure. In the same way as the German law the Japanese provisions also make an attempt to use the specific advantages of oral or written procedure taking in consideration the specific circumstances of the case. The third way - preparatory proceedings for oral proceedings - is not so easy to understand. The parties present their allegation orally and produce documentary evidence. But this is no formal oral proceeding. As a consequence the hearing is not realized in open court. As the Japanese constitution provides access for the public for court session this procedure is only admissible by distinguishing the preliminary hearing from an ordinary oral conference. As this third track is the most popular in practice there seems to be a strong interest in informal hearing without the presence of the public. If the judge wants to choose this way or the documents-based preparatory proceedings the parties have the possibility to express their view before the order is rendered. Thus the parties have some influence on the structure of the preparatory proceedings.

C) Korean law

In Korea the preparatory phase of a civil procedure usually is a written proceeding. The court sets a time-limit for the written pleadings of the parties preparing the oral hearing. But the court has also the right to fix a date for an oral hearing in the preparatory phase similar as in German law.

D) English law

Though the collection of facts and evidence remains in the hands of the parties there is also important influence of the court in the form of preparatory hearings. As Stefan Einhaus describes in his report on the multi track preparatory hearings are the rule. There are different types of procedural hearing including case management conferences, pre-trial reviews and pre-trial directions hearings. As far as court orders are in question obviously an oral hearing has to precede. Thus the oral elements and as a consequence the possibilities of the parties to present their opinion on the case management seem to be more important than in other systems. At the same time the difference between preparatory hearings and the trial is more fundamental than for example in German law.

E) Chinese law

Similar to English law there is a difference between case-filing tribunal and trial tribunal in Chinese civil procedure. In which degree the case-filing tribunal is involved in pre-trial preparation seems to be very different in practice. In his national report about Chinese law and practice Wang Hongliang describes five different models including one mode establishing a specific preparation tribunal. The Chinese law seems to be in a phase of experiments and shows increasing influence of US-American law although the basis has been German law. It will be very interesting which way the Chinese civil procedure will develop in the future. The present situation underlines that the appropriate organization of the preparatory phase actually is a very important problem of civil procedure.

F) Spanish law

In Spanish law the difference between a preparatory phase and the main hearing can be found in the ordinary proceeding. After preparation in writing there is a first oral hearing (*audiencia previa al juicio*) which is clearly different from the main hearing. The first oral hearing can lead to a settlement between the parties. If the lawsuit cannot be terminated by agreement the purpose of the first oral hearing is to prepare the main hearing and the taking of evidence.

In the verbal procedure (*juicio verbal*) there is no first hearing. The early hearing in this kind of procedure (*acto de la vista*) has not only preparatory functions but serves as main hearing as well.

G) Latin-American law

The report submitted by Pia Tavolari delivers very interesting details about the solutions which can be found in Latin-America within the model code, the existing national codes and the project-code of Chile. With differences in detail we find the fundamental idea of a preliminary hearing as the centre of the preparatory proceeding. The purpose of this hearing is to try to get to an agreement and if this is not attainable to clear up the allegations of facts and the means of evidence in preparation of the main hearing. That the Latin-American codes emphasize the advantages of orality in the preparatory phase in this way presents a remarkable difference compared with other national systems which prefer written proceedings or let it to the choice of the court if oral or written preparation is adequate.

VIII. CASE MANAGEMENT CONFERENCES; SCHEDULES OF PROCEEDINGS

From the point of view of German law special conferences or hearings with the aim only to discuss the future conducting of the lawsuit - the case management - are rather surprising. In German civil procedure the judge is the case manager from the

beginning of the lawsuit and he has to shape the procedure following the rules of the procedural code, in many questions also at his discretion. As already pointed out also the first oral hearing before court is not limited in its content and significance; it may provide the basis for a contentious judgment. In conclusion it seems unnecessary to hold a meeting only with the purpose to rule the case management. On the contrary such procedure could be the cause of delay.

Probably the institution of case management conferences has its origin in procedural systems which traditionally let the parties arrange the collecting and clarification of facts and means of evidence. Perhaps within these systems the case management conferences are a sort of compromise preserving some party influence and promoting an agreement between court and parties. Another reason may be that the rules governing American discovery and partly also about English disclosure give the parties far-reaching rights to demand information, access to documents and so on. The case-management conference can make it easier to avoid excessive and unnecessary use of discovery in accordance between the parties. So we find case management conferences not only in US-American procedure but also in the reformed English civil procedure. The pre-trial conferences in US-American law are described in the national report as an important method for the judge to maintain control of the case and set out a schedule to further a speedy solution. A very interesting detail of US-American rules is that at first the parties have to arrange a meeting outside of the court and after this inter-party conference they have to submit a report to the court outlining a discovery plan.

Perhaps another reason for the necessity or at least usefulness of case management conferences can be found in the rules about expert evidence. If the expert principally is considered in the same way as an ordinary witness and if it is the right (and duty) of the parties to nominate the expert witnesses then in many cases there may be dissent about what kind of expert is necessary and which persons are sufficiently qualified to serve as expert witnesses. It is clear that in many civil cases evidence by experts plays a central role. And it is also without doubt that expert evidence often produces high costs and considerable delay. So it is a very important task for the procedural provisions to arrange the expert evidence in an appropriate way. In German law there are fundamental differences between the provisions on witness evidence and on expert evidence. The court has the right and the duty to nominate the experts. If the parties present an agreement on the person of the expert the judge is obliged to nominate this person. But also in this case the court can additionally select another expert. Perhaps this system has some advantages in comparison with the Anglo-American expert witness rules.

In the Japanese code of civil procedural law the 2003 amendment introduced a schedule of proceedings which is to be set by the court after conferring with the parties. A time frame for issue-evidence management procedure and for the examination of witnesses should be included in this schedule as well as the expected date to close hearing and render judgment. In his national report on Japanese law M. Honma explains that the schedule of proceedings is supposed to solve the problems of complicated cases such as medical malpractice. Though this is not expressly said in the report the taking of expert evidence probably may form an important part of a schedule of proceedings. Though in Japanese law experts are nominated by the court in the same way as in German law the choosing of experts seems to be a problem in practice. A schedule of proceedings in agreement with the parties may help to find an appropriate solution. Furthermore the schedule of proceedings in Japanese law allows the court to dismiss

allegations and evidence brought after the end of the time limit which was fixed in the schedule.

IX. WRITTEN PROCEEDINGS; THE INFLUENCE OF THE PARTIES AND THE PRINCIPLE OF PUBLICNESS

In this context written proceedings means proceedings without any oral hearing. The oral and immediate discussion of the law suit by the parties in presence and (in modern law) under active participation of the judge has many advantages. But there are also cases or procedural situations where an oral conference seems to be unnecessary or disproportional. Therefore many national systems allow written proceedings under certain circumstances.

One possible solution consists in omitting the oral hearing if both parties agree. In German civil procedure the court can render judgment without precedent oral hearing if the parties have declared their consent. The court can ask for such an agreement if it thinks that such proceeding is favourable.

The oral hearing obviously produces costs compelling the parties or their lawyers to go to court. If the value of the lawsuit is low it may be preferable to avoid these costs and to leave it at written proceedings. In German Civil procedure there is no general provision that small claims procedure consists in written proceeding. But it is in the discretion of the judge at the local court to order written proceeding if the amount involved in the case does not exceed 600 € (ZPO § 495 a). Also after the court has ordered written proceedings there must be held an oral conference if one of the parties brings in such a motion.

Another possible solution is to allow written procedure (without the necessity of consent of both parties) if one of the parties lives far away from the place of the court so that it would be unreasonable to oblige this party to appear at the court. In German law such a rule existed for small claims. But it was abandoned when the general permission to proceed in written manner in cases of low value was introduced.

Certainly the observation that the representation of a party in oral hearing may be too costly if the court is a long distance from the domicile of a party is the reason why the European small claims procedure is formed as a written procedure (Art. 5 paragraph 1). This is consequent as the European small claims procedure should simplify and speed up litigation in cross-border cases and reduce costs. The written procedure is the principle in this European regulation. But an oral hearing should be held if it is considered necessary by the court or if a party so requests.

If the civil procedure is realized without oral hearing or trial not only the principle of orality but also the principle of public access are abandoned. It is more or less impossible to admit public access to the record of a lawsuit. Examination of the record scarcely can be allowed to everybody and also if doing so the aim of public presence would not be achieved as the record does not reveal the interactions of judge and parties and the results of evidence in a complete and transparent way. The principle of public access is intended to allow public control of proceedings and judgements. Thus the independence and the neutrality of the judge guaranteed. The principle of public access can get into conflict with the right of data protection. Therefore in cases of family law (including divorce cases) the oral hearing usually is not held in public. Also in other cases the court has the right to sit in camera if the maintenance of secrecy so requires. Moreover there is a discussion about the importance of public presence in civil cases. I cannot deal with the details in this context. But in my opinion the principle of

public presence has fundamental significance not only in criminal but also in civil cases. The access of the public enables everybody to observe the law in action and the efficiency of the protection of rights also in the field of private law. Besides one should not forget that there are countries (also in Europe) where the impartiality of the judges in civil cases is not obvious and corrupt practices cause serious problems.

The conflict between written procedure and the principle of public presence within national law is especially evident if the constitution contains a guarantee of public hearing at court. This is the case in Japan as already mentioned before. The German constitution does not guarantee the principle of public access by an explicit rule but to a certain degree the principle of due course of law (Rechtsstaatsprinzip) comprises the principle of public of court sessions as well. An explicit guarantee of public presence can be found within Art. 6 paragraph 1 of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which declares:

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law."

In a similar way Art. 47 paragraph 2 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides as follows:

"Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law."

The European Convention is binding for all states which ratified this treaty. Though the European Union and the European Community could not ratify the convention (for more or less technical reasons) Art. 6 of the Treaty on the European Union recognises the fundamental rights guaranteed by the convention as a part of the law of the European Union. The legal force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union is to be clarified by the Treaty of Lisbon giving the Convention the same legal values as the Treaties on European Union. But already today the European Convention is recognised on the European level when interpreting the contents of the fundamental rights. The details can not be discussed within the scope of this paper.

In the light of these fundamental guarantees all procedural provisions which exclude the orality are dubious. Both articles mentioned before do not contain an exception for lawsuits of low value and its not clear if such an exception can be introduced by interpretation. On the other hand it is clear that the guarantee of public hearing is provided by the conventions as a right of the parties protecting their interest in a fair trial. Therefore provisions which allow written proceedings if both parties agree and the oral conference is not necessary in the opinion of the court do not violate this guarantee. For this reason the above mentioned § 495a of the German code of civil procedure and the European Regulation on small claims procedure are conform with the European Convention of Human Rights as far as following these provisions an oral hearing is obligatory on request of one of the parties. But Art. 5 paragraph 1 of the European Small Claims Regulation permits that also on party request the oral hearing may be omitted if the court considers that with regard to the circumstances of the case an oral hearing is obviously not necessary for the fair conduct of the proceedings. The reasons for refusal of oral hearing should be given in writing but the refusal may not be contested separately. It seems rather doubtful to me if this provision is in accordance with Art. 6 of the European Convention on Human Rights and Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The authors of the European Regulation paid attention to the problem. In the introduction to the regulation (comment 9) it is

underlined that the regulation seeks to promote fundamental rights and takes into account the principles recognized by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In this context it is explained that the court should respect the right to a fair trial also when deciding on the necessity of an oral hearing. But as the guarantee of oral hearing does not permit to deny the oral hearing in the case of request by one of the parties in my opinion this provision can not be applied.

It is interesting to compare the European Small Claims Regulation with the ALI/Unidroit-Principles because the latter also refers to transnational civil procedure. The principles underline the orality of the main (last) hearing and suggest to give the parties the right to oral presentation to the important issues (principle 19.1 and 19.2)⁷⁵.

X. SETTLEMENT OF THE LAWSUIT IN ORAL OR WRITTEN PROCEEDINGS

One of the most outstanding characteristics of modern attempts to reform civil procedure is the purpose to support all methods to reach a settlement between the parties. The aim is to avoid civil litigation or if this is not feasible at least to bring the process to an end without contested judgment. If an oral conference or a written procedure provide the better way to reach settlement is a question which cannot be answered simplistically. On the contrary it seems to depend on the circumstances of the case and on the phase the lawsuit has already reached whether an oral discussion between the parties and the judge is helpful to get to an agreement or if the hearing only produces delay and costs and the parties can settle the case without hearing saving time and money. Recent reforms of German procedural law deliver an example for the efforts of the legislator to use oral and written procedure as well to encourage the parties in solving their conflict by mutual consent. In 1999 an amendment to the introductory act to the code of civil procedure (EGZPO § 15a) permitted the federal states to enact a law which makes a conciliatory proceeding obligatory before a lawsuit is admitted by the court. Such conciliation statutes may relate to cases within the jurisdiction of the local courts (Amtsgerichte) with an amount in dispute of not more than 750 €, as well to conflicts concerning neighbour law and to claims in defamation. In the meantime most of the federal states made use of this chance and enacted conciliation statutes. The person of the conciliator is different within these statutes. E.g. in Baden-Württemberg lawyers can be appointed as conciliation persons. The attempt to reach an agreement is made by means of an oral conciliation hearing without access for the public. In principle the parties are obliged to appear in person to this hearing. The success of the obligatory conciliation before litigation is rather poor. It is criticized that this conciliation procedure in most cases only leads to unnecessary delay because usually the lawyers have already made attempts to get to an agreement before litigation is recommended.

In 2001 the reformed Civil Procedure Code (ZPO § 278 (2)) introduced the requirement of a formal settlement conference (Güteverhandlung) before the commencement of the oral hearing⁷⁶. Within the settlement conference the judge is required to discuss the legal and factual issues of the case with the parties. The parties are to be summoned in person to the settlement conference. With this new provision the

⁷⁵ "ALI/UNIDROIT-Principles of Transnational Civil Procedure", *ZZPInt* (Zeitschrift für Zivilprozess International) Vol. 11 (2006), 403, 411 (principle 19: orality and written proceedings).

⁷⁶ For details see STEIN/JONAS/LEIPOLD, ZPO, Vol. 4, Tübingen 2008, § 278 mn. 10 ff.

legislator hoped to achieve similar advantages as with the settlement conference in labour law procedure which already exists quite a long time. But the experience with this formal distinction of settlement conference and contentious oral hearing are not very encouraging. As some experts already explained before the reform law was enacted the success within the labour law procedure has to be viewed in connection with the special subject matter of the proceedings. Labour law procedures mostly consist in action against unfair dismissal. In such litigations there is a specific interest of employer and employee to reach an agreement (frequently consisting in a payment by the employer) and to avoid a time-wasting lawsuit. This contrasts with the situation in the civil cases which are more complex and where the interest of the parties to reach settlement already at the beginning of a lawsuit is less obvious.

Whereas with the new provisions just mentioned the legislator made an attempt to use the advantages of oral proceedings to promote settlement other reforms also facilitated the conclusion of settlement without obligatory oral hearing. ZPO § 278 (6), introduced by amendment of 2001, authorizes the judge to send the parties a written settlement proposal. This can be done in every stage of the procedure, at the beginning as well as after the taking of evidence. The parties can accept this proposal in writing. Then the court has to document the content of the settlement by simple court order which is a title for execution. In practice this provision created some difficulties because sometimes the parties do not agree with the proposal of the court in every item. It was not clear if in such case the settlement could be reached with contents different from the text presented by the judge. In the course of another amendment of 2004 it was clarified within the text of ZPO § 278 (6) that the parties themselves also have the right to present a settlement to the court in writing with the same consequences (court order with the contents of the settlement) as described before. But one can see also in this context that it is a typical danger of written procedure to produce one written statement after the other whereas in an oral hearing the clarification of details may be reached immediately.

The attempt to encourage and to facilitate party agreement is a common characteristic of modern civil procedural law all over the world but the methods to reach this aim can be rather different. If there is a preliminary hearing within the preparatory phase of the lawsuit then usually one of the aims of this conference is to try to get to a settlement. In detail the attempts to reach an agreement follow different ways. E.g. in Greek law we find interesting efforts to activate not only the court but also the attorney within the civil procedure. The plaintiff's attorney has to undertake a last attempt at conciliation after the commencement of the action. But as D. Maniotis points out for certain reasons this provision is not very successful in practice.

In the context of this paper in first line the efforts to reach settlement within civil procedure are to be discussed. For a period of some years there is a remarkable international trend to support alternative methods of settling disputes outside of the court. The most recent legislative product with this purpose is the Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. The provisions of this directive apply only to mediation in cross-border disputes. Mediation is understood as process whereby the parties attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an amicable agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. The directive should not apply to processes administered by persons issuing a formal recommendation. The mediation process can also be conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings relating to the matter in dispute. The most important item in the

directive is that the member states are obliged to ensure that the content of the agreement can be made enforceable not only in the Member state where the mediation process took place but also in the other Member states of the EC. The directive does not prescribe details for the mediation process as the use of oral or written procedure. But the mediation has to take place in a manner which respects confidentiality and Member states are obliged to ensure that in principle mediators shall not be compelled to give evidence in civil judicial proceedings regarding information arising out of or in connection with a mediation process.

XII. THE PRINCIPLE OF ORALITY - TRADITIONAL DOGMATIC CHARACTERISTICS AND DECREASING SIGNIFICANCE IN MODERN GERMAN CIVIL PROCEDURE

In the year 1877, a civil procedure code for the new German Empire was enacted for the first time. Usually the original code is cited with the abbreviation CPO to distinguish it from the new text (cited as ZPO) which was published in 1898 with the main purpose to adapt the procedural code to the then new German Civil Code.

When creating the CPO one of the most important subjects of discussion was the fundamental distinction between written or oral procedure. The decision to introduce oral proceedings as the centre of civil procedure must be understood against the background of the former German common civil procedure of the Early Modern Age⁷⁷. This procedure was largely in writing. The result was a very prolonged form of litigation. In contrast to this the French Code de procédure civil which was enacted by Napoleon in 1806 introduced the oral public hearing as the heart of a civil procedure. When during the 19th century new codes of civil procedure were elaborated in various German states there was a remarkable influence of French law. Under these new codes of the German territories the code of the kingdom of Hannover (1850) was a predecessor of the later code of the German Empire. Adolf Leonhardt can be called the father of the Hanoverian procedural code. Later on Leonhardt became minister of Justice in Prussia and a central figure within the reform discussion on the level of the German Empire. For Leonhardt the choice between written or oral procedure was a central principal question when forming the new procedure. A famous remark by Leonhardt on this subject reads as follows:

"The legislator has to decide whether written form or orality of the procedure, and if this than full orality not a procedure which is half written and half oral."⁷⁸

The principle of orality as it was introduced into the German Code (1877) was based on such thinking and shows puristic aspects. In a dogmatic view the principle of orality does not only mean that an oral conference is necessary before any sort of court order or judgment can be rendered, but also that only the statements of the parties within the oral conference are juridically valid. From the beginning the new German

⁷⁷ For details of the historical development in Germany see AHRENS, M., *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung*, Tübingen, 2007; KIP, H-G. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*, Köln - Berlin, 1952.

⁷⁸ German Text: "Der Gesetzgeber muß sich entscheiden, entweder Schriftlichkeit oder Mündlichkeit des Verfahrens, wenn diese, dann volle Mündlichkeit, kein halb schriftliches, halb mündliches Verfahren." Cf AHRENS, M., "Prozessreform", cit., p. 604.

code allowed and (at the district court) even demanded written pleadings but this was only understood as announcement of the future statements within the oral conference. To maintain the orality it was forbidden to abbreviate the oral statements referring to the written pleadings. As a consequence of the accent on oral statements there was no preclusion if allegations had not been announced in written form. If the oral hearing was conducted in various sittings the principle of unity of oral hearing was valid. This meant that new requests, allegation of facts and means of evidence could be presented till the end of the last oral hearing.

All these characteristics have been abandoned in the course of further development of reform legislation. So I am claiming that in German civil procedure today orality of pleadings is no longer a dogmatic principle but a mere question of expedience. For a long time it is allowed to refer to the written pleadings if the court thinks that this is appropriate and the opponent does not contradict (ZPO § 137 (3)). Reference to the written statements is the common practice and only the allegations which are unclear or contested by the opponent are discussed in the court session. In increasing manner the court was given the right to reject allegations and means of evidence which were not pleaded in written form within the timetable fixed by the court. Practically by these rules the written pleading has obtained vital importance. But also the juridical validity must be accepted in an increasing variety of procedural situations. The modern legislator allowed court orders and judgments in more and more phases of the procedure where the obligatory oral conference seemed to be useless. So e.g. within the written preparatory procedure the court renders default judgment if the defendant fails to declare his intention to defend against the claim within two weeks after service of the claim. A judgment by admission is also permitted without previous oral hearing. This was the case within the written preparatory procedure since 1976 and by amendment of 2004 judgment by admission without oral hearing is generally allowed. The tendency to extend the written proceedings can also be seen in ZPO § 128 (4) (from 2004) which allows to hand down all court orders (which are no formal judgments) without previous oral hearings. Another detail which underlines the increasing importance of litigation in writing concerns the duty of the court to raise questions and to give hints to the parties if the case so requires. Traditionally it was clear that the right place to fulfil this duty to give advice on proper procedure was the oral hearing. But since 2001 ZPO § 139 (4) states that the judge has to give the advice as early as possible. Although the significance of this provision is not quite clear (I think that also after this amendment the clarification usually should be done within the oral hearing) there is a remarkable, perhaps already prevailing opinion that the court should express its questions and hints within the written procedure. The advantages of oral hearing - a concentrated discussion with active participation of the judge where questions can be answered immediately by the parties or their lawyers - can be lost in this way.

On the other hand it was one central aim of the 1976 amendment to revitalize the oral hearing in the context of concentration and acceleration of procedure. Until 1976 in many civil cases there was a plurality of oral hearings without significant contents. The reform from 1976 had the intention to concentrate the procedure to only one main hearing which should be carefully prepared by court and parties as well. As mentioned above there are two different preparatory procedures. But in practice the written preparation predominates. Within the main hearing after the adversarial hearing taking of evidence shall follow immediately. Thus the main hearing has the purpose to make it possible to terminate the case by judgment if amicable arrangement is not achievable.

The same reform idea - revival of oral proceedings in order to produce efficient proceedings - can be found in Japan. M. Honma describes that also in Japan the oral proceeding had lost its efficiency. The three different tracks to prepare main oral hearing which were introduced in 1996 have been presented above. It is remarkable that in Japanese practice the preparatory proceedings which emphasize orality are preferred. This is an interesting difference to the development in Germany.

The main hearing resembles the trial in Anglo-American procedure. But there remains a very important difference. In Anglo-American procedure the large majority of lawsuits is settled before trial. As J. Reinhard points out in his national report (in accordance with other informations) in USA only 3 - 5 % of all cases reach the trial. In contrast to this in German civil procedure the majority of the cases is scheduled for a trial/main hearing. This is another reason for being cautious when comparing the preparatory phases in Anglo-American and in Continental proceedings. Observing the law in comparative view can deliver too simple or even wrong impressions if it is done on a very abstract level.

XII. CONCLUDING REMARKS

The principle of orality in civil procedure cannot deliver the framework for a civil lawsuit as a whole. Written elements are indispensable. On the other hand it is quite possible to organize a civil procedure completely in writing. Therefore the question is which specific advantages can be achieved by a combination of written proceedings with oral conference. The answer can be different in the various stages of development of a lawsuit.

At the very beginning of a civil lawsuit there is not much space for oral elements. The complexity of the subject of litigation requires fixation of the requests and of the allegations of facts in writing. Therefore it is quite understandable that complaint and defence reply usually have to be delivered in written form.

The exigency of written pleadings could be criticized as restriction of the access to justice for people who are not used to such forms of communication and argumentation. To avoid such obstacles it makes sense to allow the parties oral declaration before a court clerk at the lower courts. As the court clerk has to write down the complaint or defence this proceeding also leads to written fixation in the necessary way. In many states the real importance of this alternative is not high. One has to take in account that representation by lawyers is very common also at the local courts and under this circumstances the necessity of written pleadings does not produce problems.

Providing forms for claim and defence can be an attempt to grant access to justice. But for the same reason as already mentioned - widespread representation of the parties by lawyers - at least for strictly national lawsuits probably such advantages of forms are limited. Perhaps the use of obligatory forms produces advantages for the case management by the court.

In cross-border litigation the use of forms for claim and defence may be more useful. The big differences of the national rules of civil procedure can make it difficult for a foreign party and its domestic lawyer to fulfil the formal requirements of claim or defence. Therefore the introduction of forms by the European Regulation on small claims proceedings can serve as an interesting model.

Oral filing/raising of claim and defence in the full meaning of the concept is permitted if the parties can immediately go to court sessions and present their conflict to the judge. Such proceedings may be considered as antiquated in modern world. But in

countries were not all regions have reached the same standard of transportation and communication such forms of proceedings can contribute to improve access to justice and to support the efficiency of law.

One of the most interesting latest developments in civil procedure is the tendency to regulate the pre-action phase of a lawsuit as well. This can be found in the pre-action-protocols of English law and - to a lower degree - also in certain rules of Spanish and Japanese law about the exchange of information before initiating a civil procedure. The aim of these rules is ambiguous. One attempt is to make it easier for the parties to reach an agreement and to avoid litigation. The other aim is to deliver better weapons for litigation. In the pre-action phase written proceeding is absolutely dominant.

After commencement of the lawsuit a preparatory phase follows - it seems to be a common characteristic of modern civil procedural law that there is a distinction between preparatory and final phase. With regard to the details the rules of the national procedural codes are rather different. Written elements prevail but some codes (e.g. the Latin-American codes, partly also the German law) make an attempt to use the advantages of oral hearings already at the beginning of a lawsuit. As it seems impossible to decide between the advantages of oral or written proceeding in a general manner at first glance it is a good solution to give the choice to the court following its discretion. But in reality early oral conferences are less frequent than preparatory stages in written form.

Usually the oral proceeding is connected with the principle of public access to the hearing. In the preparatory phase this can lead to problems because when trying to reach an agreement the parties may be interested in confidentiality. Modern Japanese law presents an interesting solution which makes a difference between a preliminary hearing without public presence and the oral conference in a formal sense which has to be held in public.

On the other hand proceedings which are completely in writing also lead to problems as this is necessarily connected with the exclusion of the public. To fulfil the requirements of the European Convention on Human Rights - guarantee of fair public hearing - it seems indispensable to give each party the right to apply for an oral hearing and to oblige the court to follow such a motion. Discretion of the court in this situation - up to a certain degree provided by the European Regulation on small claims procedure - is questionable.

Already in the pre-action phase and even more in the preparatory stage of a civil procedure another general tendency of contemporary procedural legislation can be seen: the intention to support all methods to reach an agreement of the parties. In this context we find a remarkable emphasis on orality. Indeed oral conferences can be very helpful to discuss the contents of a possible settlement. It is often said that it is better to finish a lawsuit by settlement than by judgment. The preparatory stage of a lawsuit especially in the form of extensive discovery can play an important role to convince the adversary that it is better to accept an agreement than to go on litigating until trial and judgment. On the other hand access to justice and effective protection of rights must also include main hearing (trial) and contentious judgment. Sometimes the predominant promotion of conciliation, mediation and so on raises the suspicion that the main aim is not improvement of the access to justice but save public expenses for the judiciary.

As a conclusion: in the present time it is also an important question for every procedural code to which extent written or oral elements prevail in a civil process. But

orality is not an indispensable principle for every lawsuit. On the contrary it is a question of functionality which role oral hearing has to play⁷⁹. This is especially the case in the preparatory stage I had to deal with in this paper. Generally it seems to be a good solution to give the court some freedom of design taking into account the circumstances of the case and the opinion of the parties. Case management by consent between the court and the parties certainly is the best way - whether this can be achieved in every lawsuit remains to be answered.

⁷⁹ See LUEKE, W., *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*, 9. ed., München, 2006, § 2 III, p. 25. The general advantages of orality are underlined by ROSENBERG, L./SCHWAB, K.H./GOTTWALD, P., *Zivilprozessrecht*, 16. ed., München, 2004, § 79 mn. 7 f.; STEIN/JONAS/LEIPOLD, D., *ZPO*, Vol. 3, 22. ed., Tübingen, 2005, § 128 mn. 1 ff.

ELEMENTOS ORALES Y ESCRITOS
EN LA FASE INTRODUCTORIA DEL PROCESO CIVIL*
(VERSIÓN ABREVIADA)

PROF. DR. DR.H.C. DIETER LEIPOLD

Profesor emérito. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. (Alemania)

I. EL TEMA DE ESTE INFORME

El tema nuclear de este coloquio internacional es “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”. Desde mi punto de vista, el contenido de mi artículo forma parte del tema general. Por tanto, en el análisis de la primera fase de un juicio civil que presentaré en estas líneas, una de las cuestiones principales será si las distintas actuaciones de los litigantes en el proceso deben presentarse por escrito o de forma oral. Al mismo tiempo, intentaré comparar las distintas estructuras de la fase introductoria en varios sistemas de justicia civil.

Por suerte, tuve la oportunidad de solicitar a algunos colegas procedentes de países de todo el mundo que elaborasen un breve informe nacional sobre el tema de mi conferencia. Estoy muy agradecido a esos autores, que nos han proporcionado trabajos sobre el proceso civil en China, Inglaterra, Grecia, Japón, Corea, América Latina, España y los Estados Unidos.

Dado que estos informes, de sumo interés, también se publican como parte de los materiales del congreso, no resulta necesario repetir los grandes trazos de sus contenidos en este artículo. Por ello, mencionaré sólo algunos puntos clave de los textos sin evaluar todo su contenido.

II. PROCEDIMIENTOS PREVIOS AL JUICIO

Antes del comienzo de un proceso civil, esto es, antes de que se presente una demanda en el tribunal, no ha lugar para que se apliquen las normas procesales civiles: hasta hace unos años esta afirmación hubiese sido cierta más allá de toda duda. Con todo, uno de los avances más interesantes y a la vez sorprendentes de los últimos años ha sido ampliar la cobertura de las normas procesales a una fase previa al inicio mismo del proceso, esto es, a la fase en la que se sopesa un juicio futuro y cómo prepararlo. El mejor ejemplo de este desarrollo son los protocolos previos al juicio de las normas procesales modernas del Derecho inglés.

1. Los protocolos previos al juicio en el Derecho inglés

El primer objetivo de estas instrucciones prácticas es mejorar la comunicación entre los litigantes. Las normas relevantes pretenden ofrecer a tiempo información completa sobre los hechos y circunstancias pertinentes para un posible juicio. De este modo, se supone que las partes podrán evitar el litigio al llegar a algún acuerdo antes del comienzo del proceso. También los litigantes deberían considerar si pudiera convenirles más alguna solución extrajudicial de conflictos (como pudiera ser la intervención de un tercero independiente o de un árbitro). La idea es que el litigio se convierta en el último recurso. Y cuando no pueda evitarse, el objetivo de los protocolos previos al juicio sería

* Traducido del inglés al español por Esther Monzó (Universitat Jaume I, España).

fomentar una gestión eficiente del proceso. Si el intercambio de información previo al juicio funciona, los litigantes podrán presentar el material completo al inicio del pleito.

El tribunal no se implica en el proceso preparatorio. Con todo, si se llega a juicio, éste deberá comprobar que las partes han cumplido sustancialmente con los pactos del protocolo. Las normas de procedimiento civil permiten que el tribunal tenga en cuenta el cumplimiento o no del protocolo correspondiente al dar instrucciones para el seguimiento del proceso y al resolver sobre las costas.

Por supuesto, estas disposiciones no mejoran el acceso a la justicia: su propósito es, como se ha comentado, evitar los litigios. En la mayoría de los casos, los litigantes necesitarán consejo profesional para cumplir con las obligaciones previas al juicio. En el protocolo para causas por descuido de la vivienda, puede leerse que los autores del protocolo intentaron redactarlo en un inglés sencillo y procuraron mantener la simplicidad también en los contenidos con el fin de que resultase un texto accesible y fácil de aplicar para toda persona, incluyendo a quienes se representasen a sí mismos. Sin embargo, si leemos los protocolos (también el referido a causas por descuido de viviendas), podríamos cuestionar que la decisión sea realista.

La mayoría de los protocolos no se refieren a elementos orales en la fase previa al juicio. No obstante lo dicho, llama la atención que el protocolo para disputas sobre construcción e ingeniería prescribe (de un modo muy detallado) una reunión previa al juicio que deberá celebrarse en un plazo de 28 días después de que el demandante reciba la respuesta del demandado. Se pretende con ello sacar provecho de las ventajas de la discusión oral para identificar la raíz del desacuerdo en lo que se refiere a cada asunto, de modo que pueda considerarse si éstos pueden resolverse sin recurrir al tribunal; y, en caso de que pueda evitarse el juicio, llegar a un acuerdo sobre cómo tratar las pruebas periciales y sobre el alcance de la práctica de las pruebas documentales, e intentar planificar un proceso que minimice costes y retrasos. No sabría decir por qué el resto de protocolos no prescribe tal reunión, puesto que las ventajas de la discusión verbal podrían ser útiles también en otros casos.

En resumen, los movimientos de la práctica inglesa en el sentido de indicar actuaciones previas al juicio anticipan las funciones principales del proceso judicial en su fase inicial, que consiste (como veremos más adelante), en el esclarecimiento y finalización de los alegatos, en un intento por contemplar todas las formas de acuerdo y, si eso no funciona, en la recopilación de pruebas para la vista principal. Si la forma inglesa funciona verdaderamente, podría ahorrar en el dinero público que se destina tribunales y litigios, aunque el incremento en los gastos en los que incurrieran las partes y las restricciones en lo que se refiere a la tutela judicial podrían ser un alto precio a pagar.

2. Solicitud de parte para el inicio de investigaciones previas a la demanda en el Derecho japonés

En 1996 el código procesal civil japonés introdujo un procedimiento para recopilar información y pruebas tras el inicio del proceso. Con todo, tal como explica Manabu Honma en su informe, se demostró que estas disposiciones no eran suficientes para reducir el tiempo medio de resolución de causas. En el año 2003, se añadió, mediante una modificación del código, una solicitud de parte para el inicio de investigaciones previas a la demanda (un proceso de recopilación de pruebas basado en una notificación previa a la demanda). El futuro demandante puede solicitar información al supuesto demandado. Para dar inicio a este procedimiento, el primero debe notificarlo por escrito al segundo. Después de eso, el demandado goza del mismo

derecho para solicitar información de parte del demandante. Así pues, a instancia de uno de los litigantes, el tribunal puede resolver que se recopile información antes de la demanda. Esta diferencia con los protocolos previos al juicio del Derecho inglés, en los que no interviene el tribunal, resulta destacada. Las disposiciones respecto a la información previa al juicio y a la recopilación de pruebas no contienen sanciones específicas para su incumplimiento. Con todo, es probable que, cuando menos, el incumplimiento de una orden judicial tenga consecuencias negativas dentro del proceso, como puede ser la preclusión de propuesta de pruebas o la importancia relativa en la evaluación de las pruebas. Sería interesante saber cómo están funcionando en la práctica estas normas relativamente recientes. Aquí, el propósito de evitar el litigio no parece tan central como en el Derecho inglés, y también resulta menos evidente el peligro de deteriorar la tutela judicial.

3. Las diligencias preliminares en el Derecho español

Las diligencias preliminares, esto es, las actuaciones y funciones preparatorias del Derecho procesal civil español, tienen como objetivo ayudar a la parte que pretende iniciar el proceso para obtener información sobre los hechos y medios de prueba relevantes. Resulta interesante que el Derecho español proporciona esta medida no de forma general sino sólo para algunas áreas específicas en las que el futuro demandante suele carecer de información. Estas áreas son la protección del interés colectivo de los consumidores y la protección de la propiedad intelectual. El tribunal puede emitir una orden para que se presente información o documentos, y estas órdenes son ejecutables.

III. DEMANDA

1. Demanda por escrito

Por lo general, la demanda debe presentarse por escrito. El contenido obligatorio de este documento incluye un pedimento concreto y la base jurídica de la demanda.

En el Derecho procesal estadounidense, resulta fundamental que el acceso a la justicia sea sencillo, por lo que las exigencias respecto a este escrito son bastante leves. En la *demanda simplificada*, uno de los tipos del Derecho estadounidense, al demandante le basta con presentar un escrito somero en el que describa el contenido y la base de la demanda, pero puede dejar los detalles para la fase siguiente de alegaciones y peticiones. En comparación con éste, los derechos, pongamos por caso, alemán, español (con requisitos distintos para la demanda ordinaria o la demanda sucinta), latinoamericano (el Código Modelo así como los códigos nacionales) y japonés son ejemplos de demandas no simplificadas que requieren del demandante una alegación detallada de hechos y la presentación de medios de prueba ya en este primer escrito. El Derecho griego también exige una relación clara de los hechos que motivan la acción.

2. Impresos de demanda

En ocasiones, las normas procesales no sólo exigen una demanda por escrito sino que establecen la obligatoriedad de emplear determinados impresos. Un ejemplo de esta creación tan interesante es el Derecho inglés. El impreso de demanda prevenido evita que los litigantes olviden las partes necesarias del escrito. Se proporciona un espacio para la pormenorización de la demanda (en el formulario de demanda ordinaria) o para el motivo de la demanda (en el proceso simplificado). Este impreso puede ser útil especialmente para litigantes que carezcan de experiencia en los trámites y que no quieran contratar a un letrado para llevar el juicio. Con todo, y puesto que los impresos ingleses de demanda no solicitan detalles, la medida parece bastante limitada.

Un ejemplo muy interesante del uso prescriptivo de impresos de demanda es el nuevo proceso europeo para demandas de escasa cuantía. Con el fin de facilitarle al demandante que dé principio al proceso, éste debe presentar el impreso normalizado que se incluye como anexo I de la normativa europea. El impreso de demanda estará disponible en todos los juzgados y tribunales en los que pueda principiarse este proceso. En el escrito se incluyen exposiciones detalladas que, entre otras cuestiones, se refieren a los motivos de la demanda y a las pruebas que el demandante pretende proponer como apoyo a su acción. Dado que este proceso europeo es en principio escrito, parece que el impreso tiene por objeto ayudar al demandante así como permitirle que presente la demanda sin asesoramiento legal. Tal como establece el artículo 10, la representación ejercitada por un abogado u otro profesional jurídico no debe ser obligatoria.

3. Formas orales de demanda

Muchos derechos procesales contemplan formas orales de demanda junto a la demanda por escrito. El propósito es facilitar que personas con menor experiencia o educación puedan principiar un juicio sin la ayuda de un abogado. Por ello, la demanda oral suele ser admitida en los tribunales para demandas de escasa cuantía, como en el *Amtsgericht* de Alemania (§ 496, ZPO). El demandante puede dirigirse a las oficinas del tribunal para que un empelado del mismo tome nota de sus declaraciones y peticiones para convertirlas en una demanda escrita. En Grecia, unas normas similares permiten que la demanda se principie como un proceso oral a través del secretario del juez de paz. El Derecho coreano (véase el informe de Juny Ho Oh) permite lo mismo siempre que la cuantía de la demanda no exceda de los 12.000€. La demanda oral también está prevista en el Derecho chino si el demandante tiene dificultades para comenzar el proceso por escrito.

Otra forma de demanda oral es la que permite que la parte comparezca directamente ante el tribunal. Desde el punto de vista de la Europa central, este método y el proceso resultante (siempre que comparezca también el demandado) podrían parecer arcaicos y, por poner un ejemplo, el Derecho alemán abandonó esta posibilidad en el año 1976, puesto que en la práctica se había reducido su importancia. Con todo, no deberíamos ignorar que en muchos países de todo el mundo existen diferencias abismales en el desarrollo de las grandes ciudades, por un lado, y de las regiones rurales, por otro. De este modo, resulta comprensible que en el Derecho chino la demanda oral, tal como se ha descrito, ejerza un papel importante. Por otro lado, para asegurar el acceso a la justicia y para fomentar que las personas acudan a los tribunales en sus litigios, éstos deben celebrar audiencias fuera de su sede, lo cual supondría una contribución importante para conseguir una eficiencia completa del derecho.

IV. TRASLADO AL DEMANDADO; EXAMEN DE LA DEMANDA

Después de que el escrito de demanda llegue al tribunal, éste debe dar traslado del mismo a la parte demandada. En el presente artículo no se tratará el procedimiento de notificación. El hecho de que la litispendencia (*lis pendens*, *Rechtshängigkeit*) se produzca en el momento del traslado al demandado o desde el momento en que el escrito llega al tribunal es una cuestión que se resuelve de modo distinto según cuál sea el sistema procesal nacional. Este problema (de gran importancia en especial en litigios transnacionales) queda asimismo fuera de los objetivos de este trabajo.

Sin embargo, desde el punto de vista de los elementos escritos u orales del proceso, resulta interesante dilucidar si el tribunal debe examinar algunos requisitos de la demanda ya en la fase previa al traslado. La respuesta que se da en los códigos nacionales varía. En Alemania, el tribunal sólo debe examinar si la parte o un

representante legal (si procede) ha firmado la demanda y si el asunto queda fuera de la jurisdicción de los tribunales alemanes. Cualquier otra cuestión, incluyendo los requisitos procesales, debe discutirse una vez haya principiado el proceso, con posterioridad al traslado. En Corea, el juez ponente debe comprobar si se satisfacen los requisitos esenciales de la demanda. En China, encontramos un sistema en el que los procesos deben ser admitidos tras su examen, y en el que el traslado se dará únicamente si la evaluación resulta positiva.

V. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1. Escrito de contestación a la demanda

Lo usual es que las disposiciones sobre la forma y el fondo de la respuesta del demandado, esto es, de la contestación sean las mismas que para la demanda. Esta contestación debe presentarse en el tribunal mediante un escrito que debe contener los pedimentos del demandado y los fundamentos en los que pretende basarse. La alegación de hechos y los medios de prueba deben presentarse en el escrito de modo paralelo a la demanda. En el Derecho español, encontramos la exigencia de que la contestación se realice por escrito con los contenidos que acabamos de mencionar cuando se trata del proceso ordinario, mientras que en el juicio verbal la contestación se presenta en el acto de la vista.

2. Impresos de contestación

En el Derecho inglés y en el proceso europeo para demandas de escasa cuantía, existen impresos no sólo para la demanda sino también para la contestación. Con todo, el demandado no está obligado a emplearlos.

VI. TIPOS DE ACCIONES; ASIGNACIÓN DE VÍA PROCESAL

Una de las cuestiones fundamentales más importantes del Derecho procesal civil es si debería existir un solo proceso para todo tipo de juicios o si deben proveerse algunas alternativas. Con frecuencia encontramos procesos especiales para demandas de escasa cuantía, en los que la vía procesal suele combinarse con la jurisdicción de los tribunales. En Alemania, existen disposiciones especiales sobre el proceso en los juzgados locales (*Amtsgerichte*). Con todo, el número e importancia de estas disposiciones, que son distintas de las que se aplican a los tribunales de distrito (*Landgerichte*), se ha ido reduciendo sin cesar en los ciento treinta años que han transcurrido desde la redacción del Reglamento procesal civil.

En este contexto, el código español resulta de especial interés. Existen dos tipos de acciones o procesos: el juicio *ordinario* y el juicio *verbal*. La clasificación depende del asunto del juicio, tal como se prescribe en la ley, y si no son de aplicación estas disposiciones especiales, de la cuantía de la demanda: el juicio verbal para litigios de hasta 3.000€ y el juicio ordinario para sumas mayores. El primero da mayor relevancia a los elementos orales y su punto esencial consiste en el *acto de la vista*, como primera audiencia (normalmente) que se desarrolla de modo oral y que comprende la práctica de las pruebas y la alegación de la base jurídica.

Resulta asimismo de interés que sea tan dispar la opinión sobre el uso de un proceso verbal o escrito para demandas de cuantías pequeñas o, como mínimo, no muy elevadas. Mientras que en el Derecho alemán se prefieren en la práctica los juicios por escrito (si lo ordena el juez), el Derecho español actúa en sentido opuesto y subraya las ventajas de la vista oral para demandas de escasa cuantía.

En qué causas se aplica una u otra forma de proceso suele ser una cuestión estipulada en la legislación de un modo abstracto y general. En Inglaterra encontramos otro sistema bastante nuevo e interesante. Hasta donde llegan mis conocimientos, la iniciativa debe atribuirse a Lord Woolf, el gran reformista del Derecho procesal inglés, quien pretendía ofrecer diversas vías procesales. Tales vías son la de demandas de escasa cuantía, la vía múltiple y la vía sucinta. Al presentar el impreso de demanda, la causa se asigna a un asesor del tribunal como juez procesal. Este juez debe decidir a qué vía corresponde y, con el fin de recabar los datos relevantes, se envían los cuestionarios pertinentes a las partes. Las vías muestran diferencias significativas en el uso de la audiencia oral. En la vía de escasa cuantía y la vía sucinta, el juicio, por lo general, se sustanciará en la primera vista oral, mientras que en la vía múltiple lo habitual es que se den distintas vistas preparatorias.

VII. LA FASE PREPARATORIA

1. La distinción entre la fase preparatoria y la fase plenaria

Parece que un rasgo común del proceso civil moderno es que el juicio presente dos fases esenciales: una fase preparatoria y otra principal o plenaria que incluye el argumento jurídico central o el juicio. Con frecuencia, la fase preparatoria es un proceso escrito, pero también existen disposiciones que subrayan las ventajas de las vistas orales ya en este momento del proceso. Asimismo, el grado de distinción entre las dos fases es bastante diverso. Dentro de la preparatoria, la demanda puede desestimarse en caso de incomparecencia o podría haber allanamiento sin que mediase vista oral. En el Derecho alemán, el tribunal puede resolver la preparación de la causa en una primera vista oral, pero tal vista presenta los mismos parámetros que un juicio. Debe prepararla el tribunal y las pruebas pueden practicarse ya en ella. A partir de esta vista, el tribunal puede pronunciar una sentencia sin necesidad de ninguna otra.

En claro contraste con lo mencionado, en el Derecho inglés y en el norteamericano la diferencia entre el proceso previo al juicio y el juicio resulta fundamental. Pese a que en la fase preparatoria se dan vistas orales o audiencias (con distintos propósitos), su relevancia jurídica es, *sensu stricto*, diferente a la del juicio.

Por otro lado, cabe plantearse si no resulta demasiado superficial hablar de dos fases en el proceso civil al tratar el Derecho procesal norteamericano. La razón es que, como leemos en el informe nacional, se da una diferenciación clara entre la fase de alegaciones y peticiones que sigue a la presentación de la demanda y el traslado de la misma al demandado, y la fase de práctica de pruebas que sólo se da si el demandado no ha obtenido la desestimación de la demanda. Los Principios del Proceso Civil Transnacional (*Principles of Transnational Civil Procedure*) distinguen también tres fases: los escritos de alegaciones, una fase intermedia y la parte final del proceso.

2. Preponderancia del tribunal o de los litigantes

La variedad en los modelos para el proceso preparatorio continúa observándose al echar un vistazo al papel que desempeña el tribunal y los litigantes en esta fase. En los sistemas continentales, la gestión del proceso se encuentra en manos del tribunal desde el principio. Tal es el caso en el Derecho alemán, donde el mismo juez preside las fases preparatoria y plenaria del juicio. También en el Derecho japonés (que en origen se encontraba bajo la influencia predominante del Derecho alemán pero que en la actualidad presenta sus propios rasgos, en especial en la fase preparatoria), el juez es el actor que domina la escena desde el inicio del proceso. En el otro extremo del espectro, encontramos el Derecho estadounidense en la conocida y debatida fase de práctica de

las pruebas en la que las partes ostentan el control. Es en ellas en quienes recae el deber de recopilar los hechos y los medios de prueba, aunque el juez sigue desempeñando un papel importante, en especial si tenemos en cuenta que los litigantes pueden presentar peticiones para limitar el acceso de la parte contraria a determinadas pruebas o para tener acceso a documentación que la otra parte se niega a proporcionar. También en el Derecho inglés, las partes son los actores primarios del proceso de práctica de las pruebas, pero, desde las reformas esenciales de finales de siglo pasado, el papel del juez se ha reforzado significativamente con la creación del *juez director* (y la fase de práctica de las pruebas ha pasado de denominarse *discovery*, ‘descubrimiento’, a llamarse *disclosure*, ‘apertura’). En ciertos aspectos, el modelo inglés puede considerarse un compromiso entre el tipo continental de proceso preparatorio y el sistema tradicional de práctica pura.

VIII. LAS AUDIENCIAS SOBRE DIRECCIÓN DE LAS CAUSAS; LA PROGRAMACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Desde el punto de vista del Derecho alemán, las audiencias especiales o vistas cuyo único objetivo es discutir el desarrollo futuro del proceso, esto es, la dirección de la causa, resultan bastante sorprendentes. En el proceso civil alemán, el juez es el director desde el principio del juicio y debe dar forma al proceso de acuerdo con las normas procesales, aunque también, en varias cuestiones, siguiendo su propia discreción. Como ya se ha señalado, la primera vista oral ante el tribunal tampoco se limita a su contenido y significación, sino que puede proporcionar la base de un contencioso. En conclusión, parece innecesario celebrar una reunión con el único propósito de ordenar la dirección de la causa. Tal medida, en cambio, podría comportar retrasos en el proceso.

Es probable que la institución de audiencias para la dirección de la causa tenga su origen en los sistemas procesales que tradicionalmente dejaban en manos de los litigantes la recopilación y esclarecimiento de los hechos y de los medios de prueba. Quizá en estos sistemas, las audiencias para la dirección de la causa suponen una especie de compromiso para conservar cierto protagonismo de las partes y para promover convenios entre ellas y el tribunal. Otra razón podría ser que las normas que regulan la práctica de las pruebas en el Derecho norteamericano y, parcialmente, también en el Derecho inglés proporcionan a los litigantes amplias facultades para solicitar información, tener acceso a los documentos, etc. Con audiencias de dirección de la causa, puede resultar más fácil evitar un uso excesivo e innecesario de pruebas a través del acuerdo entre las partes. De este modo, encontramos audiencias de este tipo no sólo en los procesos norteamericanos sino también en el proceso reformado del Derecho inglés. Las audiencias previas al juicio en el Derecho norteamericano se describen en el informe nacional como un método importante para que el juez pueda mantener la gestión del proceso y pueda programarlo con el fin de agilizar su resolución. Un detalle de gran interés en la normativa norteamericana es que los litigantes deben acordar primero una reunión extrajudicial y, después de ella, deben presentar al tribunal un informe en el que se esquematice el desarrollo de la práctica de las pruebas.

En el año 2003, una modificación del código procesal civil japonés introdujo una programación para las actuaciones que debe fijar el tribunal después de una audiencia con las partes. En esta programación, debe incluirse un período para la dirección de la práctica de las pruebas y para el interrogatorio de los testigos, así como indicarse en qué fecha se espera que termine el juicio y se dicte la sentencia.

En su informe nacional sobre el Derecho japonés, M. Honma explica que lo que se pretende con la programación de las actuaciones es que se solucionen los problemas de causas complejas tales como la negligencia médica. Pese a que no se manifiesta expresamente en el informe, la práctica de la prueba pericial puede constituir una parte importante de esa programación procesal. En Japón, el tribunal nombra a los peritos del mismo modo que ocurre en el Derecho alemán, y su selección en la práctica parece plantear problemas. La programación de las actuaciones de acuerdo con las partes puede ayudar a encontrar una solución adecuada. Además, con ello, los tribunales japoneses pueden desestimar alegaciones y pruebas que se propongan con posterioridad al plazo fijado previamente.

IX. ACTUACIONES POR ESCRITO; LA INFLUENCIA DE LOS LITIGANTES Y EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

En este contexto, las actuaciones por escrito implican la ausencia absoluta de vistas orales. Pero el que los litigantes puedan discutir la causa de modo oral e inmediato, en presencia del juez y con la participación activa de éste (en el Derecho moderno), tiene muchas ventajas. Con todo, también hay causas o situaciones procesales en las que una audiencia oral parecería innecesaria o desproporcionada, por lo que muchos sistemas nacionales permiten las actuaciones por escrito en determinadas circunstancias.

Una solución posible consiste en la omisión de la vista oral si ambas partes están de acuerdo. En el Derecho procesal civil alemán, el tribunal puede dictar sentencia sin que medie una vista oral siempre que los litigantes lo consientan expresamente. El tribunal puede solicitar este acuerdo si lo estima favorable.

La vista oral tiene, obviamente, unos costes asociados, puesto que obliga a las partes o a sus letrados a comparecer en el tribunal. Si el valor de la demanda es escaso, puede resultar preferible evitar las costas y limitar el pleito a las actuaciones escritas. En el proceso civil alemán, no existen disposiciones generales sobre el hecho de que las demandas de escasa cuantía deban consistir en procesos escritos. Con todo, el juez local posee discreción para ordenar un proceso escrito si la cuantía no supera los 600€ (§ 495 *a* del Reglamento procesal civil, ZPO). Aun después de que el tribunal haya ordenado las actuaciones por escrito, debe celebrarse una audiencia oral si una de las partes lo solicita.

Es bien cierta la observación de que la representación de una parte en la vista oral puede resultar demasiado costosa si el tribunal se encuentra a gran distancia del domicilio de la parte, y precisamente ésta es la causa por la que el proceso europeo para demandas de escasa cuantía se ha formulado como un proceso escrito (artículo 5, párrafo 1). Tal decisión resulta consecuente, puesto que el proceso debería simplificar y acelerar los litigios en pleitos transfronterizos, así como reducir los costes. Las actuaciones escritas son nucleares en esta normativa europea. Con todo, una vista oral debería celebrarse cuando el tribunal la estime necesaria o si la solicita alguna de las partes.

Si el proceso civil se lleva a cabo sin vista o juicio oral, se abandona el principio de oralidad, pero también el principio de acceso público. Resulta más o menos imposible admitir el acceso público al expediente de una causa. Es muy difícil permitir a todo el mundo el examen del expediente y, aunque pudiese hacerse, se faltaría igualmente al propósito de la presencia del público, puesto que en los escritos no se manifiestan las interacciones de juez y partes ni los resultados de las pruebas de un modo completo y transparente. El principio de acceso público pretende facilitar el

control público del proceso y de las sentencias, de modo que se garantiza la independencia y neutralidad del juez. El principio de acceso público puede entrar en conflicto con el derecho a la protección de los datos. Por tanto, en casos de derecho de familia (incluyendo los casos de divorcio), la vista oral no suele ser pública. También en otros casos, el tribunal tiene derecho a trabajar a puerta cerrada si la preservación del secreto procesal lo requiere. Por otro lado, todavía tenemos abierto el debate sobre la importancia de la presencia de público en las causas civiles. No puedo tratar aquí los detalles, pero, en mi opinión, el principio de presencia del público tiene una importancia fundamental no sólo en las causas penales sino también en las civiles. El acceso del público permite que todos observen el funcionamiento del Derecho y la eficacia de la tutela judicial también en el campo del Derecho privado. Tampoco deberíamos olvidar que existen países (también en Europa) en los que la imparcialidad de los jueces en los pleitos no resulta evidente, y las prácticas corruptas generan serios problemas.

El conflicto entre el proceso escrito y el principio de presencia del público dentro de los derechos nacionales resulta especialmente manifiesto si la constitución contiene garantías relativas a la audiencia pública de los tribunales. En esta situación se encuentra Japón, como ya se ha mencionado. En cambio, la constitución alemana no garantiza el principio de acceso público mediante una norma explícita aunque, hasta cierto punto, el principio de garantías procesales (*Rechtsstaatsprinzip*) comprende también el de publicidad de las sesiones judiciales. En el artículo 6, párrafo 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sí que encontramos una garantía explícita de la presencia del público, así como en el artículo 47, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A la luz de estas garantías fundamentales, todas las disposiciones procesales que excluyen la oralidad plantean dudas. Los dos artículos mencionados anteriormente no contienen excepciones para pleitos por escasa cuantía y no resulta claro si tal excepción podría introducirse en su interpretación. Por otro lado, queda patente que los convenios garantizan la audiencia pública como derecho de las partes que protegen sus intereses en un juicio justo. Por tanto, las disposiciones que permiten actuaciones escritas en el caso de que ambas partes lo acuerden y de que no sea necesaria la audiencia oral en opinión del tribunal no violan esta garantía. Por ello, el mencionado § 495 a del código procesal civil alemán y el proceso europeo para demandas de escasa cuantía son conformes al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en tanto que de acuerdo con sus disposiciones la vista oral es obligatoria a petición de una de las partes. Sin embargo, el artículo 5, párrafo 1, del Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía permite asimismo que a petición de parte la vista oral pueda omitirse si el tribunal estima que, atendiendo a las circunstancias de la causa, una vista de estas características resulta evidentemente innecesaria para la sustanciación justa de la misma. Las razones para rechazar la vista oral deberían alegarse por escrito, pero tal desestimación no puede impugnarse por separado. Tengo bastantes dudas acerca de si estas disposiciones están de acuerdo con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

X. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL MODERNO

El principio de oralidad, tal como fue introducido en el código alemán (1877), se basaba en estas ideas y muestra aspectos puristas. Desde una perspectiva doctrinal, el principio de oralidad no sólo hace referencia al hecho de que se requiera una audiencia oral antes de que pueda pronunciarse todo tipo de resolución judicial o sentencia, sino

que remite al hecho de que las alegaciones de las partes en la audiencia oral son jurídicamente válidas. Desde sus inicios, el nuevo código alemán permitió e incluso exigió (en los tribunales de distrito) que las alegaciones fuesen por escrito, pero se entendían sólo como anuncio de las alegaciones futuras en la fase de audiencia. Con el fin de mantener la oralidad, se prohibió abreviar las alegaciones verbales con referencias a las escritas. Como consecuencia del énfasis en la oralidad de las mismas, no se consideraba la preclusión de las alegaciones aunque éstas no se contuvieran en el escrito inicial. Si la vista oral se celebraba a lo largo de varias sesiones, el principio de unidad de la vista oral seguía siendo válido, lo cual significaba que podían presentarse nuevas peticiones, alegaciones de hechos y medios de prueba hasta el final de la última vista.

Todas estas características se han abandonado con las nuevas orientaciones que han imprimido las reformas en la legislación. Por ello, arguyo que en el proceso civil alemán de hoy la oralidad de las alegaciones ya no constituye un principio doctrinal, sino una mera cuestión de conveniencia.

Por otro lado, uno de los propósitos centrales de la modificación de 1976 fue revitalizar la vista oral en el contexto de una concentración y aceleración del proceso. Hasta 1976, en muchas causas civiles, las vistas sin contenidos relevantes proliferaban. La reforma que se inició en 1976 tenía como pretensión reducir el proceso a una sola vista principal, que tanto el tribunal como las partes debían preparar cuidadosamente. Como ya se ha mencionado, existen dos procesos preparatorios diferentes, pero en la práctica predomina el escrito. En la vista principal, después de la vista contradictoria, debería seguir de inmediato la práctica de las pruebas. De este modo, la vista principal tiene el propósito de permitir que el pleito termine con una sentencia si no se llega a un convenio amistoso.

En Japón puede encontrarse la misma idea reformista (la revitalización de las actuaciones orales para asegurar la eficacia del proceso). También en este país, el proceso oral había perdido su eficacia. Ya se han presentado en este trabajo las tres vías distintas para preparar la vista oral principal, introducidas en 1996. Resulta destacado el hecho de que en la práctica japonesa se prefieren los preparatorios que ponen el acento en la oralidad, lo cual supone una diferencia interesante respecto al desarrollo legislativo alemán.

La vista principal se asemeja al juicio del proceso angloamericano, aunque existe una diferencia importante: en el proceso angloamericano, la vasta mayoría de pleitos se solucionan antes del juicio. En los EEUU sólo entre el 3% y el 5% de las demandas llegan al juicio. Contrasta con esta práctica la alemana, en la que la mayoría de las demandas llegan a juicio o la vista principal. Ésta es otra de las razones por las que debemos ser cautos al comparar las fases preparatorias en los procesos angloamericanos y continentales. Al observar el Derecho desde un punto de vista comparado, podemos hacernos imágenes demasiado simples o incluso equivocadas si no descendemos de un nivel de gran abstracción.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

El principio de oralidad en el proceso civil no puede ofrecernos el marco de una causa civil en su conjunto, puesto que existen elementos escritos indispensables. Por el contrario, es posible organizar un proceso civil sin abandonar lo escrito, por lo que la cuestión es qué ventajas concretas puede ofrecernos el combinar las actuaciones escritas con las audiencias orales. La respuesta puede ser muy distinta en cada una de las fases del pleito.

En el primer momento del pleito, los elementos orales no tienen un espacio claro. La complejidad del litigio nos exige fijar por escrito las peticiones y alegaciones de hechos. Por lo tanto, resulta comprensible que el escrito de demanda y la contestación suelen requerirse por escrito.

Facilitar impresos para la demanda y la contestación puede verse como un intento por garantizar el acceso a la justicia, pero por las mismas razones argüidas (el hecho de que las partes suelen estar representadas por letrados), las ventajas de los impresos son posiblemente limitadas, cuando menos para los pleitos estrictamente nacionales. Quizá el uso de impresos obligatorios tiene ventajas para la dirección que el tribunal ejerce sobre la causa.

En la litigación transfronteriza, el empleo de impresos de demanda y contestación puede resultar de mayor utilidad. Las grandes diferencias entre las normas nacionales para el proceso civil pueden dificultar que un litigante no nacional y su representante nacional cumplan con los requisitos formales de la demanda o la contestación. Por tanto, la introducción de impresos por parte del Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía puede servir como modelo de interés.

Una de las iniciativas más recientes e interesantes en el campo del proceso civil es la tendencia a regular también la fase previa al juicio. Podemos encontrar un ejemplo de ello en los protocolos previos al juicio del Derecho inglés y, en menor medida, también en algunas normas de los derechos español y japonés en lo que se refiere al intercambio de información con anterioridad al inicio del proceso. El objetivo de estas normas resulta ambiguo. Se pretende, por un lado, facilitar que las partes puedan llegar a un acuerdo y eviten el litigio. Por otro lado, se busca ofrecer mejores armas para el caso de que el juicio se celebre. En la fase anterior al juicio, predominan sin duda las diligencias escritas.

Tras principiar el pleito, se produce una fase preparatoria (la distinción entre una fase preparatoria y otra final parece ser una característica común del Derecho procesal civil moderno). En lo que respecta a los detalles, la normativa recogida en los códigos procesales nacionales difiere bastante. Los elementos escritos prevalecen, pero algunos códigos (por ejemplo, los códigos latinoamericanos, y también en parte el Derecho alemán) intentan utilizar las ventajas de las vistas orales ya en los primeros momentos del pleito. Como parece imposible decidir entre las ventajas de los procesos orales y de los escritos de un modo general, a primera vista la solución de confiar en la discreción del tribunal y dejar que sea éste el que decida parece buena. No obstante, en la realidad, las audiencias orales en estos momentos iniciales son menos frecuentes que las actuaciones escritas.

Ya en la fase previa al juicio e incluso con mayor énfasis en la fase preparatoria del proceso civil, encontramos otra tendencia generalizada de la legislación procesal contemporánea: la intención de incluir todos los mecanismos para que las partes puedan llegar a un acuerdo. En este contexto es en el que encontramos un énfasis destacado en la oralidad. Efectivamente, las audiencias orales pueden ser muy útiles para discutir el fondo de un posible convenio. Con frecuencia, se arguye que es mejor terminar un pleito con un acuerdo que con una sentencia. La fase preparatoria de un pleito, en especial si la propuesta de pruebas es amplia, puede desempeñar un papel importante para convencer al adversario de que es mejor aceptar un acuerdo que seguir con el litigio hasta llegar al juicio y a la sentencia. Por otro lado, el acceso a la justicia y la tutela efectiva de derechos también deben contemplar una vista principal (juicio) y una sentencia contenciosa. En ocasiones, la promoción predominante de la conciliación, la

mediación, etc., plantea la sospecha de si el objetivo primero es realmente mejorar el acceso a la justicia o ahorrar en gasto público.

Como conclusión, en el momento presente, la cuestión de hasta qué punto prevalecen los elementos escritos u orales en un proceso civil resulta relevante para todos los códigos procesales. Con todo, la oralidad no es un principio indispensable en todos los pleitos. La cuestión central al sopesar el peso que deben tener las vistas orales es la funcionalidad. Esto es particularmente válido en la fase preparatoria que debía tratar en este artículo. Por lo general, parece una buena solución ofrecer al tribunal cierta libertad de modo que pueda tener en cuenta las circunstancias de la causa y la opinión de los litigantes. La dirección de la causa mediante el acuerdo entre el tribunal y las partes es, sin lugar a dudas, el mejor modo. Lo que queda por ver es si puede conseguirse en todos los procesos.

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE LA FORMA DEL PROCESO CIVIL *

SORAYA AMRANI-MEKKI

Agrégée des facultés de droit

Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre (Francia)

PRELIMINARES

1.- Las nuevas tecnologías se encuentran en vía de construcción. La distinción entre la forma escrita y la forma oral del procedimiento se encuentra en fase de demolición, por lo difícil y hasta, diríase, poco oportuno, que resulta el intentar diferenciarlas. Así pues, este tema invita a tratar sobre la influencia de algo que no existe en absoluto, ¡sobre aquello que no es seguro!

Los debates sobre los intereses respectivos de una u otra forma son legión. La forma escrita “no posee la variedad en los modos y en el tono, que muestran, a través de sus cambios, la acepción que hay que dar a la palabra, así como su importancia relativa. No desprende esa música natural que retiene el oído, que es la voz humana”⁸⁰

Sea como fuere, el uso de las nuevas tecnologías lleva, precisamente, a plantearse cuál es el lugar exacto que corresponden a la escritura y la oralidad en el procedimiento. A pesar de la modernidad de la herramienta, en realidad este tema nos devuelve cuestiones ancestrales, pero de una manera aún más viva. Tanto, que su auge se constata en la mayoría de países, en todos los sentidos posibles, como apuesta de modernidad de sus sistemas judiciales⁸¹.

Las llamadas nuevas tecnologías son muy variadas y no se pueden reducir a una sola forma, escrita u oral. En realidad, parecen conformar una tercera vía procedimental de naturaleza híbrida.

2.- Desde hace ya bastante tiempo se ha insistido y tratado de resolver el “imbroglio” que supone lo “escrito” y lo “oral” en el procedimiento. Como cuando se

* Traducido del francés al español por .

⁸⁰ WAQUET, F., *Parler comme un livre, L'oralité et le savoir XVIè-XX siècle*, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, Paris, 2003, p.266.

⁸¹ SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.275, “Numerosas teorías evolucionistas han perfilado un paralelo entre el desarrollo de una sociedad y la transformación de la ideología que impregna la solución de litigios: cuando una sociedad se desarrolla, y sale del nido de la sociedad tribal para convertirse en una sociedad moderna, la ideología que preside la solución de los litigios también se moderniza”; V. también la ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías, presentado durante el último Congreso Internacional de Derecho Procesal civil celebrado en Bahía en septiembre de 2007, citado por E.JEULAND en su ponencia general: “el uso progresivo de las nuevas tecnologías en el proceso es indiscutible, ya sea porque se impone por la gran cantidad de asuntos que se presentan, bien porque resulta la consecuencia del desarrollo tecnológico de las formas de comunicación, escritura y registro de datos, ya sea, finalmente porque la fuerza industrial y comercial de las empresas informáticas acabara imponiéndose en el uso judicial como un campo de enormes posibilidades económicas para la industria y el comercio del sector informático”.

trató el asunto relativo a la redacción de actas procesales para documentar fehacientemente lo que se ha dicho, o bien, como se ha visto más recientemente, a propósito del pronunciamiento del fallo judicial “de forma escrita”⁸². Sin embargo, aún en presencia de estas ambigüedades, era corriente admitir que las mismas “no servirían en cualquier caso para “borrar” la distinción entre la palabra hablada y la escrita”⁸³.

El escrito es, en sentido lingüístico, un “mensaje dotado de sentido (dato intelectual de la comunicación), compuesto de signos lisibles variables (fonéticos, ideográficos, pictográficos, etc.) representativos de la palabra y del pensamiento (aunque a veces difíciles de descifrar) que un emisor (no necesariamente autor intelectual del mensaje) codifica en una lengua natural, y lo imprime a través de cualquier medio (a mano, a máquina) sobre un soporte variable relativamente duradero (tabla, papiro, piedra, metal, papel, etc.)⁸⁴”. En este sentido, los mensajes electrónicos, los faxes, aunque formen parte de lo que se entiende por nuevas tecnologías, serían, en todo caso, escritos. Sin embargo, su particularidad no reside exclusivamente en su modo de transmisión, o su soporte. En efecto, se encuentran redactados de manera menos formal. Serían una especie de escritos “oralizados”, que, ciertamente, comparten con el escrito el hecho de estar “solidificados”, inmovilizados, pero, debido a su redacción espontánea e informal, pueden asimilarse al discurso oral.

El carácter oral remite a lo verbal “lo que se enuncia con el habla”⁸⁵. Ahora bien, si el habla es “aquello que se ha dicho, los términos de un discurso, o de una declaración”, también significa, por extensión, “aquello que un texto expresa (en este

⁸² Artículo 450 línea 2 del NCPC (Nuevo Código de Procedimiento Civil), según la redacción dada por el Decreto de 20 de agosto de 2004 “*podrá advertirse a las partes, al final de la vista, que la decisión será dictada mediante su puesta a disposición al Secretario de la jurisdicción correspondiente, en la fecha que se indique*”-(nótese que en la versión francesa se dice textualmente “*le jugement sera prononcé*”. Más en profundidad, v. el uso del escrito en los procedimientos orales, GENTILI, C., “L’écrit des parties dans la procédure orale”, *Procédures, Etudes*, 24, spéc.n°7, décembre 2007 : «El Nuevo Código de procedimiento civil y el código de trabajo permiten, e incluso a veces exigen esta forma (escrita). Ello sin tan siquiera evocar todos aquellos actos que emanan de otras personas distintas de las partes (atestados, dictámenes periciales, ponencia del juez, sentencia...), debemos notar que el acto introductorio de la instancia (art. 54 NCPC) así como las demandas incidentales contra las partes declaradas en rebeldía, así como los terceros (NCPC, art. 68 al.2) deben realizarse por escrito. De forma más general; los actos relativos al uso de recursos pueden o deben ser presentados por escrito (por ej. V. NCPC art.932), en lo que respecta a la apelación dirigida a la Cour d’appel, art. 983 NCPC, en lo que respecta al recurso de casación presentado en la Cour de Cassation). Por otro lado, el juez puede obligar a las partes a presentar, el plazo que él mismo fije, todo documento, y justificativos que sirvan para aclarar al juez, salvo que considere el asunto visto para sentencia (V. por ej.C.Trav.art.R 516-20-2). En fin, en los Tribunales de asuntos de la Seguridad Social (CSS, art.R 142-20 al 1er), cada parte puede presentar observaciones sobre papel libre”

⁸³ COUCHEZ, G., *La parole et l’écrit en droit judiciaire privé, in La parole et l’écrit en droit judiciaire*, XIVème colloque des IEJ Reims, 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, (sous l’égide de l’association française de DJP), Reims, 1985, pp.22 y ss., esp.23.

⁸⁴ CORNU, G., « Écrit », *in Vocabulaire Juridique*, ass.H.Capitant, PUF, 8^{ème} éd. Quadriège, 2007.

⁸⁵ CORNU, G. “Oral”, « *Vocabulaire* », *cit.*

sentido se habla de los sentidos de la ley)⁸⁶”, lo que no deja de añadir confusión. El término verbal es en este caso preferible, ya que significa “aquello que es expresado oralmente, de viva voz”. Pero su segunda acepción es “aquello que relata lo que acaba de ser dicho”⁸⁷, lo que nos remite de nuevo al escrito. El uso de videoconferencia, del teléfono, de la grabación sonora, podrían ser consideradas como manifestaciones orales en el proceso civil. Si los medios de comunicación utilizados pertenecen a la categoría de las nuevas tecnologías, entonces es el carácter oral lo que se está primando, aunque deformado, ya que se encuentra despojado de todo contacto físico. El habla, la palabra, se encuentran fijados en la correspondiente grabación. Pero acentúa, ante todo, la distancia entre los interlocutores.

3.- Las nuevas tecnologías, en realidad, no participan ni de la naturaleza del escrito, ni de la de lo oral. Más bien hacen gala de confusión, por no decir fusión, de los dos modos de expresión. Enturbian más, si cabe, la distinción, lo que lleva a preguntarse si no habría que ir más allá de lo que es la mera exteriorización de la voluntad y centrar la cuestión en las funciones que se atribuyen tanto a lo oral, como al escrito. Su naturaleza híbrida invita a percibir las más como una herramienta que como una finalidad en sí mismas. De modo que se acentuaría lo oral o lo escrito según el objetivo que se haya especificado a un determinado tipo de procedimiento, o a una etapa del mismo. Aunque la tendencia general es la de asimilarlos a una forma de oralidad secundaria. Alentarían de nuevo una oralidad que pierde velocidad. Para Don Emmanuel Jeuland “el desarrollo de las nuevas tecnologías renueva la problemática sobre los procedimientos de carácter predominantemente escrito y los orales. Una cierta vuelta a la oralidad parece posible gracias a las nuevas tecnologías, incluso el desarrollo de una forma de comunicación híbrida”⁸⁸ Las supuestas ventajas de la oralidad, la flexibilidad, la simplicidad, el contacto directo de los protagonistas, un mejor respeto de la contradicción, se encontrarían, de alguna manera, ensalzados por las nuevas tecnologías.

4.-En su estudio, este aliento de esperanza podría convertirse, sin embargo, en vientos que generen el pánico, ya que reposa sobre una visión superficial, por no decir artificial, de la oralidad. En efecto, la ausencia, tanto de contacto físico, como de la presencia de los protagonistas del proceso, hace cambiar sensiblemente el panorama. Ellas traslucen la obsesión existente por tener un servicio público de justicia eficaz, lo que provoca cierto temor en lo que concierne el estricto respeto de las garantías de un proceso justo. La sagrada unión de lo escrito y lo oral en una especie de segunda vida jurídica podría, al contrario, significar una política de gestión del flujo de asuntos que se contente de un procedimiento deshumanizado. Si las nuevas tecnologías ofrecen aparentemente, en un primer lugar, la esperanza de una oralidad renovada (I), ellas provocan el temor de una oralidad desencarnada, sin cuerpo, es decir, despersonalizada (II).

I. UNA ORALIDAD RENOVADA

5.- “La actual época de la electrónica lo es también de la época de una “oralidad de vuelta” o “secundaria”, para distinguirla de la edad de la “oralidad primaria” anterior

⁸⁶ CORNU, G. “Parole”, « *Vocabulaire* », *cit.*

⁸⁷ CORNU, G. “Verbal”, « *Vocabulaire* », *cit.*

⁸⁸ JEULAND, E., *Rapport général au colloque de l'association internationale de DJP de Bahia*, Septiembre 2007.

a la invención de la escritura”⁸⁹ Esta oralidad secundaria, que se inscribe en el sentido de la historia del proceso, otorga un segundo impulso a la búsqueda omnipresente y acaparadora de un procedimiento aún más eficaz. De un lado, la finalidad de las reglas propias al proceso civil explicarían el paso de uno a otro modo de expresión, así como la fascinación que ejercen las nuevas tecnologías (1). Por otro lado, ellas invitan a interrogarse esencialmente sobre las formas de esta llamada oralidad secundaria, por ser testigo de la cuestión subyacente del formalismo procedimental (2).

1. La finalidad de una oralidad secundaria

6.-“(El paso del escrito a lo oral) ha supuesto la crítica de una forma del procedimiento, en lo sucesivo cultural y sociológicamente obsoleta, así como el esfuerzo por quitarle los defectos más graves”⁹⁰. En la era actual la competencia existente entre los distintos sistemas jurídicos supone a su vez la de sus sistemas procesales⁹¹, las nuevas tecnologías parecen renovar la esperanza que a su vez había sido depositada en el uso del oral cuando se produjeron las reformas en la codificación del proceso civil. El vínculo entre oralidad y eficacia del procedimiento (A) se encontraría exacerbado en esta nueva forma de oralidad secundaria que constituyen las nuevas tecnologías (B).

A) La oralidad y la eficacia del procedimiento

7.- La historia revela un vaivén entre el uso de la forma escrita y el uso de la forma oral en el proceso civil. Sin embargo, la vuelta a una u otra forma se ha realizado siempre mediante la evolución del modelo original. La vuelta a la oralidad que se

⁸⁹ VOGLIOTTI, M., “De l’auteur au « rhapsode » ou le retour de l’oralité dans le droit contemporain”, *R.I.E.J.*, 50, pp.81 y ss., espéc. p.112, 2003.

⁹⁰ CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite, ”, Dtt. A.Giuffré *Studi di diritto comparato*, Milano, 1971, p.41. El paso del escrito al oral se produjo al final del siglo XIX, y al principio del S.XX: Austria (1895 en vigor 1898); Japón (1890, reformado en 1926), Hungría (1911), Dinamarca (1916 en vigor en 1919), Noruega (1915 en vigor en 1927), Yugoslavia (1929), Polonia (1933), Suecia (1942, en vigor en 1948), Suiza (1947, en vigor desde 1948). La tendencia es también visible en los países de *common law*, v. M.CAPPELLETTI, “Procédure orale et procédure écrite”cit, p.68: ‘*El problema que se encuentra en la base de esta idea, es decir, la transformación de un proceso arcaico, formalista, esencialmente escrito, desprovisto de carácter inmediato y de concentración, era bien conocido, y ha provocado, tanto en Inglaterra, como en otros países anglosajones, reformas radicales del procedimiento*’ Evolución a favor de “*viva voce and in open court*” por el Supreme Court Judiciary Act 1873. En Estados Unidos las equity rules de 1912 permite *l’orally in open court*, y es confirmada por las Federal Rules of Civil Procedure de 1938. Esta evolución se justifica, sobre todo, por la presencia de jurados, a menudo analfabetos, que hacia que fuera imposible un sistema legal de valoración de la prueba.

⁹¹ V. Informe *Doing Business*, Banco Mundial, en francés: www.doingbusiness.org: examina la legislación mercantil en 178 países. Se trata de “*un instrumento de evaluación y de comparación de la legislación y normativa que afectan directamente al crecimiento económico*”. El sitio internet propone incluso un “*simulador de reformas, ¿cual sería el impacto de una reforma determinada sobre la puntuación de cada país? Cambie el valor de los indicadores de esta hoja para poder conocer el impacto de la reforma sobre la puntuación. Esto supondría que el resto de los países no realizaran, a su vez, reformas en otro sentido*”.

produjo en el S.XX se celebró como una manera de salvar los procedimientos de su ineficacia (a), aun cuando la práctica de la oralidad haya arrojado resultados decepcionantes (b).

a) La celebración

8.-Oralidad y celeridad del procedimiento. Al contrario de lo que pueda parecer, la forma escrita genera procedimientos más lentos. Esta constatación se encuentra unida al hecho de que se perciben sumas de dinero por la redacción de los escritos, así como honorarios de abogados, tasas para los procuradores, incluso obsequios para los magistrados cuando ello aún estaba permitido. Para CHIOVENDA, “se establece así un arte del Palais en el que todos se complacen en complicar y alargar al máximo los litigios, un arte cuyos voluntarios participantes eran a menudo los jueces, ya que les interesaba que cada acto fuera infinito para poder así cobrar los derechos y otros posibles obsequios correspondientes a los mismos”⁹². Todo esto sin olvidar que son más fáciles de modificar las conclusiones presentadas de forma escrita que la posición de un litigante que comparece oralmente frente al Tribunal⁹³. Sin embargo, el escrito ha sido el rey, tal y como lo revela la formula latina tan extendida en Europa desde el siglo XII, según la cual *quod non est in actis non est in mundo*. Los actos procesales no escritos eran inexistentes y los juicios que no fueran fundados en actos escritos eran se consideraba que adolecían de nulidad absoluta.

Incluso hoy, los inconvenientes del escrito se identifican con el formalismo riguroso y su importante coste. En efecto, el escrito se concibe como un producto, obra de técnicos del derecho, al que se le unen determinadas formas sancionadas jurídicamente. Es por esto por lo que en Francia existe un vínculo tan estrecho entre el carácter escrito del proceso civil y la representación obligatoria.⁹⁴ Los actos procesales deben respetar las formalidades requeridas so pena de nulidad, incluso si el tratamiento de la nulidad por vicio de forma es lo suficientemente flexible como para evitar excesos y retrasos.⁹⁵ Ha sido precisamente la constatación de esta lentitud la que ha provocado

⁹² CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto, in saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, Soc., Foro Italiano, 1930, spéc.p.368.

⁹³ OST, F., “Conclusion générale”, en *Les transformations de la régulation juridique*, CLAM J., MARTIN G. (Dir), LGDJ, Paris, 1999, pp.423 y ss., spéc.p.426 « *no es la fijación de un mensaje lo que se realiza, como se dice a menudo (scripta manent), sino mas bien la posibilidad de modificar mas rápidamente el mismo. No se ignora, respecto a esto, que una norma consuetudinaria es mas estable que una solución legislativa*”.

⁹⁴ Vínculo que podría desaparecer según determinado tipo de reformas que reposan, sin embargo, sobre el postulado de que la práctica demuestra un uso casi absoluto por los técnicos jurídicos. El carácter obligatorio de la representación no se impone jurídicamente pero prácticamente.

⁹⁵ Estos últimos sólo pueden invocarse si la formalidad en cuestión se encuentra prevista en un texto o si constituye una formalidad substancial. Solo se puede aducir *limine litis* y justificando un perjuicio. No obstante, la forma a veces puede albergar exigencias fundamentales, y se puede caer fácilmente en la tentación de considerar la forma como condición de fondo para poder así aplicar el riguroso régimen relativo a los vicios de fondo, a pesar de adolecer éste de un carácter más limitado. La teoría de la inexistencia, instrumentalizada durante un tiempo, ya no sirve de recurso alguno, dado a que la Cour de Cassation la ha “rayado” en la arrê Cass, C.M, 7 juillet 2006). Aunque las formalidades exigidas lo son so pena de nulidad, y la jurisprudencia, en este tema, suele

que los reformadores se encuentren fascinados por la oralidad en el proceso, la cual parece hacer gala de todo tipo de virtud.⁹⁶ De modo que la oralidad se percibe como una garantía de aceleración de la justicia, una manera de modernizarla. M.CAPPELLETTI subrayaba esta evolución, y consideraba que “los defectos del proceso en vigor en el continente europeo hasta la revolución francesa y hasta la codificaciones nacionales realizadas en el siglo XIX han sido, sin lugar a dudas, el fundamento de la idea de la oralidad en los países de civil law. Esta idea ha representado el símbolo del movimiento de las críticas y reformas radicales en el procedimiento existente⁹⁷”

9.-Oralidad y garantías de un proceso justo⁹⁸. Más allá de la celeridad que se pretende en el proceso, también se aduce una mejora de su calidad gracias a la oralidad. En efecto, se supone que se trata de una garantía más del respeto a un proceso justo, sobre todo en lo relativo al acceso a la justicia, así como al principio de contradicción. Por su menor coste, y su facilidad, la oralidad permite un mayor acceso al juez. Aun mejor, permite un contacto directo entre el juez y las partes, lo que se supone garantía de respeto a la contradicción. Aún mayor si el juez que dicta sentencia es el mismo que escuchó a las partes y el que valoró las pruebas⁹⁹ ¿No se dice, además, que la contradicción es el alma del proceso¹⁰⁰? Así, aun cuando la Ordenanza de Moulins de 1566 estableció el “lettres passe témoins” por la influencia de la organización del notariado y de los secretarios judiciales, la necesidad de una discusión oral se hizo sentir necesaria muy rápidamente, tal y como señala M.H.LEVY-BRUHL, “el testigo se puede desdecir, contradecir, añadir o atrincherar en sus posiciones, presentarlas de otra

ser bastante severa. Lo es así, por ejemplo, en la sanción de los actos realizados por orden en fase de apelación en lo social que son considerados como inadmisibles. Además, debido a un dudoso paralelismo, la jurisprudencia ha llegado a exigir, yendo aun más allá de las formas, el respeto de una cronología en la redacción en toda conclusión que sea depositada en un procedimiento oral. Una excepción de incompetencia que se plantee por escrito tras haber entrado a la defensa del fondo del asunto convierte el escrito inadmisibile (Cass.Civ.8 juillet 2004).

⁹⁶ CAPPELLETTI, M., “Procédure Orale et procédure écrite”, cit. p.45 « *la consecuencia natural fue una duración increíblemente larga del proceso, y particularmente, del proceso ordinario* ».

⁹⁷ CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit. p. 41.

⁹⁸ Nota del traductor, en la versión original se utiliza la expresión « *procès équitable* », que equivaldría a la inglesa « *due process of law* ». La noción de *procès équitable* se desprende de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la aplicación de los artículos 6 y 13 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

⁹⁹ HEBRAUD, P., *L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile*, Etudes de droit contemporain, Paris, 1959, p. 353 : « *A diferencia del escrito, que por si mismo esta inerte, y no toma vida que por la cooperacion voluntaria de aquel al que se dirige, ella (la oralidad) fuerza la atención; es el arma natural para discutir o convencer. Se podría añadir que, en esta función, ella llama a un sentimiento mas que a una reflexión, lo que comporta ventajas, pero también, inconvenientes*”.

¹⁰⁰ WAQUET, F., “Parler comme un livre”, cit. p. 284 “*más que una simple disminución, la transposición de una enseñanza en un libro significa la desaparición de todo lo que había de vivo y vital en un discurso oral, de ahí vienen las palabras de “cadáver”, de “esqueleto”; de “mortificado”, o incluso, de “osamenta” que calificaban, en las citas dadas, su paso a un texto, a su impresión*”

manera. En fin, en él se encuentra un elemento absolutamente original que es la propia característica de la vida: me refiero a lo inesperado, lo imprevisto, lo imprevisible¹⁰¹»

La oralidad, por otro lado, permite asegurar una democratización de la justicia para todos aquellos actores que pudieran ser analfabetos, se deja ver y garantiza su publicidad. Este valor es común en todos los sistemas jurídicos, ya que hasta los países socialistas se preocupaban de que el proceso fuera oral para que cumpliera con su función social.¹⁰² “El sistema oral se propuso en el marco de concepciones políticas profundamente distintas...no es ni liberal ni socialista, respondería, mas bien, a un ideal de justicia que es común en todo núcleo de justicia elemental, de toda ideología política democrática de hoy día¹⁰³”

b) *El desencanto*

10.- Inseguridad de la oralidad. Las razones que justifican la oralidad han pervivido. A partir de los años 50, P.HEBRAUD señalaba que la oralidad no podría prescindir de una sólida preparación por escrito. “Una oralidad excesiva, la reducción de todo el proceso a un único debate, presenta el peligro de facilitar las sorpresas, argumentos de ultimo minuto a los que el adversario no tenga verdadera posibilidad de responder eficazmente (...) El escrito proporciona el asiento sobre el cual se desarrolle, a continuación, el debate oral”¹⁰⁴ El escrito permite asegurar las posiciones de las partes. Por ejemplo, en procesos eminentemente orales, como pueden ser la procédure de référé¹⁰⁵ o la procédure ante el Tribunal d’instance¹⁰⁶, es habitual que los magistrados soliciten a las partes que redacten notas explicativas.

¹⁰¹ LEVY-BRUHL, H., “*La preuve judiciaire .Etude de sociologie juridique*”, Librairie M.Rivière et cie, Paris,1964, p.126. Esto no quiere decir que la prueba oral sea superior a la prueba escrita. V.not. p.112 “*el escrito es la prueba moderna por excelencia...esta mejor adaptada a este uso, porque conserva la traza material de un suceso, de un acto, de un discurso. Además, esta traza es a menudo conforme a la realidad, de suerte que, salvo excepciones, puede referirse a ella para saber lo que ha sucedido. El escrito es mas duradero, en circunstancias normales, que la memoria humana, incluso si se tiene en cuenta que este hecho haya podido contribuir a debilitar esta ultima, la cual ,hubo un momento en el que estuvo mas desarrollada y era mas fiel antes de su invención...*” No obstante, ella debe ser objeto de debate oral que permita confrontarla.

¹⁰² CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., p.82 « *en los países del este el contacto directo, por lo tanto, oral, del juez con las partes se prevé ante todo como una función « social » y lato sensu de asistencia* ».

¹⁰³ COUCHEZ, G., “La parole et l’écrit en droit judiciaire privé”, cit., p.22, y p.60.

¹⁰⁴ HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit., p.352.

¹⁰⁵ Nota del traductor: se trata de un procedimiento sumario que no prejuzga sobre el fondo del asunto. Se utiliza, por ejemplo, para solicitar la adopción de medidas cautelares, o medidas de aseguramiento de prueba.

¹⁰⁶ Nota del traductor: el procedimiento ante el tribunal d’instance tiene competencia objetiva para tratar asuntos que no sobrepasen los 10000euros, salvo que determinado asunto haya sido atribuido a otra jurisdicción. Además se encarga de la resolución de asuntos relacionados con el alquiler de vivienda, tutelas, así como expedientes relativos a la nacionalidad (expedición de certificados de nacionalidad,

En Francia, sin ir más lejos, se observa un efecto desastroso bien distinto de lo que se esperaba con este tipo de procedimientos orales. En primer lugar, porque la palabra se la lleva el viento. Los tribunales no cuentan con la ayuda de taquígrafos, como puede haber en Estados Unidos. Los secretarios judiciales están demasiado ocupados durante la vista como para tener que encargarse además de anotar cada palabra dicha¹⁰⁷. Además, la oralidad, se ha vendido como un beneficio para el justiciable, pero se ha constituido como una obligación, de modo que el litigante queda atrapado por la ilusión de que se le está haciendo un favor¹⁰⁸. Además, se presume de que el procedimiento oral, solo por serlo, respeta de por sí el principio de contradicción, invirtiendo de este modo la carga de la prueba acerca de una posible violación del mismo por este motivo¹⁰⁹, lo que en realidad comportaría un substancial perjuicio. Como el procedimiento es oral, el juez se encuentra ante la tesitura de, o bien no respetar total y plenamente el principio de contradicción, o bien tener que aplazar la vista. Las ventajas de la oralidad han ocultado, pues, sus defectos.

11.- El paso de una forma de expresión a otra. Las ventajas de la oralidad deben acomodarse a las molestias que esta genera, y a sus ilusiones. En Alemania, por ejemplo, el principio de oralidad se establece en el artículo §128 ZPO, carece de valor constitucional, y se permiten excepciones en el §129 ZPO. Estas se justifican por la necesidad de poner en práctica procedimientos rápidos y eficaces como los requerimientos judiciales de pago de sumas dinerarias (§688 y sig. ZPO) Las mismas razones que impulsaron el auge de la oralidad, militan hoy día a favor del uso de las nuevas tecnologías. Ya que, al fin y al cabo “la atención debe centrarse en el valor que tienen la oralidad y la escritura respecto del principio de contradicción. Si cada una de las partes pretende convencer al juez, el proceso debe garantizar la lealtad en el debate, debe garantizar a cada uno la posibilidad de defenderse de las alegaciones de su adversario, y por consiguiente, proporcionarle los medios de conocerlas. No se puede elevar ninguna duda sobre el principio en sí mismo: la única vacilación posible es aquella referente a la vía que mejor conviene para alcanzar dicho fin¹¹⁰”. Parece, pues, que las nuevas tecnologías ofrecen esta tercera vía.

registro de solicitudes de nacionalidad francesa, etc.) ver artículos del Code de l'Organisation Judiciaire L-221-1 al 221-3.

¹⁰⁷ BARRIERE, M., “L’oralité des débats devant le Tribunal d’instance”, *Gaz.Pal.*, 1987, p.420. : « *está prohibido soñar, aún se pretende encontrar un funcionario que haya sido capaz de cumplir en un solo día con todas estas obligaciones del secretario judicial, que no solo se encarga de tareas tan dispares como el archivo de asuntos, registro de los expedientes, y documentos relativos al pleito, así como la realización de estudios estadísticos*”.

¹⁰⁸ BERNARD-MENORET, “Critique de l’oralité de la procédure prud’homme”, *Travail et Protection sociale*, n°10, 2004 ; EKOLLO F., “Le rôle des écritures dans les procédures orales”, *Gaz, Pal*, janv-février 2000, p.190 ; GAGET, M. , “Les instruments d’une justice de proximité”, *Gaz.Pal*, sept-oct.2003,*Doctr*, p.2869 ; GENTILI, “L’utilisation des écrits dans la procédure civile orale”, *P.A.*, sept.2001, n°179, p.4 ; PERROT, R., “Procédure orale :le rôle de l’écrit (à propos d’une exception d’incompétence)” *RTDCiv*,1993, obs.p.192 ; TRAVIER, B., “Le principe de sécurité juridique et les procédures orales”, *Procédures*, 2006,n°5,étude 6.

¹⁰⁹ BARRIERE, M., “L’oralité des débats devant le Tribunal d’instance”, cit.

¹¹⁰ HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit. p.353.

B) Las nuevas tecnologías y la eficacia del proceso

12.- Por una suerte de ley de sustitución, cada modelo de procedimiento se exalta y después se desacredita en aras de esta búsqueda constante de la eficiencia procesal. Tras la sucesión de la forma escrita, luego la oral, ahora toma el relevo la forma híbrida que revisten las nuevas tecnologías, las cuales se supone aportaran un soplo de aire fresco al proceso civil. Aportan celeridad (a), y calidad al procedimiento (b).

a) Celeridad del procedimiento

13.-La primera de las virtudes atribuidas a las nuevas tecnologías es, sin lugar a dudas, la de la celeridad¹¹¹. Aceleran las comunicaciones, y permiten evitar problemas a la hora de computar plazos. También evitan la dificultad que se plantea con la interrupción de los plazos procesales en el último día tras el cierre de la secretaría judicial. En vez de instalar una máquina para que marque por impresión la hora y fecha de presentación del documento, o de tener que hacer venir a un ujier de justicia que haga constatar que la oficina se encontraba ya cerrada, el envío de un mail, o de un fax, podría bastar. Sin embargo, la cuestión relativa a la fecha de validez del acto que ha sido transmitido electrónicamente puede tener soluciones de lo más variado¹¹². En Alemania, por ejemplo, el punto 3 del artículo §130 ZPO dispone que se estimará la fecha de recepción que haya sido registrada por la instalación informática del tribunal.

La comunicación con la Secretaría Judicial vía internet permite, a su vez, evitar desplazamientos inútiles para la celebración de audiencias meramente formales, que solo tendrían por objetivo el aplazamiento de la vista¹¹³. La instrucción “electrónica” de los asuntos civiles ofrece una eficiencia aun mayor en los intercambios, pero también en la organización del trabajo de los sujetos que participan en el proceso. Por ejemplo, ha sido bien acogida la posibilidad de solicitar, vía internet, una fecha para la vista de un procedimiento en référé. En un sentido más amplio, las nuevas tecnologías borran las distancias así como la noción de espacio en el procedimiento civil. Por consiguiente son

¹¹¹ WALKER, J, WATSON, G.D., “*New technologies and the Civil Litigation Process, Common Law General Report*”, Coloquio de Bahía, 2007, p.25: “*Las estadísticas muestran una tendencia general y substancial de mejoría en lo relativo a la duración de los pleitos civiles de una gran parte de los tribunales australianos, durante los últimos años*”; CROZE, H, “*Le Conseil national des barreaux et l’avocat électronique*”, *Procédures*, n°2, juillet 2004, Etudes 11, p. 2: “*Informatizar el procedimiento es, desde un punto de vista ideal, evitar a jueces y auxiliares de justicia toda complicación y obstáculo material para que puedan consagrar tiempo útil a la resolución de litigios en condiciones de calidad conforme a los presupuestos de un proceso justo y equitativo*”.

¹¹² JEULAND, E, “*Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence*”, *Rév.huiss.just.dr.et proc.*,2007, pp.262 y sig., espéc.n°13, p.263 : «*La fecha considerada a veces es la fecha de envío (Bélgica), en algunos casos, como Rusia, es la fecha de recepción. En Holanda, el documento se considerara transmitido una vez que el mismo haya sido registrado por el sistema de registro de datos del tribunal, y recibido antes de las 12 am del último día del plazo. En caso de transmisión por el tribunal, la notificación se estimará realizada una vez que el tribunal haya entrado en contacto con un ordenador que no controle directamente*”

¹¹³ DIDIER, G., SABATER, G., “*Dématisation des procédures : une révolution culturelle est nécessaire*”, *J.C.P.*,2008, I, 118.

muy apreciadas en países de gran extensión territorial, como Rusia, Brasil, o México, donde reina la que llaman “tiranía de la distancia”¹¹⁴.

La grabación de videoconferencias, cuando esta permitido, como es el caso de España, es también sinónimo de celeridad. Las grabaciones pueden ser reutilizadas en los recursos. Evitan tener que convocar de nuevo a los testigos para escucharlos, ahorrándose de este modo el tiempo y coste de nuevas comparecencias. Por otra parte, la celeridad se encuentra íntimamente ligada a la calidad, ya que el paso del tiempo hace perder eficacia, por pérdida de frescura en la memoria, a los testimonios respecto de los hechos a los que se refieren.

La ley alemana de 22 de marzo de 2005, sobre la modernización de las comunicaciones en materia jurisdiccional, ha hecho posible el tratamiento informatizado de los asuntos mediante el uso de un sistema de registro electrónico de los expedientes (§298 ZPO). También se permite dictar sentencia a través de fax por ordenador, con firma y sellos escaneados.

b) Calidad del proceso

14.- Acceso al juez. Las nuevas tecnologías serían además un factor que puede contribuir al respeto de un proceso justo y equitativo. Facilitarían el acceso al juez, serían una garantía del derecho de acceso a la jurisdicción. La proximidad al juez no es tan solo física. El acercamiento de la justicia al justiciable puede realizarse gracias al uso de las nuevas tecnologías. Por aquí se encamina la posibilidad planteada de incoar a distancia una acción ante los tribunales. Asimismo, contribuyen a la simplificación de los procedimientos todos los recursos e información que se pueden obtener en línea, como formularios con modelos de demandas judiciales, así como numerosa información, en general¹¹⁵. El acceso, pues, no se facilita exclusivamente a los

¹¹⁴ WALKER, J, WATSON, G.D, “New technologies and the Civil Litigation process”, cit. p.28.

¹¹⁵ DIDIER G., SABATER, G., “Dématérialisation des procédures”, cit., question de la rédaction du JCP. « *La Cancillería defiende la idea según la cual la calidad de la justicia no depende tanto de los kilómetros que separan sino de la manera en que la justicia es impartida* ». JEULAND, E., “Ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías”, Congreso Internacional de Derecho Procesal civil celebrado en Bahía en septiembre de 2007: “*En muchos de los Tribunales alemanes ponen a disposición de los ciudadanos panfletos informativos, también ponen a disposición formularios que pueden descargarse en las paginas web de los tribunales en cuestión, e incluso pueden tratarse en línea partes de algunos asuntos (por ejemplo las demandas de los acreedores en procesos concursales, las solicitudes de asistencia jurídica gratuita, solicitud de tutelas o asistencia, o la petición de ejecución forzosa). Los paneles electrónicos para anunciar las audiencias son, sin embargo, raros, salvo en lo relativo a publicación de las fechas de subastas judiciales de bienes.*” “*En la jurisdicción administrativa la informática ocupa un puesto importante en lo relativo a la distribución de los asuntos. Las partes pueden consultar el estado de su expediente en el sitio internet del tribunal administrativo en el cual se tramita (sistema SAGACE). Parece que, aparte del Tribunal de Grande Instance de Paris, la Cour de Cassation, y algunas pruebas experimentales llevadas a cabo en algunos juzgados provinciales, en Francia los tribunales no administrativos no hacen uso aun de sistema semejante.*” “En Austria, por ejemplo, si existe un expediente electrónico, solo se permite acceder a datos limitados, y no al contenido completo de los documentos (nombre y apellidos de las partes, fecha de inicio de la vista, fecha de la vista, recursos de apelación, etc)

profesionales del derecho gracias a las comunicaciones electrónicas, puesto que estas lo son también en beneficio del justiciable, tal y como se desprende de la experiencia australiana, donde se ha realizado un gran esfuerzo en materia familiar.¹¹⁶

Las videoconferencias aseguran la oralidad a pesar del alejamiento geográfico de los justiciables. El coste reducido del interrogatorio del testigo y su rapidez permite garantizar efectivamente el derecho a un juez. El espacio ya no importa, lo que, en parte, justificaría la reforma de la Carte Judiciaire¹¹⁷

También resulta sintomático que las Asociaciones de consumidores invoquen el uso de las nuevas tecnologías para la instauración de las acciones de grupo (acciones colectivas).¹¹⁸ La dispersión de las víctimas, y la escasa cuantía de las indemnizaciones previsibles para cada parte, necesitarían, en efecto, una disminución de los costes de la acción, así como facilidades para el ejercicio de las mismas.

Además, la ausencia de tecnicismos en los escritos electrónicos permite una redacción flexible y ligera de los actos procesales. El uso del escrito puede, al fin, ser separado de la representación obligatoria. La seguridad que ofrece la forma escrita se proporcionaría de este modo a los pequeños litigios. En efecto, una particularidad de las nuevas tecnologías es la de poder conservar un rastro de los actos procesales, lo que permite facilitar la prueba de su contenido y fecha.

15.- Respeto de la contradicción. Las nuevas tecnologías favorecerían igualmente el respeto de la contradicción. “Incontestablemente, la desmaterialización de los actos y de los documentos que se han presentado en la vista, su comunicación electrónica a todas las partes del proceso, el acceso en tiempo real y de manera simultánea a los elementos del expediente, permiten una aplicación del principio de

¹¹⁶ WALKER, J., WATSON, G-D, “New technologies and the Civil Litigation process”, cit. p28, “*Algunos tribunales dirigen en estos momentos sus esfuerzos en mejorar sus sistemas para una mayor satisfacción de las necesidades de los no abogados*” v. Victorian parliamentary law Reform Committee, above note 71[12.19], ver también Family Court of Australia www.familycourt.gov.au (accessed 20 october 2006).

¹¹⁷ Nota del traductor: La carte judiciaire es la distribución geográfica y territorial de los Tribunales en Francia, que en estos momentos se encuentra en fase de reforma.

¹¹⁸ BAZOT, A., “Les justiciables face à la réforme de la carte judiciaire”, D.2007, p. 2920. Directeur de UFC-Que choisir?: « *Una generalización de los medios informáticos y la gestión electrónica del procedimiento deberían conducir a una justicia más eficaz. En efecto, resulta anacrónico constatar que en procedimientos en los que hay centenares de personas contra un mismo profesional, ya sea en lo penal o en lo civil, sea imposible la transmisión del conjunto de los documentos relativos al proceso por vía electrónica.*”. CHABOT, G. “La cyberjustice, réalité ou fiction?” D2003, pp.2322 y sig., « *De esta forma internet ha facilitado la gestión de las acciones colectivas por responsabilidad que han sido interpuestas, en derecho anglosajón, contra los fabricantes de cigarrillos. La gestión via internet de estos procedimientos tan complejos- class actions americanas o recours collectifs en Quebec- favorece la comunicación con la jurisdicción y la centralización de los actos procesales, en el caso de acciones en las que existan numerosos litigantes. Si el coste de la gestión informatizada de estas acciones resulta elevado, se verían sin embargo economizados a medida que aumentase el número de personas partes en el pleito. Esta experiencia merece ser señalada, ahora que la práctica de las acciones colectivas en Francia se encuentra aun en estado embrionario*”.

contradicción más rigurosa, más completa, más rápida, mejor controlada por el juez, y por las partes¹¹⁹”

El escrito electrónico favorecería la contradicción y facilitaría su propia prueba, al contrario de lo que sucede con el intercambio oral.

Un ejemplo ilustrado de lo que supone una contradicción reforzada por el uso de nuevas tecnologías se puede encontrar en la reciente reforma acaecida en Gran Bretaña. Se trata de una reforma experimental, limitada exclusivamente a la jurisdicción comercial, y que entro en vigor el pasado 1 de febrero de este año 2008, y que permite al demandado responder a las conclusiones del demandante en el mismo soporte.¹²⁰ Las respuestas aportadas se integran en el mismo documento y son visibles por el cambio de color o de tipo de carácter. Esto permite al magistrado tener una lectura eficaz y combinada de las posiciones encontradas. Los abogados consideran que esta herramienta permite un mejor acceso a la justicia para el justiciable, ya que así se logra una mejor comprensión de lo que se debate.

En los Estados Unidos, las conclusiones que se envían de forma electrónica contienen vínculos que dirigen a los documentos probatorios. A continuación de una frase que menciona un medio de prueba concreto, encontramos el vínculo que dirige al mismo, el cual ha sido, por ejemplo, escaneado. Este tipo de lectura del expediente es un gran logro para facilitar el trabajo del juez. La seguridad y fiabilidad de los documentos, debe ser, ciertamente, verificada, pero esto puede realizarlo otro funcionario judicial, distinto del magistrado.¹²¹

Las nuevas tecnologías, además, animan el dialogo, sobre todo gracias a las videoconferencias. Estas se permiten desde la publicación de la Ley de simplificación del derecho de 20 de diciembre de 2007, aunque de uso limitado, al estar prohibida la grabación de las mismas.¹²² Esto también es posible en Austria desde 2004, así como en

¹¹⁹ LEGRAS, M, “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, en “*L’administration électronique au service des citoyens*”, CHATILLON, G., DU MARAIS, B., (dir), Bruylant, 2003, p.197, y 199. También en este sentido, CHABOT, G. “La cyberjustice, réalité ou fiction?” cit. pp.2322 y sig. : «*¿El principio de contradicción podría debilitarse de nuevo? En verdad, el carácter esencialmente escrito del procedimiento no debería alterar las virtudes contradictorias. Al contrario, el automatismo de los procesos informáticos nos parece que se adaptan al ritmo del debate contradictorio y favorece el desarrollo del mismo*”.

¹²⁰ La *commercial court* se ha vuelto autónoma con respecto a la *district court*. Fue inaugurada en Westminster y pretende responder las necesidades de justicia como elemento esencial para el buen desarrollo del comercio.

¹²¹ Se trata de personal más activo que los secretarios judiciales en Francia (les *greffiers*). El auge de su función debería conducir a una uniformización de su estatuto, al menos en Europa.

¹²² Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 *sur la simplification du droit*, artículo 25: “I.-tras el artículo L.111-11 del *Code de l’organisation judiciaire*, se inserta un artículo L.111-12 redactado como sigue : «*art L 111-12- Las audiencias en las jurisdicción judicial, sin perjuicio de las disposiciones particulares del code de procédure pénale y del code d’entrée et séjour des étrangers, y del derecho de asilo, pueden, por decisión del presidente de la formación de enjuiciamiento, ya sea de oficio, o a instancia de parte, y con el consentimiento de todas las partes, pueden desarrollarse en diversas salas de audiencias unidas directamente por medios de telecomunicación audiovisual que garanticen la confidencialidad de la transmisión. Una o varias de estas*

Grecia y Japón. Aseguran un intercambio muy propicio a la contradicción, tal y como señalaba P.HEBRAUD “entre el escrito y en oral, se encuentra la diferencia que existe entre la “ciencia hecha”, y una “idea en el trabajo”¹²³. Existe una virtud en la discusión oral, ya que va construyendo el debate a medida que avanza el intercambio. Esto no es posible encontrarlo en los escritos, ya que, al contrario, inmovilizan el mismo. “El sentido del procedimiento oral es doble: por un lado resulta mas rápido, concentrado, eficiente, y por otro lado, el procedimiento refleja fielmente una metodología concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la apreciación de las pruebas¹²⁴”. Desafortunadamente, este intercambio sufre reveses, ya que favorece las sorpresas y la evolución del litigio de ultimo minuto.¹²⁵

16.-Desarrollo económico. El desarrollo de las nuevas tecnologías sería además un exponente del desarrollo económico. Como consecuencia de un procedimiento mas sencillo, se garantiza y se anima al intercambio comercial. “La espectacular disminución de los costes de negociación en los contratos internacionales lleva aparejada la bajada del umbral económico a partir del cual un contrato internacional es concluido”¹²⁶ Esto, consecuentemente, tranquiliza a los inversores.¹²⁷ Lo que también supone un desarrollo de las reglas transnacionales que regulan el proceso civil.

Las nuevas tecnologías se inscriben perfectamente en este movimiento tendente a un proceso modernizado, en búsqueda constante de una mayor eficacia.

Las nuevas tecnologías se presentan como la unión sagrada entre lo escrito y lo oral, una modalidad superior de expresión al servicio de los sujetos que participan en el proceso. En este sentido, a veces se describen como si fuera una especie de “oralidad secundaria”, renovada. Sin embargo, su forma híbrida traspasa la dicotomía entre lo escrito y lo oral, e invitan a plantearse la cuestión esencial del formalismo en el proceso civil.

salas pueden encontrarse fuera del territorio de competencia del tribunal al que se dirige el demandado. Para el desarrollo de los debates en sesiones públicas, cada una de estas salas estará abierta al público. Para los debates que se desarrollen en Chambre de Conséil, se procederá sin la presencia de público en cada una de las salas. Las tomas de imágenes o de sonido no pueden ser objeto, en ningún caso, de grabación, salvo lo dispuesto en el art.L.-221-1 y sig. Del Code du patrimoine”.

¹²³ HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit., pp.32 y sig, p.323.

¹²⁴ CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., pp.91-92.

¹²⁵ GRESLEY, R-N, “A treatise on the law of evidence in the Courts of Equity”Saunders and Benning London, 1836, pp.55 y sig. “toda persona que haya vivido la experiencia de un interrogatorio de testigos (en las courts de common law- de viva voz, sabe bien que toda demanda consecutiva depende del contenido de las respuestas precedentes, y que resulta imposible que preguntas preparadas con antelación, aun formuladas con inteligencia y perspicacia, puedan ofrecer y bastar para estas variaciones y evoluciones que se dan en casi todos los interrogatorios”.

¹²⁶ SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution de litiges en ligne”, cit., p.252.

¹²⁷ JEULAND, E., “ Ponencia presentada por Brasil sobre las nuevas tecnologías” cit. “En África del Norte, Túnez y Marruecos están implantando las nuevas tecnologías en asuntos de justicia para permitir un mejor acceso a la misma, y para crear un clima favorable a los inversores (particularmente en Marruecos)”.

2. Las formas de la oralidad secundaria

17.-“El coloquialismo en los textos electrónicos en Internet y del web podrían significar una vuelta de la oralidad”¹²⁸. Se trata de saber si las nuevas tecnologías son un resurgir de lo escrito, una exaltación de lo oral, o una tercera vía híbrida. Dicho de otro modo, ¿cuál debe ser la calificación jurídica de estas nuevas tecnologías?, ¿cuál le corresponde para determinar su régimen jurídico?. Las nuevas tecnologías se asimilan, formalmente, bien a una forma escrita no formalista, bien a una oralidad formalizada, y ambas están, alternativamente, permitidas (A). Esta constatación invita a preguntarse si la verdadera discusión no debería recaer sobre el formalismo en el proceso civil (B).

A) Formas de las nuevas tecnologías

18.- Equivalente funcional del escrito en papel. Aquí, la cuestión que se suscita es la de saber si el paso a las nuevas tecnologías supone realizar una simple equivalencia entre el escrito sobre papel y el escrito en formato electrónico, o si este paso significaría una flexibilización en las formas. A priori, aparentemente parece que esto solo afectaría al modo de transmisión del escrito. Por lo tanto, las exigencias formales deberían quedar intactas. En derecho civil, según la ley de 13 de marzo de 2000, se establece la equivalencia entre el escrito en soporte papel y el escrito en soporte electrónico. De modo que en el proceso podría resultar indiferente el tipo de soporte que contenga la manifestación de la voluntad.

19.-Escritos informales. El escrito electrónico, informal, puede ser útil en los procesos de carácter escrito, como nuevo modo de comunicación entre los jueces y magistrados. Aparte de los actos de procedimiento formales, existen, también, comunicaciones informales en el seno de un procedimiento escrito. Por ejemplo, una muestra muy reveladora de ello serían los boletines de procedimiento que informan sobre el estado de un asunto y que son dirigidos por el juzgado a los auxiliares de justicia. Aquí lo importante no es tanto el soporte, sino su modo de transmisión. Las nuevas tecnologías podrían en este sentido aportar la figura de escritos no formalizados.

Los mensajes electrónicos son “escritos hablados u oralizados”, dada la ausencia de formalidad y de la espontaneidad en su redacción, aunque esta ausencia de formalidad no siempre beneficia a su redactor. En efecto, de la misma manera que a la palabra se la lleva el viento, el escrito electrónico deja huellas. Cuando no se trata de la comunicación en sí, pero de medios de prueba, estos escritos informales son muy problemáticos, tal y como lo revela la sentencia de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation de 23 de mayo de 2007, en la que un litigante se vio oponer una prueba obtenida a través de SMS.¹²⁹ Esta prueba no se consideró desleal porque la parte no podía ignorar que el mensaje se registraba en la memoria del teléfono. La palabra, el habla espontánea, precipitada, queda atrapada.¹³⁰

¹²⁸ *Maîtres et disciples*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 2003, p.40.

¹²⁹ Cass. Soc. 23 mai 2007, *JCP*, G, 2007, I, 200, especialmente obs. AMRANI-MEKKI, S., II, 10140, note WEILLER, L., *JCP*, S, 2007, 1639 ; Comm, BEAL, S., FERREIRA, A., *D*, 2007, p.2285 ; n.CASTETS-RENARD, C.; *Gaz.Pal.* 1^o-2^o juin 2007, p.1598 , obs. FABRE, A., *Procédures*, comm.182, obs. PERROT, R .

¹³⁰ El teléfono móvil favorecería lo escrito y lo oral, la comunicación queda en él inmovilizada. V. FERRARIS, M., *T'est où ? Ontologie du portable*, Albin Michel, Paris, 2006.

20.- Escritos “oralizados”. Las nuevas tecnologías pueden dejar entrever una nueva perspectiva de procedimientos informales que no supondrían aligerar el procedimiento escrito, sino más bien reforzar el procedimiento oral. En efecto, en los procesos de forma oral sin representación obligatoria, los magistrados subrayan a menudo que a penas tienen tiempo de comprender qué es lo que pretenden los justiciables, que confusos, no logran sintetizar su pensamiento. En la práctica, no es raro que el magistrado aplase la vista y solicite a su vez la redacción de notas escritas a los justiciables. Así lo refería M.RAYNAUD “al cabo de una hora nadie comprendía nada de nada, cada una de las partes no sabía ya qué es lo que querían las otras, y aquí su servidor, aun menos. Yo les dije “de aquí a 8 días, me escriben ustedes una pequeña nota porque si no, no habrá manera de deshacer este embrollo””¹³¹

El recurso a las Maisons de Justice¹³² o a los eventuales centros de proximidad, son bien aceptados para ayudar a las partes a que se expresen.¹³³ Se pretende de ellos que realicen una labor previa de preparación antes de presentarse en la audiencia.

Frente a la nota escrita no formal, la comunicación entre el juez y las partes podría ser más fluida, rápida y eficaz si esta se realizara vía internet mediante un intercambio de mensajes electrónicos. El escrito electrónico encontraría de este modo su lugar como una nueva forma de oralidad, una oralidad secundaria. Pero si el escrito se oraliza, a la inversa, lo oral se formaliza un poco más.

21.- Lo oral materializado. De una nueva forma de escrito, se pasa ineluctablemente a una nueva forma de oralidad en la que las videoconferencias serían un ejemplo perfecto. Estas últimas permiten el desarrollo de una audiencia a distancia, y se encuentran expresamente autorizadas por el Reglamento comunitario de 28 de mayo de 2001 (art.17-4). La oralidad que resulta de ellas es, sin embargo, secundaria. Se acerca, en primer lugar, al escrito ya que su contenido se encuentra “inmovilizado” en las grabaciones (¿del scripta manent a la voca manent?). Si bien la grabación de las mismas queda claramente prohibida por la ley francesa de 20 de diciembre de 2007, en España, sin embargo, se utilizan las videoconferencias desde la promulgación de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Las ventajas que ofrecen son numerosas. Permite una nueva escucha en el momento de la deliberación en caso de duda sobre lo que se dijo, o sobre la manera en que se dijo. Además, su reutilización en caso de recurso supone un ahorro de costes en nada despreciable. La perennidad y la seguridad del escrito se encuentran, como se ve, en esta oralidad secundaria.

¹³¹ RAYNAUD, M., « Table ronde », *La parole et l'écrit en droit judiciaire*, XIV^{ème} colloque des IEJ, Reims 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, sous l'égide de l'association française de DJP, Reims, 1985, p.44.

¹³² Nota del traductor: las Maisons de Justice en Francia son lugares donde se ofrece asesoramiento jurídico gratuito en diversos ámbitos del derecho, así como servicios de mediación. Dependen del Ministerio de Justicia y de los Ayuntamientos. Fueron creadas para acercar la justicia a los ciudadanos.

¹³³ BAZOT, A., “Les justiciables face à la réforme de la carte judiciaire”, cit. Director de UFC-qué choisir ? : « Estimamos que el desarrollo de las nuevas tecnologías para la realización de trámites en línea debe acompañarse de la puesta a disposición de medios materiales y técnicos que estén al servicio de todos los usuarios y consumidores. Los centros de proximidad que proponemos permitirían esta puesta a disposición en beneficio de todos los justiciables”

La asimilación al escrito se produce por la distancia que media entre el emisor y el receptor del mensaje. “La” video-audición” podría no permitir al juez de hacerse con la idea exacta de la persona que la vierte”¹³⁴ Las videoconferencias tienen lugar, ciertamente, en idéntico momento. Sin embargo, se corre el riesgo de romper el contacto físico y directo entre los actores del proceso debido a la distancia existente. La distancia, así como la fijación de lo que se dice, son también atributos del escrito. La oralidad reproduce, pues, particularidades del escrito.

22.-Forma híbrida de las nuevas tecnologías. Dicho de otro modo, las nuevas tecnologías empañan la distinción entre el oral y el escrito, constituyendo soportes híbridos. Estos escritos no formalizados siempre han existido, así como las comunicaciones orales no directas. El contacto telefónico entre magistrados y abogados son frecuentes en Alemania. En Francia, también existe esta costumbre en aquellas jurisdicciones en las que el número de representantes es limitado. Se crean vínculos entre los magistrados, procuradores o abogados aux Conseils (Cour de cassation et Conseil d'état), lo que facilita estos tramites informales, Estos, aunque antiguos, salen a la luz por la aparición de las nuevas tecnologías que proporcionan una virtualidad de uso importante. A decir verdad, las nuevas tecnologías, entre el escrito y lo oral, no crean una problemática nueva. Exacerban las dificultades recurrentes del proceso civil. Principalmente, detrás del problema relativo a la manera de manifestar la voluntad en el proceso civil, se encuentra la exigencia de un formalismo procedimental.

B) El formalismo en el proceso civil

23.- Parece que el formalismo y el proceso civil son consubstanciales (a). La aparición de un nuevo modo de expresión, renueva el debate de su consistencia (b)

a) Formalismo escrito, y formalismo oral

24.-Definición de formalismo. El formalismo proviene del derecho romano, en el cual la validez de los actos realizados dependía de la observación de las formas requeridas. El formalismo, según J.FLOUR, “no aparece que tanto el consentimiento debe ser envuelto en un sobre estrictamente determinado por la ley, de tal modo que, si las prescripciones edictadas por esta no han sido respetadas, la manifestación de voluntad resultaría ineficaz jurídicamente en un determinado nivel¹³⁵” El formalismo tiene un lugar importante en el proceso civil. Justificaría, particularmente, la especificidad de los actos de procedimiento.¹³⁶ Según la teoría procesalista, los actos

¹³⁴ GAUTIER, P.-Y., V° Internet, in *Dictionnaire de la Justice*, L.CADIET (Dir.), PUF, Paris, 2004.

¹³⁵ FLOUR, J., “Quelques remarques sur l'évolution du formalisme”, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges RIPERT, LGDJ, Paris, 1950, T.I, pp.93 y ss. V.égal. GENY, F., *Science et technique en droit privé positif*, t.3, Société de Recueil Sirey, Paris, 1925, n°203, p.98 ; CORNU, G., “Formalisme”, en *Vocabulaire Juridique*, cit. : « *El formalismo es una exigencia de forma llevada al mas alto nivel (se habla de formalismo substancial), que consiste en subordinar la validez de un acto (llamado solemne) en el cumplimiento de formalidades determinadas (requeridas so pena de nulidad absoluta)* ».

¹³⁶ Contra, considerando que el acto procesal es un acto jurídico como otro : CORNU, G., note precitada, D.1977, p.126 ; CORNU, G., FOYER, J., *Procédure Civile*, 2^{ème} éd ; PUF, Paris, coll Themis, 1996, spéc.n°84 p.374 ; .de BIEVILLE, M., *Les nullités des actes de procédure en matière civile*, thèse dact, Paris, 1944, p.9 : « *Acabamos de desentrañar el carácter esencial del acto de procedimiento : el elemento voluntario, que*

procesales se distinguirían de los meros actos jurídicos de derecho civil, por la idea de que es el legislador el que impone un formalismo que suplanta el rol de la voluntad. Mientras que la voluntad es quien genera, ella sola, los efectos del acto jurídico, en el proceso estos no se producirían con el único concurso de la voluntad. Los efectos serían causados por el formalismo y solamente se provocarían por la voluntad. “El efecto de derecho no está aquí directamente ordenado por la voluntad, pero por la forma elegida¹³⁷”

Esta teoría, debe ser matizada según el tipo de acto al que nos referamos. Respecto de los actos directivos, cuya finalidad sería hacer avanzar el proceso para obtener un juicio, formalistas, y sometidos al poder del juez, se oponen los actos dispositivos, los cuales persiguen renunciar a la justicia del estado. Para estos últimos, el rol de la voluntad es más importante, y la asimilación a los actos jurídicos civiles se realiza de forma más liviana. “La voluntad del autor de un acto directivo debe necesariamente encontrar su límite en las prerrogativas del juez destinadas a dirigir la instancia para que esta encuentre su desenlace en un juicio, mientras que la voluntad del autor de un acto dispositivo, aun cuando esta quedaría enmarcada en los límites de poder del juez, se impone, sin embargo, a este, en la medida que se orienta hacia un fin que el legislador pretende favorecer¹³⁸” Sin embargo, es corriente considerar el proceso

lo califica como un acto jurídico propiamente dicho”; DENTI, V., “Rapport général sur l’inexistence, nullité et annulabilité dans la procédure civile et pénale”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, t;14, 1961-1962, p.672; VERDOT, R., HEBRAUD, P., *Rép.D.Civ.*, V° Acte spéc. n°82: « los actos formalistas, como lo son los actos procesales, colocan en un primer plano el elemento externo; pero no dejan de basarse sobre una voluntad, por lo que se hace necesaria la verificación de las condiciones de capacidad, y de representación, la ausencia de vicios, y de interpretación”. HERON, J. *Droit judiciaire privé*, 3ème. Éd.par LE BARS, T., Montchrestien, Paris, 2006, n°180, p.147 ; JEULAND, E, *Droit processuel, Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, Paris, 2007, n°423 p.368 ; LEBORGNE, A., « Acte de procédure », *Rép. D.proc.civ.*, n°4,2005; GUINCHARD, S., FERRAND, F., *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Dalloz, 28 ème. Ed., Paris, 2006, n°737, p.649.

¹³⁷ MULLER, Y., *Contrat judiciaire en droit privé*, Thèse dactylographiée, Paris, 1995, pp.367-368, V. égal. TOMASIN, D., “Remarques sur la nullité des actes de procédure”, en *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Université de Sciences Sociales, Toulouse, 1981, p.870 : « El efecto de derecho no está ordenado por la voluntad, pero por la forma elegida. Esta última es el intermedio obligatorio entre la voluntad y el efecto buscado »; E.T.LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 5ème.éd., 1992, n°102, p.216.

¹³⁸ MAYER, L., *L’acte de procédure*, Thèse Paris I, 2007, spéc.n°438. Esta distinción entre actos directivos y dispositivos la retoma el Prof. L.Cadiet, en el lo concerniente a los actos convencionales entre las partes ; CADIET, L.: “Les accords sur la juridiction dans le procès”, en *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, ouvr. Coll. Sous la dir. ANCEL, P., RIVIER, M-C.*, Economica, Paris, 2001, p.52 s.;V. también HUC, T., *Du formalisme romain*, Typographie Bonal et Gibrac, Toulouse, 1861, p.9 : « ¿No lo es, asegurándose la voluntad de las partes, la regularidad del acto, y su conformidad a las reglas de la ciudad ? y, para eso, no es necesario que intervenga en el acto jurídico planteado por las partes...el notario, en efecto, es un representante de la autoridad pública cuando dota a un acto la fórmula ejecutoria, se puede decir lo mismo de los tribunales cuando vuelven ejecutivas las convenciones adoptadas”.

como formalista. El vínculo que pudiera existir con el modo de expresión había sido poco estudiado hasta que las nuevas tecnologías reavivaran la cuestión.

25.-¿Exclusión de la oralidad?. No existe un vínculo automático entre formalismo y escritura. El formalismo supone el respeto de las formalidades, que pueden ser tanto escritas como orales¹³⁹. De hecho, se ha podido oponer la formalidad al escrito reduciendo la forma a “todo hecho exterior y sensible, que, no teniendo su razón de ser ni en un principio racional ni en una necesidad social, tiene por objetivo subordinar la creación o extinción de derechos a su cumplimiento¹⁴⁰” La venta de un inmueble se haría así por gestos en el cual el vendedor manifestaría su voluntad de empujar el bien, mientras que el comprador se enrollaba en el suelo para manifestar la adquisición de la propiedad.

Sin embargo, algunos autores consideran que los procesos seguidos en jurisdicciones de excepción, son orales por no ser formalistas. “En efecto, si sobre el plano teórico, la distinción clásica del derecho civil entre el *negotium* y el *instrumentum* conserva todo su interés en el procedimiento, en la práctica, el acto de voluntad de un litigante queda desprovisto de valor mientras no haya encontrado su expresión en el escrito previsto al efecto, a pesar de ello esta matización pierde fuerza cuando se trata de procedimientos no formalistas de los tribunales de excepción¹⁴¹” Esta asimilación del formalismo a lo escrito se comprende en la medida en que la única formalidad exigida es la de la expresión oral. Más allá de este soporte de la voluntad, ninguna forma sacramental es exigida.

Ahora bien, no se puede reducir el formalismo a su expresión escrita. “Por lo que, poco importa el vector de las pretensiones o los medios, es la levedad del formalismo la que debería impregnar este procedimiento. La parte podría, pues, emplear alternativa o cumulativamente el escrito o las palabras, las dos están en pie de igualdad y producen los mismos efectos¹⁴²” Como prueba, cuando el Code de procédure civile dispone que el procedimiento es oral, la Cour de Cassation considera que la oralidad se convierte en una formalidad. Impone, entonces, el respeto de la oralidad para que los

¹³⁹ MAYER, L., “L’acte de procédure, Thèse” spéc.n°101 : « la exigencia de oralidad constituye en efecto una exigencia de forma, a partir del momento en que la formulación oral del acto en la audiencia es, en estos procedimientos, el único modo admitido para manifestar la voluntad del litigante”. CORNU, G. “Formalité”, “Vocabulaire Juridique”, cit.: la formalidad se define como una operación consistente en la realización de actos diversos que la ley exige en distintos ámbitos (formalidades administrativas, formalidades procedimentales, etc) pero con fines y sanciones variables”. Ver también ANDRIEUX, J-P., V° “Formes et procédures”, in *Dictionnaire de la cultura juridique*, ALLAND, D., RIALS, S., (Dir) PUF, Paris, 2003: « La forma requerida por el derecho ad substantiam puede ser oral (contrat verbis), escrita (contrat litteralis) o real (contrats re) y el principio se ha deducido del Digesto »

¹⁴⁰ HUC, T., *Du formalisme romain*, cit. p.7.

¹⁴¹ GUINCHARD, S., FERRAND, F., “Procédure civile” cit., n°737, p.649. V. égal. Una opinión menos categórica, LAGARDE, X. “Formalismo”, in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET, L., (Dir), cit. “Generalmente, y salvo pervivencia del pasado (por ejemplo, la necesidad de esperar que tres velas se consuman antes de declarar el cierre de una venta por subasta de un bien inmobiliario), las formas impuestas son formas escritas”

¹⁴² GENTILI, C., *L’écrit des parties et le procès oral*, Procédures, décembre 2007, Etudes, 24, spéc.n°2.

actos procesales sean considerados validos. La Cour de Cassation multiplica sin embargo, a placer, excepciones a esta formalidad oral generando dudas sobre su consistencia. Según un sector de la doctrina¹⁴³, lo oral sería una especie de favor hecho a las partes, pero no una obligación, lo que no la convertiría, pues, en una formalidad.

26.- La finalidad del formalismo. El formalismo en el proceso, la mayoría de las veces, es evidentemente protector. Así, en los procesos orales la simplicidad de la forma oral protegería al justiciable, ya que le garantiza una proximidad con la justicia. “En su principio, el formalismo es protector de los derechos del justiciable; este obstáculo es también garantía de buena justicia¹⁴⁴.” Si este formalismo pierde su objetivo por una jurisprudencia excesivamente rigurosa que acaba por convertirlo en una trampa, una ilusión, se produce entonces un efecto perverso de algo, que sin embargo, pretendía ser un ejemplo de formalismo “flexible”.

Igualmente el escrito es una manera de formalizar la protección de las partes por la información que contiene y que proporciona. Se habla en este caso de formalismo informativo¹⁴⁵.

El formalismo, por otro lado, puede ser directivo, como lo es en el caso de la exigencia relativa a la presentación formal de conclusiones escritas. El vínculo se realiza en este caso entre formalismo y eficacia del procedimiento. El rigor en la redacción facilita el trabajo de los magistrados. Así, se preconiza en apelación el imponer una separación de los motivos y del dispositivo en las conclusiones, lo que supondría una exacerbación del formalismo. “La reforma consistiría en introducir en el Nouveau Code de Procédure Civile un artículo que contuviese las reglas aplicables en materia de presentación de las conclusiones en apelación y de los documentos que se presentan en apoyo de las mismas. Otro artículo sería consagrado a las sanciones susceptibles de aplicación de caso de no cumplimiento de las normas así edictadas”¹⁴⁶. Estas exigencias de precisión, de concisión, y de orden, podrían imponerse al oral aun

¹⁴³ JEULAND, E., “La place de l’écrit dans la procédure orale”, *Bull. inf. C.Cass, hors série* 1994, n°3, p.39 y ss.; AMRANI-MEKKI, S., obs. sous Cass. Soc, 14 mars 2007, *JCP*, G, 2007, I, 200, n°é’, Contra, PERROT, R., *RTD Civ.* 1993, p.193, *Procédures* 2002, comm.181.

¹⁴⁴ CADIET, L., JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, 5^{ème}. Ed. Litec, Paris, 2006, n°16, p.9.

¹⁴⁵ LAGARDE, X., “Formalismo”, en “Dictionnaire de la Justice”, cit. “*Por lo demás, el objeto de las reglas procesales es el de garantizar un desarrollo del proceso en condiciones equitativas, lo que supone, esencialmente, el respeto de “la igualdad de armas”, definida como “la posibilidad razonable (para una parte) de exponer su causa en condiciones que no la sitúen en desventaja en relación con la parte adversa)”*, y, de manera general, el respeto de los derechos de defensa. Con el fin de asegurar la efectividad de estas exigencias, importa que las partes sean claramente informadas sobre el objeto y evolución del proceso. Para hacer llegar la información, la solución formalista presenta ventajas: de ahí, por ejemplo, las menciones obligatorias que constan en la comunicación de la demanda que permiten al demandado identificar quién le esta requiriendo en un proceso, y por qué motivos, la precisión de los plazos procedimentales, la información sobre las vías de recurso de que disponen las partes, etc.”

¹⁴⁶ CHAZAL DE MAURIAC, R., “La structuration des écritures”, in *L’efficacité au service de la justice*, *Gaz. Pal.* 20 nov. 2007 pp.13 y ss. spéc. p.14.

en el caso de que las ausencia de representación y asistencia letrada las volviera de difícil respeto.

¿Cómo se acomodan, pues, las nuevas tecnologías al formalismo?

b) Formalismo y nuevas tecnologías

27.- Indiferencia de las nuevas tecnologías. Tres vías son plausibles y posibles en lo concerniente a las relaciones del formalismo y las nuevas tecnologías. En primer lugar, podría resultar en todo indiferente para las nuevas tecnologías, y se calcaría el régimen relativo al escrito o al oral, según su utilización.

El escrito y el oral, no dejan de ser, en efecto, más que modalidades de manifestar la voluntad en el proceso civil. Entre estas formas de expresión, la elección retenida se sitúa a veces en beneficio de un formalismo particular. “Rigurosamente entendido, (el formalismo) no es caracterizado que en el caso de que las partes en un acto no sean libres de elegir la forma necesaria para expresar su voluntad¹⁴⁷” Así, la demanda “obedece a un formalismo que resulta de la naturaleza misma del acto, y no depende del carácter oral o escrito del procedimiento¹⁴⁸” Podría, entonces, ser totalmente indiferente el soporte electrónico de cara al formalismo. Si el escrito en papel se asimila al escrito electrónico, las formas, entonces, deberían reproducirse escrupulosamente.

28.-Del formalismo al consensualismo. En segundo lugar, las nuevas tecnologías podrían ofrecer una puerta de entrada al consensualismo en el proceso civil. El acto consensual es “un acto jurídico, un contrato, o una convención, que puede concluirse, según la voluntad de los interesados, bajo una forma cualquiera, y respecto del cual se dice que resulta exclusivamente del intercambio de consentimientos, de modo que las voluntades se acuerdan de una manera u otra, bien por escrito, (en documento privado, acto auténtico), bien oralmente, incluso tácitamente¹⁴⁹” Lo importante es que la voluntad sea conducida hasta su destinatario, poco importa su modo de expresión. Así, si la ley o la jurisprudencia exigen en ocasiones una cierta consistencia en los actos de procedimiento, es con el fin de garantizar la seguridad jurídica. La cuestión es, por lo tanto, más bien una cuestión de prueba sobre el contenido de la voluntad, que la de su modalidad de expresión. Por eso, en caso de desistimiento, o de allanamiento, la importancia del acto que pone fin a la instancia impone que sea por escrito, aunque se estima suficiente por medio de declaración oral, si esta asegura su modo de prueba. La seguridad puede también obtenerse por la expresión oral. Las nuevas tecnologías en esto aportan nuevos medios de comunicación cuyo mérito consiste en ser simples y además dejan rastro de su uso¹⁵⁰. Podrían así simplificarse los intercambios, privilegiando el negotium sobre el instrumentum, mediante la decadencia del formalismo traduciéndose por una indiferencia en la forma de expresión. De este modo no habría necesariamente consensualismo, pero un formalismo menos pesado, o un consensualismo dirigido¹⁵¹ Es

¹⁴⁷ LAGARDE, X., “Formalisme”, cit.

¹⁴⁸ GENTILI, C., *L’écrit des parties dans les procédures orales*, op.cit. spéc. n° 18.

¹⁴⁹ CORNU, G., “Consensuel”, in *Vocabulaire juridique*, op.cit.

¹⁵⁰ En Alemania, le § 371 a. ZPO precisa que los escritos electrónicos tienen la misma fuerza probatoria que los actos reflejados en documentos privados. Aunque el alineo 2 dispone que en el caso de ser emitidos por el tribunal dentro del límite de sus funciones, tendrán la fuerza probatoria del acto auténtico.

¹⁵¹ El Reglamento interior unificado de la Abogacía recuerda así en qué consiste el secreto profesional (art.2.2: sea cual fuera el soporte, material o inmaterial (papel, fax,

en este sentido que la Cour de Cassation propone, en su memoria anual, que el juez tenga en cuenta en los procedimientos orales “los escritos de las partes, según las modalidades que surjan por la evolución sociológica y las tecnologías contemporáneas¹⁵²”. La oralidad ya no es una formalidad impuesta, pero una manifestación posible de la voluntad.

Además, las nuevas tecnologías tienen el mérito de sacar a la luz actos procedimentales no formalistas que son fruto de la práctica de los Tribunales. Las nuevas tecnologías descubren una imagen flexible del intercambio entre el magistrado y las partes. Menos marcado por la dirección del juez, el lugar que se deja al dialogo informal es mas importante. “Incluso si una intervención legislativa o reglamentaria puede ser necesaria para suavizar el formalismo procedimental, no hay duda de que las mejores iniciativas tomadas en este ámbito son las que llevan a cabo los profesionales, ya sean magistrados o auxiliares de justicia¹⁵³”. Estos actos son hoy más visibles, ya que la aparición de las nuevas tecnologías ha puesto en tela de juicio el problema del estatuto de una conversación telefónica o del envío de un mensaje electrónico. Así, el iCourtLab, creado en el año 2006 en Singapur, experimenta con las nuevas tecnologías, y pone a punto “the web-based desktop video conferencing”, es decir, una comunicación entre abogados y secretario judicial vía teléfono móvil¹⁵⁴.

La ausencia de forma no impide conferir algunos efectos de derecho a dichos actos, como podrían ser la posibilidad de interrumpir un plazo de expiración de la instancia mediante un email que manifestara un verdadero impulso procesal.

De ahí a considerar que el consensualismo gana el procedimiento civil, solo hay un paso.

29.-Un formalismo paradójicamente más riguroso. En tercer lugar, paradójicamente, las nuevas tecnologías hacen temer el resurgimiento de un formalismo arcaico. El Reglamento Interior Unificado de la Abogacía enseguida ha percibido la necesidad de regular las nuevas tecnologías en lo que refiere al secreto profesional, la confidencialidad, las obligaciones del abogado en la indicación de la dirección de internet, etc.

Además, la práctica se encuentra frente a problemas de nueva índole, y se tiene la tendencia a ser aun más exigente que con los escritos ordinarios. De ahí la dificultad que se plantea con las comunicaciones electrónicas operadas por una sociedad de abogados. Cuando un abogado cambia de estructura, pero es la sociedad la destinataria de los mensajes electrónicos, la cuestión que se plantea es la de saber si el asunto permanece en la estructura, o si por el contrario sigue al abogado en su nueva

vía electrónica...) la confidencialidad necesaria de las comunicaciones “sea cual fuera el soporte” (art.3-1), o las modalidades de comunicación por teléfono, o de correo electrónico con el adversario en vistas de alcanzar una solución amistosa (art.8-2).

¹⁵² *Rapport de la Cour de Cassation 2003*, spéc. p.17, et *Rapport de la Cour de Cassation 2006*, spéc.p.12.

¹⁵³ CROZE, H., “Le Conseil National des Barreaux et l’avocat électronique”, cit.

¹⁵⁴ WALKER, J., WATSON, G-D., “New technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p.27: “Las audiencias por teléfono, y la videoconferencia han aumentado la eficiencia, pero se presenta el reto de la valoración de la prueba o de lo sometido de este forma, en relación con lo que se ve y se oye cara a cara”

sociedad.¹⁵⁵ Actualmente se debe proceder a una nueva certificación: bien para el abogado que ha cambiado de estructura si éste conserva la dirección del asunto, o bien para el abogado que ha sido designado para llevar el asunto que conserva la estructura. Pero, cuando el procedimiento es escrito, basta una constitución en el sitio y lugar, que no es ni siquiera necesaria si es la estructura quien conservó el expediente. La preocupación por garantizar la seguridad de las comunicaciones correría el riesgo de limitar la seducción generada por las nuevas tecnologías, convirtiéndolas paradójicamente más formalistas¹⁵⁶. En este sentido las nuevas tecnologías marcarían un retroceso hacia un procedimiento romano-germánico, una regresión¹⁵⁷. Así, si la tecnología facilita el trabajo del abogado que puede obtener una fecha en référé fácilmente, sin embargo impide a continuación de poder modificar la rigidez del sistema.

En Alemania, si el §130 ZPO permite desde 2001 el uso de escritos electrónicos, es siempre con el uso de firma digital certificada, según lo establecido en la ley sobre firma electrónica.

Las nuevas tecnologías ofrecen una nueva posibilidad para manifestar la voluntad que lleva a renovar la cuestión del formalismo en el procedimiento civil. Técnicamente, la herramienta no es neutra, porque no es reductible ni al escrito ni a lo oral. Calificada de oralidad secundaria, no posee, sin embargo, de alma. Sería una oralidad sin cuerpo, desencarnada, despersonalizada.

II. UNA ORALIDAD DESENCARNADA

30.- Las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías sobre soporte electrónico a la oralidad corren el riesgo de constituir un anzuelo procedimental. Bajo la excusa de que aportan simplicidad, rapidez y eficacia, caracteres propios a la oralidad, estas, sin embargo la privan de su alma: el contacto con los protagonistas del proceso. Esta despersonalización impide plantear un equivalente funcional con el escrito o el oral. Esta tercera modalidad de expresión de la voluntad en el proceso ofrece una novedad seductora para determinados actos, para determinado tipo de procedimientos, pero es dudoso que pueda incitar la creación de un procedimiento exclusivamente electrónico. Esta forma de oralidad incorpórea debe, pues, ser apreciada (1), para juzgar su justo lugar en el proceso civil (2).

¹⁵⁵ REBBOH, S., “La mise en état électronique”, in *L’efficacité au service de la justice civile, 4^{ème} entretiens du Palais, Gaz. Pal. 25-27 novembre 2007*, pp.5 et s., espec. p.7 : « *Quien en una SCP, o en una SELARL, en una asociación, va a recibir los mensajes? Más delicado aun, ¿qué sucede cuando existe una modificación de la estructura a la que pertenece el abogado constituido? ¿Qué sucede cuando este abandona una estructura en la que lleva un asunto cuando es la estructura la que recibe los mensajes que conciernen ese asunto específico? Los asuntos, ¿se quedarán en la estructura? ¿O seguirán al abogado a su nueva estructura?* »

¹⁵⁶ En este sentido, NORMAND-BONNARD, X., “La mise en état électronique”, in *L’efficacité au service de la justice civile, 4^{ème} entretiens du Palais, Gaz. Pal. 25-27 novembre 2007*, pp.8 y sig., espec. p.11, JAMIN, C., “Rapport de synthèse”, in *L’efficacité au service de la justice, op.cit.*, pp.63 y sig., espec.p.67 : « *Nos podemos preguntar, como lo hace M.NORMAND-BONNARD, si el perfeccionamiento de la técnica no engendraría en ocasiones exigencias jurídicas superiores que las que existían anteriormente, lo que hace cuestionarse de nuevo la relación coste, ventajas* »

¹⁵⁷ JEULAND, E., « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », cit. p.263.

1. Apreciación de la oralidad secundaria

31- “El saber comienza en la conversación y termina en la conversación (...), el saber se adquiere mejor por las orejas que por los ojos¹⁵⁸” Las nuevas tecnologías tienen, ante todo, por escollo el de cortar el contacto directo entre los protagonistas del proceso. Ahora bien, ese contacto es esencial para que la oralidad sea efectiva, y constituye incluso un principio del procedimiento en los procesos ibéricos. El principio de intermediación, que se traduce por el principio de presencia es común en todos los procedimientos, incluso si su formulación no está claramente delimitada (A). Además, ellas cambian sensiblemente las tareas de los actores del proceso (B) de suerte que, todo, tanto el escrito, como lo oral, contienen en si el defecto de sus ventajas.

A) El principio de presencia

32.- La determinación de la consistencia del principio de presencia (a) permitirá estudiar su alteración por las nuevas tecnologías (b)

a) Consistencia del principio de presencia

33.-Principio de presencia en los procedimientos ibéricos. Las nuevas tecnologías responden a la inquietud de dar proximidad, simplicidad y accesibilidad a la justicia, características también atribuidas a los procedimientos de forma oral. Es por esto que a veces se califican de oralidad secundaria. No obstante, el alma de la oralidad parece haber desaparecido.

La oralidad atrae porque permite un contacto directo entre el juez y los justiciables, lo que asegura el respeto de la contradicción, y otorga publicidad al procedimiento. Ahora bien, este contacto se ve alterado por las nuevas tecnologías. Cuando se trata de intercambios electrónicos, a pesar de que exista un respeto a la contradicción, y haya un automatismo en las comunicaciones, que pueden realizarse simultáneamente (chat), faltaría esta presencia física. La fría pantalla del ordenador constituye una barrera, lo que permite fácilmente la simulación. Cuando se trata de videoconferencia, el contacto físico también se encuentra ausente. “Un procedimiento en su integridad virtual es incompatible con esta exigencia de contacto directo entre el juez, las partes, y la prueba. Es cierto que con las web-cams, y similares, el juez “podría” ver las partes, testigos, y peritos, pero aun así faltaría el carácter directo de este contacto¹⁵⁹” La distancia geográfica coloca un espacio emocional con el resto de los protagonistas del proceso. Ni siquiera es posible suplirlo con la práctica al uso de colocar una pantalla del tamaño de la pared que permita ver los protagonistas de cuerpo entero.

Los procedimientos ibéricos establecen el principio de intermediación, traducible en Francia por el principio de presencia¹⁶⁰, y es aquel por el cual debe haber una reunión física entre el juez y las partes¹⁶¹. El juez debe escuchar las alegaciones de las partes,

¹⁵⁸ GUAZZO, S., cité par WAQUET, F., *Parler comme un livre, L'oralité et le savoir XVIè-XXè siècle*, Albin Michel, coll. *L'évolution de l'humanité*, 2003, spéc.p.296.

¹⁵⁹ GASCON INCHAUSTI, F., *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, in Colloque de Bahia, septembre 2007.

¹⁶⁰ JEULAND, E., « L'arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », cit., pp.262 y sig.

¹⁶¹ Así, el artículo 137 de la LEC, dispone: *Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas. I. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté*

experimentar las pruebas frente a él, y debe ser además la persona que juzgue. La norma es importante, ya que si se interrumpe la instancia, o esta se suspende, habrá que asegurarse de que sea el mismo juez el que retome el desarrollo del proceso, y en caso contrario, recomenzar lo realizado. Este principio, además, se sanciona con la nulidad de lo actuado, de pleno derecho, pudiendo ser declarado de oficio por el juez, sobre todo en caso de recurso. La sanción es rigurosa, lo que revela la importancia de la norma.

34.-Principio de presencia en otros sistemas procesales. Si bien un principio de estas características no existe en todos los países, conviene cuanto menos señalar que se encuentra subyacente. Así, en los procedimientos de Common Law, influenciados por las obras de J.BENTHAM, retoman su substancia. Según este autor, “ningún escrito se recibe en nombre de una parte que en el carácter de declaración, y como acta de declaración oral en el caso de que la comparación personal no hubiere sido posible, o como suplemento al testimonio oral en la sesión inicial (...) Cada causa es oída del principio al final por el mismo juez. El mismo que recoge las pruebas, pronuncia su decisión¹⁶²”. La importancia del contacto humano es aún más fuerte en los sistemas de Common Law, como los Estados Unidos, que funciona con el jurado popular. La fuerza de persuasión es más grande con la presencia física. La emoción cuenta con un lugar particular, es por esto que en Japón, por ejemplo, se haya instaurado hace poco¹⁶³ un jurado de estas características en materia penal, lo que, por otro lado, ha sido objeto de críticas. La eficacia de la cross examination puede depender de esta presencia física de los protagonistas del proceso. Hay, además, un juego físico del abogado que evoluciona en la escena del tribunal.

Movidos por una concepción diferente del proceso, los procedimientos de los países socialistas llegaban al mismo resultado. “El principio va unido al carácter popular

conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebren siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto. 3. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones ». CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, T 1, Práctica jurídica, Tecnos, Madrid, 2000, spéc. p. 234 « *El principio de inmediación significa que el juez se halla en contacto o comunicación directa con las partes o con los materiales del proceso, a medida que se van produciendo, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto ».*

¹⁶² BENTHAM, J., *Oeuvres, III*, 3^{ème} éd. Société belge de librairie Hauman, 1840, p.75 y ss. V. égal. JOHNES, A-J., *Suggestions for a reform of the court of chancery by an union of the jurisdictions of Equity and Law*, London, Saunders and Benning, 1834, p.85 y ss. El autor critica el sistema de la prueba, les *written* ou *documentary evidence* que eran pruebas escritas. Incluso los testimonios, *interrogatories questions* se formulaban por escrito en ausencia de las partes y de sus defensores, frente a un auxiliar de justicia que no era el juez (los *examiners*).

¹⁶³ Se trata de la ley de 28 de mayo de 2004, y entrara en vigor el 28 de mayo de 2009. Compuesto por seis personas elegidas al azar entre las listas electorales. La cultura japonesa no está preparada para un sistema semejante. El estado utiliza los medios de comunicación para sensibilizar a la población de la importancia de la represión penal.

de la justicia (...) es decir, a la idea de que su administración debe cumplir con su misión fundamental de educar las masas¹⁶⁴,

35.- Principio de presencia, oralidad, y publicidad. El principio de presencia se distingue de la oralidad y de la publicidad, aun cuando estos se encuentran íntimamente ligados entre sí. “La intermediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto, que incluso puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de dos aspectos de una misma realidad¹⁶⁵” Un procedimiento por videoconferencia respeta la oralidad y la publicidad, pero no la presencia de las partes. El uso de escritos electrónicos, por el contrario, no respeta la publicidad. Hay mecanismos previstos, y a veces se aplican para reconstituir. Se puede pensar en la posibilidad de dar acceso sobre internet a los procesos que no den lugar a una audiencia física. La Cour de Cassation ha tenido la ocasión de afirmar que la puesta a disposición del pronunciamiento del fallo en la Secretaria Judicial no afecta el principio de publicidad de la vista¹⁶⁶. Sucedería lo mismo con esta puesta a disposición electrónica. Sin embargo, esta publicidad es de menor intensidad. Ahí, donde la góndola procesal se podía pasear por los canales del Palais para oír la justicia, ahora, sin embargo, habría que actuar para poder obtener comunicación de un proceso particular. La publicidad no se dirige, pues, erga omnes, pero solamente hacia las personas interesadas.

Algunos países admiten incluso la difusión de la audiencia en cadenas de televisión, como Brasil, o Escocia. Una difusión de estas características está prohibida en Francia, salvo casos excepcionales¹⁶⁷. El informe elaborado en Francia por la Comisión sobre la grabación y difusión de debates judiciales considera de este modo que “todo ciudadano sería de una parte ilustrado sobre los riesgos que se toman en caso de tener una desviación de comportamiento, así como sobre los procedimientos a seguir en caso de litigio, y por otra parte, mejoraría incluso la comprensión de lo que está en juego, y a lo que las instituciones se confrontan¹⁶⁸”. Sin embargo estos argumentos

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit, pp.32-33.

¹⁶⁵ CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., “La nueva ley de enjuiciamiento civil”, cit., spéc. p. 235. Ver. CORTES DOMINGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil*, parte general, 4^{ème} éd., 2001, Colex, spéc. p. 39 : « *La oralidad del procedimiento exige la intermediación del juez, pero ambos conceptos no se identifican absolutamente. Si un órgano jurisdiccional decidiera con arreglo al resultado de las actas, el procedimiento sería inmediato pero escrito ; contrariamente, una prueba testifical, realizada por un juez comisionado, mediante la vía del auxilio judicial, es mediatamente oral* ».

¹⁶⁶ Soc. 24 janvier 2007, *Bull. civ.*, V, n° 11. Cette disposition n’est pas non plus contraire aux exigences du procès équitable ; Civ. 1, 25 avril 2006, *Bull. civ.*, I, n° 198 ; Civ. 3, 31 octobre 2006, *Bull. civ.*, III, n° 124 ; Civ. 1, 12 décembre 2006, *Bull. civ.*, I, n° 542.

¹⁶⁷ En Francia sólo es posible filmar las audiencias para la su conservación en los archivos históricos (caso Barbie, Touvier), o en materia penal para evitar a menores víctimas de infracciones sexuales varias tomas de declaración (art.706-52 CPP). La ley de simplificación del derecho, de 20 de diciembre de 2007, que permite las videoconferencias, sigue el mismo principio de prohibición de toda grabación sonora o visual.

¹⁶⁸ Rapport de la Commission sur l’enregistrement et la diffusion de débats judiciaires, accessible en el sitio del ministère de la justice : justice.gouv.fr/publicat/rapports.htm.

pueden ser dados la vuelta, tal y como sugiere la motivación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa justamente, a la difusión radiotelevisada de un proceso¹⁶⁹: “Según las circunstancias, la retransmisión en directo de un proceso puede provocar un aumento de presión sobre los participantes en el mismo, influenciarlos indebidamente sobre su comportamiento, y por lo tanto, entorpecer la buena administración de la justicia. Dado que la retransmisión en directo comporta, a pesar de todo, ciertas filtraciones por parte de los periodistas, no sería apta para substituir la presencia del público en el lugar, uno de los medios de asegurar la transparencia y la crítica del poder judicial por el público”.

Este principio de presencia se ve, pues, embestido con fuerza por el uso de las nuevas tecnologías.

b) Las nuevas tecnologías y el principio de presencia

36.-El escrito electrónico y el principio de presencia. Las nuevas tecnologías revelan el riesgo de perder el vínculo físico esencial para la eficacia de la justicia. La barrera de la pantalla plantea el problema de la disminución de la solemnidad de la declaración. Si bien es cierto que esto ya se ha demostrado con la posibilidad de proceder a través de atestados, y declaraciones escritas, en lugar de seguir una verdadera investigación. Pero puede cuestionarse si la existencia de esta derogación bastaría para justificar su extensión. Las nuevas tecnologías llevan, lo más a menudo, a intercambios electrónicos escritos. Ahora bien, se subraya que “la mitad del simbolismo de un lenguaje vivo se pierde cuando se confía al papel, y este simbolismo es el medio por el cual las fuerzas mentales del auditor pueden ser mejor conservadas y mas agradablemente provocadas¹⁷⁰”.

Ciertamente, se podría apuntar que ya existen muchos procedimientos, que funcionan, con una exclusividad total del escrito. Sin embargo, además de estar limitados a contenciosos técnicos en los cuales el margen de discusión a priori se ve reducido, el paso al escrito electrónico es una nueva alteración del principio de presencia tan fuerte que tiene incluso vocación de ser utilizado en procedimientos hoy considerados como orales. Es el caso, por ejemplo, de los pequeños litigios, especialmente los relativos a consumidores y usuarios, una especie de litigios de proximidad podrían ser los temas más dados a una distanciamiento físico. Ahora bien, el peligro podría ser aun más grande, ya que, al contrario de lo que sucede con el escrito en papel, el escrito electrónico no se lee de modo tan concienzudo. La lectura informática difiere sensiblemente de la lectura sobre soporte en papel “de ahí una posible impresión de molestia, de desorientación, o de dificultad, pero también de libertad, de placer o satisfacción. Cuando se sabe que la comprensión y la memorización son proporcionales a la velocidad de lectura, se comprende que un nuevo soporte que reduce la automatización de los procesos provoca un déficit de resultado¹⁷¹”. Si, por

¹⁶⁹ CEDH, *P4 Radio Hele Norge c/ Norvège*, 6 mai 2003, n° 76682/01

¹⁷⁰ HENRY HALFORD VAUGHAN justifica así la superioridad de la lección impartida, frente al libro (1950), citado por WAQUET, F., “Parler comme un livre”, cit., p. 266 ; BOURDIEU, P., *Choses dites*, éd. De minuit, Paris 1987, pp. 7-9 : « la preocupación por hacer sentir o de hacer comprender, que se impone por la presencia directa de interlocutores atentos, incita a un ir y venir, entre la abstracción y la ejemplificación ».

¹⁷¹ BELISLE, C., *Lire avec un livre électronique : un nouveau contrat de lecture ?*, en Interdisciplines.org

ahora, el escrito electrónico debe y hasta a veces puede doblarse y transformarse en un escrito papel, nadie duda de que la búsqueda de la celeridad de la justicia pasa por la supresión total de éste algún día, y este paso impone un tiempo y un coste considerados a veces como insoportables, e inútiles. Los últimos avances procedimentales en la materia lo atestiguan. “Concretamente, los documentos previstos por el art.748-1 del Código de Procédure Civil (los envíos, los depósitos, avisos, convocatorias...) pueden ser expedidos por la jurisdicción al abogado por mensajería electrónica. Ya no tienen que ser impresos, ni expedidos en formato papel, esto evita al Secretario judicial numerosas manipulaciones¹⁷²”

37.- Las videoconferencias y el principio de presencia. Cuando las nuevas tecnologías recurren a la videoconferencia, la alteración es mínima, pero aun así, subsiste. Se puede uno preguntar si las garantías del proceso justo son respetadas en ausencia de contacto humano. El artículo 6§1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, dispone, en efecto, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída”. Dos cuestiones se plantean entonces. Esta escucha, ¿debe ser oral, o puede ser escrita? Esto supone interrogarse acerca de lo que la expresión “ser oído” debe ser interpretada, si de una forma estricta, o de una manera extensa como el hecho de “haber podido expresarse”. Si jurídicamente nada impone que la audición sea oral, sin embargo no puede negarse que esta es oportuna. “En fin, el juez esperado, ¿no es un juez en persona? Nuestra experiencia personal nos proporciona ejemplos de justiciables que, habiendo tenido un proceso civil, o penal, grave o no, han expresado su satisfacción al final del procedimiento en relación no ya con la decisión, que podía ser diferente de la decisión esperada, pero por el hecho de haber sido-al fin- “escuchados”. Ciertamente, se puede escuchar y ver a distancia, podemos ser convincentes por courriel, podemos revelar la personalidad sobre fotos numéricas, o en la pantalla. Pero el intercambio directo entre la persona que se expresa en un proceso, al título que sea, y la persona del que va a decidir, es irremplazable (...) Privar completamente a las partes de la posibilidad de dirigirse al juez sin intermediario humano o técnico, sería, quizá, en algunos casos, contrario al principio del proceso justo, equitativo¹⁷³”

De ahí se pasa, insensiblemente, de lo jurídico a lo sociológico: el sentimiento de justicia¹⁷⁴. La justicia ofrece una visión deshumanizada de ella misma, una especie de proceso kafkiano, en el que la justicia no se deja ya ver. Independientemente de las nuevas tecnologías, en Francia el riesgo se ha demostrado ya con el procedimiento escrito, en el que las partes han renunciado a las alegaciones orales, y en los que el juicio se pronuncia mediante su depósito en la Secretaria Judicial. El contacto entre el magistrado y la parte se encuentra discursos, de costumbres, que son también símbolos judiciales.

¹⁷² DIDIER G., SABATER, G., “Dématérialisation des procédures : « une révolution culturelle est nécessaire », *J.C.P.*, 2008, I, 118.

¹⁷³ LEGRAS, M., “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, pp.197 y sig., en *L’administration électronique au service des citoyens*, G. Chatillon, B. Du Marais (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 203-204.

¹⁷⁴ COUCHEZ, G. “La parole et l’écrit en droit judiciaire privé”, cit., p. 22 y sig, p. 66 : « *El habla se dirige a menudo más al sentimiento que a la razón, existe un riesgo de ver hacer depender de la oralidad la solución del litigio, de una parte irracional, de no jurídico* ».

Además, el testimonio a distancia plantea el problema de la manera en que se filma. Nadie duda que, para evitar puestas en escena, todo efecto dramático todo movimiento de cámara, estará proscrito. El plano fijo, encuadrado sobre el testigo, impide hacerse una impresión de conjunto. ¿Mostro un estrés particular por movimientos intempestivos de piernas? Las partes ¿miraban con insistencia?¹⁷⁵

38. Admitir las nuevas tecnologías en los procesos civiles, no puede hacerse, pues, sin preguntarse “qué tipo de presencia debe exigirse en el futuro en un proceso¹⁷⁶”, ¿Es realmente necesaria una presencia física o corporal, o es posible contentarse con intercambios escritos, o videoconferencias? La respuesta a esta cuestión tan esencial, ordena el lugar que habría que acordar a las nuevas tecnologías en el proceso. Este último dependerá igualmente de la manera en la que las nuevas tecnologías vayan a perturbar el oficio de las personas que participan en un proceso.

B) El oficio de los actores del proceso civil

39.- El carácter escrito u oral del procedimiento está íntimamente ligado a las funciones relativas al oficio de los protagonistas del proceso: el juez (a) y los auxiliares de justicia (b).

a) El oficio del juez

40.- Relación ente el carácter oral o escrito del procedimiento, con el oficio del juez. P.HEBRAUD señalaba que “el carácter escrito u oral del procedimiento tiene mucha relación con el rol que corresponde a las partes y al juez en el proceso. La dirección del proceso por el juez se inclina hacia el carácter escrito, mientras que la dirección de las partes se adapta mejor a la oralidad¹⁷⁷”. Ni el modelo acusatorio, ni el modelo inquisitivo existen en estado puro. En el proceso civil se trata más bien de una cooperación entre las partes y el juez, que se verifica sea cual sea el sistema judicial¹⁷⁸. Este equilibrio de poderes de los protagonistas del proceso se encuentra en el uso ponderado de lo escrito y de lo oral en el procedimiento civil, pero podría verse perturbado también por la aparición de las nuevas tecnologías. Así, según

¹⁷⁵ WALKER, J., WATSON, G-D, “New Technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p. 23: «*Según se van introduciendo nuevas evoluciones, la preocupación se ha centrado en estudiar la manera en que los medios, y la presentación de los métodos, pueden llegar a distorsionar la percepción de los miembros del jurado en el prueba presentada*”.

¹⁷⁶ GILLES, P., FISCHER, N., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

¹⁷⁷ HEBRAUD, P., “L’élément écrit et l’élément oral dans la procédure civile”, cit.pp. 323 y ss., spéc. p. 348 ; D’AMBRA, D., “Oralité / Ecritures”, in *Dictionnaire de la justice*, CADIET, L., (Dir.), P.U.F., Paris, 2004: «*En realidad el principio de oralidad nunca se ha buscado en si mismo. Es el reflejo de principios más fundamentales. Así, el carácter escrito u oral del procedimiento varía según el rol acordado al juez y a las partes. La escritura se presta más a un procedimiento de tipo inquisitivo, mientras que el acusatorio necesita la oralidad. Cuando la prueba es libre, el procedimiento puede ser oral, mientras que el sistema de la prueba legal se adapta mejor a un procedimiento escrito*”.

¹⁷⁸ ZUCKERMAN, A., *Civil justice in crisis - Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, 1999 ; MARTIN, J., “Administration de la justice et techniques et managment : l’exemple anglais, en *De l’économie de la justice*”, R.I.D.E., 1999-2, n° Spécial, pp. 267 y ss.

M.E.JEULAND, “algunos principios procedimentales parecen más desarrollados en países de derecho civil, como el principio de cooperación entre los jueces y las partes (mientras que en Common Law, el juez, en principio, se encuentra pasivo), son susceptibles de verse afectados por las nuevas tecnologías¹⁷⁹” La idea sería que las nuevas tecnologías permiten un mayor dominio del juez en el desarrollo de la instancia, lo que rompería el equilibrio establecido por el principio de cooperación, y ofrecería de nuevo una imagen inquisitiva del oficio del juez en los países de civil law. En efecto, las nuevas tecnologías se asimilan a un resurgimiento del escrito, y de la instrucción, símbolo de la dirección de la instancia por el juez.

41.- Influencia de las nuevas tecnologías sobre el oficio del juez. A la inversa, las nuevas tecnologías podrían, al contrario, disminuir el oficio del juez en la determinación del objeto litigioso¹⁸⁰. En un procedimiento oral, la ausencia de representación obligatoria implica aún más al juez en el debate. La proximidad con las partes que se da en la audiencia permite al juez instaurar un dialogo interactivo entre las partes. En este sentido tendría un rol reforzado, se supone que para ayudar a las partes a formular sus pretensiones. Las partes no tienen, en efecto, la obligación de formular jurídicamente sus pretensiones y fundamentos. Le corresponde al juez la obligación de declarar de oficio cual es la calificación jurídica aplicable¹⁸¹. Sin embargo, el juez se queda más al margen en los procedimientos escritos debido a la existencia de las notificaciones de demanda calificativas¹⁸². En este caso el juez no tiene la obligación, pero la facultad de declarar de oficio las normas que se adaptan al caso, siempre que se respete el principio de contradicción y el principio dispositivo¹⁸³. Se trata de saber si este esquema se ve afectado por la intervención de las nuevas tecnologías. Ahora bien, las nuevas tecnologías favorecen claramente el escrito, incluso cuando estos son “oralizados”. Por este hecho, suponen una distanciaci3n del justiciable con sus jueces.

¹⁷⁹ JEULAND, E., “Les nouvelles technologies dans les proc3s civils, rapport g3n3ral”, cit., n°32.

¹⁸⁰ Esto, sin contar con la influencia en el oficio del juez que tienen las nuevas tecnolog3as gracias al uso de bases de datos, utilizaci3n de sistemas expertos, de biblias de considerandos, o simplemente del ordenador.V. not. LEGRAS, M., La justice et les technologies de l’information et de la communication, pp.197 y ss., in *L’administration 3lectronique au service des citoyens*, G.Chatillon, et B. Du Marais (dir), cit.: « si el uso de las tecnolog3as de la informaci3n y de la comunicaci3n no conlleva autom3ticamente la supresi3n de la motivaci3n, se inscriben en una din3mica de armonizaci3n, formalizaci3n, y de estandarizaci3n de los contenidos, como las formas de las decisiones, que conviene saber manejar. Una sociedad que se organiza alrededor de formularios electr3nicos, y de la inmediatez de la respuesta, no debe olvidar las verdaderas razones de la exigencia de la motivaci3n que la ley impone a los jueces: un verdadero juez es el juez que se explica, que toma el tiempo de explicarse”. M3s ampliamente, se permitir3a un mejor control del oficio del juez siguiendo la pista electr3nica de su trabajo, lo que puede ser percibido como garant3a de independencia. (FABRI, M. *Amministrare la giustizia*, Lexis Clueb, Bologne, 2006, p.136 « la visibilit3 delle procedure e del lavoro svolto esalta l’autonomia e l’indipendenza dalla funzione giurisdizionale ») o, al contrario, un riesgo importante de ver afectada la independencia de la justicia (Rapport Allemand).

¹⁸¹ Cass. civ. 3, 27 juin 2006, *Proc3dures* 2007, com. n° 266, obs. PERROT, R..

¹⁸² Son aquellas demandas en justicia que contienen una fundamentaci3n jur3dica detallada, con un *petitum* jur3dicamente formulado.

¹⁸³ En ultimo lugar, A.P., 21 d3cembre 2007, *J.C.P.*, 2008, II, 10006, n. WEILLER, L.

Parece, pues, que su cooperación para la determinación de la materia litigiosa se vea disminuida. Los intercambios, incluso formales, no se harán ya en una unidad de tiempo y de lugar.

42.- Efectividad del dialogo entre el juez y las partes. La ausencia de discusión disminuye el oficio del juez en la determinación de la materia litigiosa. Aunque el dialogo se encuentra a salvo. Si se debe considerar, como M.S.GUINCHARD, que un principio de dialogo emerge en el procedimiento civil¹⁸⁴, este no se encuentra vinculado al modo de expresión, escrita u oral. De hecho, M.S.GUINCHARD cita como manifestación de un tal principio la “requête conjointe¹⁸⁵”, la asignación calificativa o los intercambios en la fase de instrucción civil¹⁸⁶. No obstante, su eficacia es mayor por el contacto directo de los protagonistas del proceso. Así lo señala M.VOGLIOTTI “de la misma forma que en un texto las palabras aparecen solas, aisladas del contexto, el que está escribiendo también se encuentra solo, aislado del resto del mundo, en un lugar artificial y silencioso que le permite ordenar sus pensamientos y de encadenarlos sobre la blanca pagina. Por el contrario, la palabra hablada siempre se dirige a otra persona: vive en el dialogo, y en una situación específica que engloba mucho más que simples discursos. Estas nunca están solas, siempre ligadas a un ambiente complejo y a un tiempo preciso. El modelo de la escritura, que se aleja, no puede desvalorizar el carácter procedimental del derecho (el proceso esencialmente ligado al tiempo y a la confrontación dialéctica), y los hechos, que se reducen a un simple accidente externo, a una ocasión para el derecho de manifestarse¹⁸⁷”

43.- Equilibrio entre finalidades y modalidades. Este principio de dialogo, que tan mal se distingue del principio de contradicción, plantea el problema del distanciamiento, a veces consecuente, de la teoría y práctica judiciales, jurídica, y sociológica. En realidad, contradicción, publicidad, diálogo, son todas garantías para asegurar el descubrimiento de la verdad judicial. Frente a esta finalidad, se encuentra igualmente la de ofrecer una justicia eficaz en el sentido de que se dará con celeridad. El escrito, lo oral, o las nuevas tecnologías son modalidades que deben todas ellas respetar estas finalidades, pero sus herramientas operan un equilibrio que le es propio. El escrito favorece la contradicción en el sentido que asegura la prueba, y evita el efecto sorpresa, pero se trata de una contradicción solidificada y sin vida. Lo oral, persigue la contradicción mediante un intercambio directo y vivo entre los sujetos participantes en el procedimiento, pero es peligroso por su carácter volátil e imprevisible. Se puede suavizar el procedimiento escrito, o reforzar los orales, las nuevas tecnologías podrían ser una vía intermedia, que según la forma en que se aprehendan, ofrecen todas las ventajas del escrito (seguridad), y del oral (discusión), o bien, todos sus defectos (distancia, ausencia de maduración).

¹⁸⁴ GUINCHARD, S., *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, op. cit., spéc. n° 1290 y ss., p. 1189 y ss.

¹⁸⁵ Nota del traductor : La requête conjointe es uno de los medios para interponer demanda que existen en Francia. Se trata de una demanda presentada conjuntamente por actor y demandado, y que se dirige directamente a la secretaria judicial del tribunal competente. Se utiliza menos que l'assignation, medio de notificación de la demanda a través de huissier de justice, que comunica la misma al demandado, y le emplaza a comparecer ante el juez. (arts.54 y 55 NCPC)

¹⁸⁶ Nota del traductor : En francés, *mise en état*.

¹⁸⁷ VOGLIOTTI, M., “De l'auteur au « rhapsode » ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain”, *R.I.E.J.*, 2003, 50, pp. 81 y ss., spéc. p.106.

b) El oficio de los auxiliares de justicia

44.- Oficio de los abogados. En relación con el trabajo de los demás protagonistas del proceso, la evolución sería bastante sensible. Las nuevas tecnologías cambian la práctica de abogados y procuradores. El procedimiento escrito debería hacerse menos formalista con la facilitación de las comunicaciones, tal y como revela el E-Barreau “ El E-Barreau, es un portal de internet únicamente accesible desde le RPVA que permitirá optimizar la gestión de las audiencias y de las instrucciones (...) el abogado gana mucho tiempo, lo que le evita desplazamientos al juzgado...Este ha sido el primer acercamiento: poder gestionar virtualmente desde su despacho las audiencias de trabajo de la instrucción en el tribunal de grande instance, volver a dar tiempo útil a los actores, secretarios judiciales, magistrados, y abogados¹⁸⁸” Las nuevas tecnologías permitirían una mejor gestión de los procedimientos escritos. Así, esto supone la posibilidad de consultar el estado de un asunto por internet, de recibir las notas electrónicas, y de no tener que desplazarse mas para audiencias formales en las que sólo se pretende solicitar un aplazamiento¹⁸⁹. Es esta una reivindicación bien antigua de los profesionales del derecho. Conservar la oralidad ahí donde ella sirve. “Si se pudiera llegar a una organización horaria de la justicia, proyecto que me es querido desde hace tiempo, ustedes volverían a ver ante ustedes abogados responsables y no, como sucede a veces, a los colaboradores, que son el vector más o menos competente para hablar de asuntos que no siempre conocen, lo que perjudica la buena oralidad¹⁹⁰”. Sin embargo, estudiada de cerca, esta afirmación debería ser matizada, ya que se ha visto que las nuevas tecnologías podían implicar un aumento del formalismo.

45.-Oficio de nuevos auxiliares de justicia. Respecto a los procedimientos orales, la posibilidad de tomar escritos informales puede llevar a que emerja la necesidad de nuevas ayudas en la redacción y transmisión de los documentos. Las nuevas tecnologías hacen surgir nuevas necesidades que suponen la intervención de nuevos auxiliares de justicia, como la de los operadores de internet, que permitirían certificar la recepción de un correo electrónico. La intervención de sociedades privadas plantea la cuestión de su estatuto en el proceso. Se ha manifestado el temor de que las empresas informáticas pudieran tener un interés en que el contencioso aumente¹⁹¹. El Icourtlab de Singapur,

¹⁸⁸ DIDIER, G., SABATER, G., “Dématisation des procédures : « une révolution culturelle est nécessaire”, cit.

¹⁸⁹ REBBOH, S., “La mise en état électronique”, cit., p.7 : « *Ha sido necesario armonizar los boletines de procedimiento, lo que se ha logrado gracias a la colaboración del Ordre des avocats, ya que se ha reducido el numero de una centena a cuatro (...) los boletines de procedimiento, que son enviados por la secretaria del tribunal de grande instance de Paris precisan, que, salvo indicación contraria, la presencia de los abogados no es obligatoria, en el momento en el que ellos reenvían el boletín a la secretaria, ya sea por vía electrónica, que es lo que nosotros preconizamos, ya sea por cualquier otro medio que no sea el fax, ya que, contrariamente a lo que pudieran imaginar, el fax no es un medio para comunicar rápidamente con una sala civil del Tribunal de Grande instance de Paris*”.

¹⁹⁰ WOOG, M., table ronde, in *La parole et l'écrit en droit judiciaire*, XIVème colloque des IEJ, Reims 3, 4 et 5 juin 1982, Presses Universitaires de Reims, sous l'égide de l'association française de DJP, 1985, spéc. p. 45

¹⁹¹ Rapport Brésilien, *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, op. cit. : « *En mi opinión, el uso progresivo de las nuevas tecnologías en el proceso es totalmente indiscutible, bien porque se impone para el tratamiento de gran número de asuntos en un menor tiempo, bien para facilitar las vías procedimentales de acceso a la justicia, o bien*

que trabaja sobre las nuevas tecnologías, lo hace también en estrecha colaboración con la industria de tecnología de punta para la creación de productos útiles.¹⁹²

Esta intervención de actores electrónicos puede ser lamentable en el sentido de que la comunicación es la traducción técnica de la contradicción. Cuando esta se realiza por vía de auxiliares de justicia, las garantías de independencia, de imparcialidad, están aseguradas. “Lo que importa para garantizar la contradicción, es menos la transmisión del acto que el control de la información contenida en el acto... El huissier de justice, con la notificación de la demanda judicial, es más humana, y es, por lo tanto, garante del equilibrio de las partes en presencia, el único garante de la contradicción, y en definitiva, uno de los garantes de la democracia¹⁹³” Sobre todo en Francia, el huissier de justice tiene una misión informadora que lo convierte en irremplazable para las notificaciones electrónicas. Existe un verdadero principio de presencia referido a él. Si, históricamente, debía tocar al destinatario con su vara de cobre o de marfil¹⁹⁴, hoy debe informar oralmente y precisar por escrito que esta diligencia ha sido respetada¹⁹⁵. Su deontología, difícilmente puede ser aplicada a los operadores de internet.

46.-Nuevas tecnologías y política jurídica. Las nuevas tecnologías son una nueva modalidad de expresión de los sujetos del proceso. Por su seducción, llevan hoy a plantear cuestiones aún no resueltas sobre el estatuto de lo oral y de lo escrito en el proceso civil. Y la falta de teorización al respecto se hace sentir. Esta carencia se

porque sea la consecuencia propia a un desarrollo tecnológico de formas de comunicación, de escritura y grabación de datos, o finalmente, porque la potencia industrial y comercial de las empresas informáticas empujará a su uso judicial, como un campo de enormes posibilidades económicas para su industria y el comercio del sector informático ».

¹⁹² WALKER J., WATSON, G-D, “New Technologies and the Civil Litigation Process”, cit., p. 23 : « *The iCourtLab88 was launched in July 2006 and the Courts have since linked it with the IT industry to test out their product and solutions* ». v. égal. *Leadership in Customer Service: Delivering on the Promise*, spéc. p. 73 :

http://www.accenture.com/Global/Services/By_Industry/Government/R_and_I/DeliveringonthePromise.htm

¹⁹³ CASTELAIN, J., “La transmission sécurisée et la signification des actes”, en *Nouveaux droits dans un espace européen de justice : le droit processuel et le droit de l'exécution*, (dir). ISNARD I.ET NORMAND, J., colloque international des 4-5 juillet 2001, éd. Jur. Et techniques, coll. Passerelle, 2002, p. 81 y 82.

¹⁹⁴ Los huissier de justice debían tocar “aquellos a los que tenían la carga de lograr justicia”.

Nota del traductor: El *huissier* (ujier) de justicia es un oficial público ministerial en Francia, que ejerce una profesión liberal reglamentada. Se encarga de la notificación de asuntos, de la ejecución de sentencias judiciales, pero también tiene competencia para dar fê de situaciones diversas, así como el asesoramiento jurídico en determinados sectores (alquileres, administración de inmuebles, cobro de impagos...), y redacción de acuerdos privados.

¹⁹⁵ Ver not. Art.1414 NCPC, que en materia de “injonction de payer” (requerimiento judicial de pago, procedimiento sumario), los huissier de justicia tienen la obligación de “*poner en conocimiento del deudor las indicaciones mencionadas en el artículo 1413, el cumplimiento de esta formalidad debe ser mencionado en el acto de notificación*”

explica por el hecho de que los actos de procedimiento son múltiples y variados. Las conclusiones recapitulativas se codean con simples cartas, con llamadas telefónicas.

Como ya lo decía Y.LOBIN a propósito del escrito y de lo oral, y que resulta aplicable para las nuevas tecnologías “hay un conjunto de factores que contribuyen a acentuar o a disminuir la importancia del elemento escrito o del elemento oral según las épocas o las jurisdicciones. Lo que es indispensable, es que tanto el uno como el otro no sean sacrificados en detrimento del otro. Deben coexistir en todos los procedimientos, ya que las funciones que son susceptibles de cumplir son complementarias, y aseguran todas las garantías del justiciable¹⁹⁶” Lo escrito, lo oral, las nuevas tecnologías, todos ellos son herramientas de una política jurídica que, en búsqueda constante de eficacia procesal, debe ser combinada de la mejor manera para cada tipo de contencioso. Admitir la equivalencia del escrito papel sobre el escrito electrónico, o de la audiencia oral “directa” a la videoconferencia, participa de esta preocupación por la celeridad de la justicia. Sin embargo, la calidad de esta, puede verse afectada, y suponer, jurídicamente, una contradicción menos eficaz, o sociológicamente, ofrecer otra imagen, distinta, de la justicia. Es por esto por lo que algunos países, como Japón, prohíben la transmisión electrónica de los actos más importantes, como pueden ser la demanda judicial, o el juicio. Parece pues, que el uso de las nuevas tecnologías se encuentra necesariamente limitado en lo que concierne al proceso civil, bien deberán circunscribirse solamente a determinadas modalidades del desarrollo de la instancia, bien a cierto tipo de litigios.

2. Delimitación de la oralidad secundaria

47- Salvo el recurso sistemático a las nuevas tecnologías que se da en los EEUU, en Australia, Austria, o Singapur, estas no han encontrado todavía su sitio. “Es una relectura general de nuestro derecho procesal lo que convendría hacer, sopesando entre lo que la búsqueda de celeridad y efectividad de la justicia nos conduce a retener como uso posible de las nuevas tecnologías, y de lo que deberíamos evitar desarrollar si no queremos arriesgarnos y colocarnos en contradicción con algunos de nuestros principios¹⁹⁷” Si las nuevas tecnologías son una nueva modalidad de expresión en el proceso, queda aún por determinar su lugar junto al escrito y lo oral. A este respecto, si bien resulta sencillo imaginar una complementariedad con el escrito y lo oral (A), es más delicado, sin embargo, de considerar una total sustitución (B).

A) Complementariedad de las nuevas tecnologías

48.-Capacidad de hacer uso de las nuevas tecnologías. “Se dirige menos, para ser, hacia un proceso enteramente virtual, que hacia un uso importante, pero mesurado, de las nuevas tecnologías en el proceso. El proceso virtual es además un horizonte, mientras que la e-justice en el sentido de uso de las nuevas tecnologías en el proceso, es una realidad naciente¹⁹⁸” Las razones de esta complementariedad de las nuevas tecnologías, son numerosas. La primera es, sin duda, de orden eminentemente práctico. El uso de las nuevas tecnologías supone la detención y uso de material informático. Si este punto de partida no plantea dificultad para las jurisdicciones, las cuales se

¹⁹⁶ LOBIN, Y., rapport français, Procédure orale et procédure écrite

¹⁹⁷ LEGRAS, M., “La justice et les technologies de l’information et de la communication”, cit., p. 205.

¹⁹⁸ JEULAND, E., “Arbitrage en ligne et procès virtuel, pour le principe de présence”, cit., pp. 262 y ss., spéc. p. 262

encuentran equipándose, así como los auxiliares de justicia, la cuestión es más delicada, sin embargo, para los particulares. El equipo material es condición sine qua non¹⁹⁹. Es por lo que, a menudo, las normas prevén que la parte debe aceptar ser contactada electrónicamente. El acceso simplificado a la justicia depende del acceso a la informática. La “reforma de las formas²⁰⁰” debe acompañarse de medidas más amplias y prácticas (equipo, pedagogía). Es por lo que algunos países han previsto establecer un lugar donde los justiciables puedan recibir ayuda informática. Es el caso de Singapur con la creación del EFS service bureaus. El equipamiento no solo concierne a los particulares, pero también a los tribunales. El ZPO reserva el uso de escritos electrónicos a los tribunales que puedan tratarlos. Algunas iniciativas son tomadas para facilitar este acceso. En Marruecos, por ejemplo, los justiciables pueden tener acceso a terminales informáticos en el recinto del Tribunal de justicia. Situación absurda la de que el justiciable tenga que desplazarse al Juzgado, no para que le expliquen su situación, ¡pero para encontrarse frente a la pantalla de un ordenador!

Mas allá del aspecto material, además hace falta que la persona sea letrada. Ahora bien, en Francia, en 1999, existían aun 2.3 millones de adultos que encontraban serias dificultades para leer, escribir, o calcular. La dificultad es tal proporción que se ha llegado a hablar de verdadera “fractura numérica”²⁰¹ que afecta a las partes, pero también a los auxiliares de justicia.

49.- Ilustración de un soft law/ droit mou. El lugar de las nuevas tecnologías depende en gran medida de consideraciones prácticas. Es por lo que su instauración y su consagración por la ley provengan, en realidad, del resultado de la práctica. Cuando en determinados países, como Italia, la ley se ha adelantado e impuesto a los usuarios un uso sistemático de las nuevas tecnologías, los problemas prácticos han acabado por bloquear su evolución. En realidad, las nuevas tecnologías sacan a relucir la particularidad del derecho procesal, que es un derecho de profesionales, lo cual hace que se vea afectado por su práctica. La multiplicación de protocolos, de acuerdos, cartas profesionales, ofrecen una nueva cara del derecho, suavizada, que se adapta a las dificultades en la materia. En Finlandia, así como en Austria, países que han ido adaptando progresivamente y de forma pragmática las nuevas tecnologías, ofrecen así la imagen de un procedimiento modernizado y eficaz.

50.- Uso del escrito electrónico. La complementariedad de las nuevas tecnologías, proviene del hecho de que resulta bastante raro encontrar ejemplos de paperless justice²⁰². En efecto, lo más habitual es que los envíos electrónicos sean a su

¹⁹⁹ África occidental no ha desarrollado substancialmente las nuevas tecnologías, principalmente por este retraso logístico.

²⁰⁰ FISCHER, N., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

²⁰¹ SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne”, cit., p. 267 : «*fractura numérica...entre los usuarios apasionados por la informática (en sentido coloquial los high-tech users) y los usuarios ordinarios (low-tech users), junto con las partes que pueden permitirse una inversión considerable en dinero y tiempo, de aquellas que no pueden hacerlo, y en fin, entre los usuarios regulares (repeat players) y los usuarios ocasionales (one-shot player). Cuanto más complejo es el procedimiento, mas importante es la fractura que existe entre las distintas categorías de usuarios*».

²⁰² Justicia sin papel. La doble copia es el principio en Francia, España, Italia, Alemania. Sin embargo, algunos países no lo prevén (Austria, Bélgica, Brasil, Japón, Singapur), o solamente en caso de problema técnico (Brasil)

vez enviados en una copia papel lo que presenta el inconveniente de agravar los costes de la justicia debidos a la transmisión y conservación de los documentos. Sin embargo, esto permite una mejor lectura del documento, teniendo además, como ventaja una transmisión rápida. Los problemas prácticos de impresión de documentos y de conformidad con el soporte de los mismos (ya sea papel o electrónico) nunca dejarán de plantearse.

Este escrito electrónico es compatible con una cierta oralidad del procedimiento, en el estadio del debate. La fase oral del proceso se mantiene, e incluso, se ve mejorada, en la medida en que sólo tendrá lugar si aporta alguna cosa. El escrito y el oral saldrían de este modo reforzados por el uso de las nuevas tecnologías.

51.- Uso de la videoconferencia. En cuanto a las videoconferencias, serían útiles en el caso de que la distancia fuera tal que el coste de desplazamiento fuera desproporcionado. Dicho de otro modo, los magistrados deberían apreciar in concreto la oportunidad de realizar una audiencia directa y física de la parte en cuestión. Son ciertos los temores de ver un triunfo de la celeridad. Sin embargo, nadie mejor que el juez puede regular esta práctica, ya que se encuentra en el núcleo duro del sistema.

La cuestión relativa a la grabación de datos de la audiencia es, sin embargo, más delicada, ya que debe ser objeto de una regulación general. En los recursos, el hecho de que la emoción haya quedado “fijada”, es bastante útil cuando los procesos son largos. El tiempo puede jugar malas pasadas a la memoria, borrándola, lo que puede alterar el juicio. Además, el doble grado de jurisdicción se encuentra garantizado gracias a la idea de que se juzga una segunda vez sobre los mismos elementos. Bajo reserva del respeto de la vida privada, la grabación parece una buena solución.

Quedaría por saber si un proceso puede ser enteramente informatizado. Dicho de otro modo, si hay cabida para un procedimiento electrónico al lado del procedimiento oral y el escrito, sabiendo que no existe un modelo puro, y que no se trataría, pues, que de una predominancia de lo electrónico.

B) Substitución de las nuevas tecnologías

52.- Un procedimiento completamente informatizado. Aun pudiendo imaginar un procedimiento enteramente informatizado, sin embargo, no resultaría del todo deseable. La tendencia es permitirlo, por ejemplo, para procedimientos de requerimiento en pago de cantidades dinerarias.

Los requerimientos de pago son en realidad contenciosos invertidos, que reposan en la presunción de que la ausencia de reacción por parte del deudor supone un reconocimiento, un allanamiento a la demanda. En esta materia, solo están en juego sumas de dinero. El deseo de favorecer el comercio, acentúa la necesidad de celeridad, y pasa a un segundo plano el estricto y pleno respeto de los derechos de defensa. Se retrasan cronológicamente a condición de que haya una reacción del deudor. Esta misma preocupación de eficacia permite evitar el principio de presencia. “Se puede pensar, sin embargo, en el uso de un procedimiento enteramente virtual para los casos en los que la garantía de inmediatez no sea importante: por ejemplo, estoy pensando en el proceso monitorio, cuando la deuda no es contestada por el deudor. Pero sería necesaria una modificación legal²⁰³”.

²⁰³ GASCON INCHAUSTI, F., “Les nouvelles technologies dans les procès civils”, cit.

Es sintomático que respecto a este asunto, la Unión Europea permita justamente procedimientos de requerimiento de pago informatizados e incluso automatizados para los que una videoconferencia solo sería una eventualidad en caso de contestación por parte del deudor. La referencia hecha por el reglamento europeo a “cualquier medio”, permite en efecto, que el escrito electrónico se convierta en un equivalente funcional. Sin haber visto aún el día, este proyecto inspira a los países que se encuentran en este momento introduciendo procedimientos sumarios de requerimientos de pago (Holanda, Grecia). En Japón, es una realidad en los Tribunales de Osaka y de Tokio. En Alemania, el procedimiento monitorio automatizado conocido por “tratamiento por maquina”, es una realidad (§688ZPO). Se ve facilitada por el hecho de que, al contrario de lo que sucede en Francia, no se verifica si la demanda está fundada. El greffier solo se contenta de realizar un control de abuso de derecho, para rechazar el trámite de las demandas manifiestamente infundadas. El interés de este procedimiento es que se encuentra estrechamente vinculado con el proceso de desjudicialización de la justicia.²⁰⁴

Siguiendo el mismo orden de ideas, el contencioso fiscal en Francia se ha adaptado al modo electrónico tras el decreto de 10 de marzo de 2005, y debería extenderse a todo el contencioso administrativo para 2009. Esto no ha supuesto problema mayor, sabiendo que el procedimiento carecía ab initio de oralidad²⁰⁵. El equivalente funcional del escrito papel y del escrito electrónico, ha bastado.

La relación entre el comercio y la celeridad justifican procedimientos particulares en los que la eficacia prime sobre el respeto de principios esenciales. Generalmente se considera que se trata de procesos de repetición que impiden a la justicia centrarse en los litigios más importantes. Por eso, resulta sintomático, que el proceso monitorio se sitúe en el centro de una reflexión de desjudicialización de la justicia. Sin embargo, la imagen de la justicia se ve alterada, y no está tan claro que el fin justifique los medios. Es verdad que el aspecto humano es menor que en el resto de contenciosos. De ahí, a sistematizar esa manera de proceder, hay un paso que se ve rápidamente franqueado si lo que queremos es que lo económico se encuentre indisociablemente unido a lo sociológico. Para el justiciable, el pequeño consumidor, su relación con la justicia se volvería fría, técnica, por una suma que sin embargo puede resultarle esencial. Las nuevas tecnologías “son sobre todo útiles para los procedimientos rutinarios. Pero, un proceso nunca será rutinario para los particulares, que habitualmente no recurren a la justicia que una vez en su vida²⁰⁶”.

53.- Una acción en justicia informatizada, la acción de grupo. Si el “¡todo electrónico!” no puede, según opinamos, ser favorecido para un tipo de contencioso determinado, se ha invocado a propósito de la acción de grupo. Su uso en procedimientos que conciernen pequeños consumidores, pequeños inversores, sería posible en los que el componente humano, sin embargo, predomina. En principio, el contencioso de consumo le corresponde conocer al Tribunal d’Instance, con un

²⁰⁴ V. los trabajos de la *Commission Guinchard*.

²⁰⁵ NORMAND-BODARD, X., “La mise en état électronique”, cit., pp. 9-10 : El autor, el abogado, expone el sistema SAGACE, ya existente en las jurisdicciones administrativas, que permite “una pantalla de seguimiento del procedimiento”, pero ante todo, del sistema “tele-recurso”, reservado en materia fiscal, y que tiene por particularidad no ser muy exigente desde el punto de vista de la seguridad de los intercambios”.

²⁰⁶ KODEK, G-E., Les nouvelles technologies dans les procès civils, cit.

procedimiento oral. Sin embargo, las nuevas tecnologías podrían favorecer el acceso al juez. Connecting people, las nuevas tecnologías podrían allanar el camino a la acción de grupo y las condiciones que esta requiere. Aseguran una comunicación rápida y poco costosa entre los miembros del grupo, y borran las distancias entre ellos. Han sido utilizadas en una acción de grupo de pequeños inversores contra una banca, en Austria²⁰⁷. Se puede concebir que ofrezcan una ayuda a su desarrollo, siempre y cuando exista un acceso a la informática. Todo el procedimiento podría entonces ser útil, y felizmente, informatizado, especialmente para evitar que las salas de los juzgados se vean convertidas en terrenos de fútbol.

Este uso haría efectiva una acción en justicia en la que el principal escollo es la constitución del grupo mediante la difusión de la información. Las nuevas tecnologías proporcionan una solución eficaz. Dicho esto, no deberían ocultar el escrito en papel que podría ser redactado por el abogado, representante ad litem, incluso las alegaciones orales podrían ser retransmitidas por internet.

Hacer, pues, de las nuevas tecnologías algo exclusivo no tendría sentido.

54.- Medios electrónicos de resolución de conflictos. Se cuenta igualmente con las nuevas tecnologías para el tratamiento no jurisdiccional de litigios. Debido a esta preocupación por la eficacia, la seducción que generan para los medios alternativos de resolución de litigios es más que evidente. Los medios electrónicos de resolución de litigios (MERL) se han desarrollado en litigios relativos a internet, pero podrían ver ampliado el ámbito de aplicación más allá de este tipo de contencioso. “La ciberjusticia no es consubstancial al ciberconflicto, los métodos de la ciberjusticia podrían extenderse a la resolución de litigios ordinarios²⁰⁸.” Así, existe el cibertribunal²⁰⁹, pero sobre todo el sistema ECODIR (Electronic Consumer Dispute Resolution), que es una plataforma de resolución de litigios de consumo por internet. Los procedimientos establecidos son bastante eficaces y elaborados.

Sin embargo, la negociación impone aun más todavía la presencia física de las partes. A partir del momento en el que el juez, tercero independiente e imparcial, no es más una garantía, estos MERL deberían ser vigilados aún más para que el objetivo perseguido de descargar los tribunales se haga con medios proporcionados. Su ventaja es que reposan sobre la voluntad de las partes. Así, incluso los procedimientos desafortunadamente calificados de arbitraje suponen la aceptación de la solución dada

²⁰⁷ JEULAND, E., “Arbitrage en ligne et procès virtuel, pour le principe de présence”, cit., n° 23 : « por vez primera, todos los documentos fueron registrados en un dossier electrónico, y relacionados entre sí, de manera que por ejemplo, era bastante sencillo comparar las declaraciones sucesivas de los mismos testigos, a lo largo de las diferentes vistas ».

²⁰⁸ CHABOT, G., “La Cyberjustice, Réalité ou fiction ?”, cit.

²⁰⁹ CAPRIOLI, E-A., “Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, (L’expérience du « Cybertribunal »)”, *Rev. Arb.*, 1999, pp. 225 y ss. Se trata del primer cibertribunal francófono, constituido en 1996 por el centro de investigación de derecho público de la Universidad de Montréal. La principal innovación reside en la elección del « todo en línea » tratándose del procedimiento a seguir. Este sistema de resolución de litigios tiene la ventaja de ser gratuito. Ver p. 248 : « apostemos que el arbitraje electrónico constituirá un complemento natural del arbitraje clásico, y no su competidor (¿natural ?) »

por el árbitro²¹⁰. Pero no se trata propiamente de arbitraje. Habría, por lo tanto, que asegurarse de la realidad de esta voluntad para que esta sea expresada de una forma libre e informada.

55.- ¡No seamos maniqueos! No hay en proceso civil política de todo o nada. No hay que encerrar el procedimiento electrónico en una relación de exclusividad en relación con los demás procedimientos. M.CAPPELLETTI ya escribió que “el problema de la oralidad y de la escritura se plantea a menudo como un problema de predominio, o de coordinación, y no de exclusión total. Una concepción que vería en “el procedimiento oral” un procedimiento que excluye enteramente el uso de un instrumento de comunicación y de fijación del pensamiento, tan extendido y popular como lo es la escritura, no correspondería a la realidad actual²¹¹”. Ha sido necesario acoger las nuevas tecnologías como nuevas modalidades procedimentales. Una veces se plantean como el equivalente funcional del escrito, y del oral, lo que no es del todo exacto, otras no se regulan en absoluto y dejan la flexibilidad que necesita la práctica judicial. Si la expresión electrónica es híbrida, no crea, sin embargo, un procedimiento híbrido.

²¹⁰ SCHULTZ, T., “Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne”, cit., p. 187 «*un numéro nada despreciable de instituciones de arbitraje en línea prevén un arbitraje no vinculante (non-binding arbitration)*». O bien puede ser rechazada, o aceptada en un plazo, (arbitraje condicionalmente vinculante) o bien no es vinculante en absoluto.

²¹¹ CAPPELLETTI, M., “Procédure orale et procédure écrite”, cit., pp. 12-13.

THE IMPACT OF THE NEW TECHNOLOGIES ON THE SHAPE OF CIVIL PROCEDURE*

(ABRIDGED VERSION)

SORAYA AMRANI-MEKKI

Associate Professor, Law Faculty

Université de Paris X – Nanterre (France)

FOREWARNINGS

1.- The new technologies are currently under construction. The distinction between the written and oral forms in litigation is currently being demolished. Therefore, the subject is an invitation to talk about something that does not exist, something that is not certain!

2.- Writing is, in the linguistic sense, a “message endowed with sense, made up of variable legible signs representing word and thought that a sender encodes into natural language and prints by means of any medium”. In this respect, electronic messages and faxes, although they are part of what we understand by new technologies, would, in any case, be written. However, their particularity does not lie exclusively in their method of transmission or medium. In fact, they are written in a less formal way. They would be a kind of “oralised” writing that, although they share with writing the fact of being “solidified”, their spontaneous and informal style could lead them to be included in the oral discourse.

The oral character refers to the verbal: “that which is stated with speech”. However, if speech is “that which has been said”, it also means, by extension, “that which a text expresses”, which merely adds to the confusion. In this case, the term verbal is preferable, as it means “that which is expressed orally, in person”. But its second meaning is “that which relates what has just been said”, which once again takes us back to the written word. The use of the videoconference, the telephone and sound recording could be considered as oral manifestations in civil procedure. If the communications media used belong to the category of new technologies, then it is the oral character, although deformed, that is prevailing, as it has been stripped of all physical contact. Speech, the word, is fixed in the corresponding recording. However, it accentuates above all the distance between the interlocutors.

3.- In reality, the new technologies do not participate in the nature of either the written or the spoken. Rather they display the confusion, not to say fusion, of the two means of expression. They cloud the distinction even more, if this is possible, which leads us to ask if it would not be better to go beyond the mere externalisation of intention and focus the question on the functions attributed to both the spoken and the written word. Their hybrid nature invites us to perceive them more as a tool than as an end in themselves, in such a way that the written or the spoken word would be accentuated, depending on the objective specified in a certain type of procedure, or in a particular stage of it, although the general tendency is to assimilate them into a secondary form of orality. The supposed advantages of orality – flexibility, simplicity, direct contact between the protagonists, greater respect for the adversarial procedure – would in some way be extolled by the new technologies.

* Translated from French into Spanish by Clara Hervás. Translated from Spanish into English by Paul Turner. Revised by Esther Monzó (Universitat Jaume I, Spain).

4.- When studied, this breath of hope could, however, turn into a wind that causes panic, as it rests on a superficial, not to say artificial, view of orality. It reveals the obsession for having an efficient public justice system, which causes a certain fear as far as a strict respect for guaranteeing the due process of law. The sacred union between the written and the spoken in a kind of legal second life could, on the other hand, mean a policy of flow management of affairs that is happy with a dehumanised procedure. If the new technologies apparently offer, in the first place, the hope of a renewed orality (I), they provoke fear of an orality from which the flesh has been stripped, bodiless, in other words, depersonalised (II).

I. A RENEWED ORALITY

5.- “The current electronic age is also the age of a “return” or “secondary” orality, to distinguish it from the age of “primary orality” prior to the invention of writing”. This secondary orality, which is in keeping with the meaning of the history of the process, gives a second boost to the omnipresent and selfish search for an even more efficient procedure. On the one hand, the purpose of rules belonging to civil procedure would explain the move to another form of expression, as well as the fascination for the new technologies (1). On the other hand, they invite us to question ourselves essentially on the forms of the so-called secondary orality, as a witness to the underlying question of procedural formalism. (2).

1. The purpose of a secondary orality

6.- Today, the competition between the different legal systems also means competition between its litigation systems. The new technologies appear to be renewing the hope that had once been placed in the use of orality when the codes of civil procedure was reformed. Thanks to a kind of law of substitution, each procedural model is extolled only to be discredited in the interests of the constant search for procedural efficiency. Following the succession of the written, and later, the oral form, it is now the turn of the hybrid form that takes in the new technologies, which we assume will bring a breath of fresh air to civil litigation. They bring speed (A) and quality to the procedure (B).

A) Speed in the procedure

7.- The first of the virtues attributed to the new technologies is, without a doubt, that of speed. They speed up communications and allow us to avoid problems when calculating periods.

Communication with the court clerk by Internet also saves on useless journeys to hold merely formal hearings, the only purpose of which may be a postponement. The “electronic” hearing of civil cases offers even greater efficiency in the exchanges, as well as in the organisation of the work of those participating in the procedure. For example, the possibility of requesting a date for the hearing of a referral procedure by Internet has been welcomed. In a wider sense, the new technologies erase distances and the notion of space in civil litigation. They are therefore greatly appreciated in very large countries such as Russia, Brazil or Mexico, where the so-called “tyranny of distance” reigns.

The recording of videoconferences, where it is permitted (in Spain, for example) is also a synonym of speed. The recordings can be reused in appeals. This avoids having to recall all the witnesses to be heard, saving on the time and cost of new appearances. Speed is also intimately linked to quality, in so far as the passing of time leads to a loss

of efficiency in the testimonies concerning the facts, due to the loss of freshness of memory.

B) Quality of procedure

8.- The new technologies could also contribute to a fair and equitable procedure. They would facilitate access to the judge. Proximity to the judge is not only physical, here they are moving towards the possibility of initiating a court action at a distance. Likewise, all the resources and information that can be obtained online contribute to the simplification of the procedures. These include lawsuit model forms, as well as a large amount of general information. Videoconferences lower the cost of witness examination and their speed allows access to justice to be effectively guaranteed. Space is no longer important, which in part also justifies the reform of the *Carte Judiciaire*.

It is also symptomatic that consumers' associations invoke the use of the new technologies to begin class actions (collective or group actions). The dispersion of the victims and the small amount of damages likely for each party requires an effective reduction in the costs of the action, as well as facilities for it to be carried out. In addition, the absence of technical terms in the electronic documents allows the drafting of the records to be flexible and uncomplicated. The use of the written document can, at last, be separated from the obligatory representation. In this way, the security offered by the written form is also provided for minor cases.

9.- The new technologies also favour respect for the adversarial procedure. An illustrious example of what could be an adversarial procedure reinforced by the use of the new technologies can be found in the recent British reform. This is an experimental reform, limited exclusively to the commercial jurisdiction, which came into force on February 1, 2008. It allows the defendant to respond to the conclusions of the plaintiff using the same medium. The replies are included in the same document and can be distinguished by a different colour or type of character. This provides the judge with an efficient, combined reading of the opposing positions. Lawyers consider that this tool gives the defendant better access to justice, as, in this way, it is easier to understand what is being debated.

In the United States, final statements sent by electronic methods contain links to evidential documents. Following a sentence that refers to a specific piece of evidence, there will be a link to it (which has, for example, been scanned). This type of reading of the file is a great help to the work of the judge. The security and reliability of the documents must, of course, be verified, but this can be done by another officer of the court, rather than the judge.

The new technologies also encourage dialogue, particularly thanks to videoconferences. One virtue of the oral discussion is that it builds the debate as the exchange progresses. This cannot be found in writing, as the opposite happens – it is immobilised. Unfortunately, this exchange can suffer from setbacks, as it favours surprises and the evolution of the dispute at the last minute.

10.- The development of the new technologies is also an exponent of economic development. Commercial exchange will be guaranteed and encouraged by a simpler procedure. This will reassure investors. It will also bring about a development of the transnational rules regulating civil litigation.

The new technologies present themselves as the holy union between the written and the oral, a superior method of expression at the service of the subjects who participate in the process. In this respect, they are sometimes described as if they were a

kind of renewed “secondary orality”. However, their hybrid form surpasses the dichotomy between the written and the oral and invites us to raise the essential question of the formalism in civil procedure.

2. The forms of secondary orality

11.- We need to know whether the new technologies are a resurgence of the written word, an exaltation of the oral, or a third, hybrid way. The new technologies assimilate themselves, formally, either in a non-formalist written form, or in a formalised orality, and both are, alternatively, permitted (A). This verification invites us to ask ourselves whether the real debate should not be about formalism in civil procedure (B).

A) Forms of new technologies

12.- Here, the question raised is knowing whether the move to the new technologies will mean a simple equivalence between what is written on paper and what is written in electronic format, or whether this step will mean a flexibilisation of the forms. At first sight, it appears that this will only affect the way the writing is transmitted. Therefore, the formal requirement should remain intact. In civil law, the Act of 13th March 2000 establishes in France the equivalence between that written on paper and that written on an electronic medium, in such a way that the type of medium containing the manifestation of intention makes no difference to the procedure.

13.- The informal, electronic document can be useful in written procedures as a new method of communication between judges and magistrates. Apart from the records of formal procedures, there are also informal communications at the heart of a written procedure. For instance, a very revealing example of this would be the procedural bulletins that provide information on the state of the case and which are directed by the court to the judicial assistants. Here, the medium is less important than the method of transmission. In this respect, the new technologies may contribute the figure of non-formalised written documents.

Electronic messages are “spoken or oralised written documents”, given the absence of formality and the spontaneity with which they are drawn up, although this lack of formality does not always benefit the person preparing it. Indeed, unlike the word, which can be taken by the wind, the electronic document leaves footprints. When we are not dealing with the communication itself, but the evidence, such informal documents are highly problematical, as can be seen in the judgement of the *Chambre Sociale de la Cour de Cassation* of 23 May 2007, in which one of the parties had to accept that a piece of evidence obtained by SMS was opposed against him. This evidence was not considered untrue as the party could not ignore the fact that message had been recorded in the telephone’s memory. The word, spontaneous, hasty speech, is captured.

14.- From a new written form, we inevitably pass to a new form of orality, in which the videoconference is a perfect example. With this method, a hearing is held at a distance and is expressly authorised under the European Regulation of 28 May 2001. The resulting orality is, however, secondary. Firstly, it is nearer to the written document, as its content is “immobilised” in the recordings. It offers numerous advantages. It can be heard again during deliberation if there is any doubt as to what was said, or in the manner in which it was said. In addition, its use during an appeal can result in a considerable cost saving. The perennality and security of the written document is found, as we can see, in this secondary orality. The assimilation to writing

is produced by the distance between the transmitter and receiver of the message. Of course, videoconferences take place at exactly the same time. However, there is a risk of breaking the direct, physical contact between the actors in the procedure, due to the distance. Distance and a fixation on what is being said are also attributes of the written word. Thus, orality reproduces particularities of what is written.

15.- Put another way, the new technologies blur the distinction between the oral and the written, constituting hybrid media. To tell the truth, the new technologies do not create new problems between the written and the oral, rather they exacerbate the recurrent difficulties of civil procedure. Behind the problem of how to manifest intention in civil procedure, we mainly find the demands of a procedural formalism.

B) Formalism in civil procedure

16.- There is no automatic link between formalism and writing. Formalism assumes respect for the formalities, which may be either written or spoken.

However, some writers consider that the procedures followed in exceptional jurisdictions are oral because they are not formalist. This assimilation of formalism in the written word can be understood to the extent that the only required formality is that of oral expression. Beyond this support of the intention, no other time-honoured form is demanded. Having said that, we cannot reduce formalism to its written expression. As proof, when the Code de procédure civile stipulates that the procedure is oral, the Cour de Cassation considers that orality becomes a formality. It imposes, therefore, respect for orality so that the case records can be considered valid.

17.- Most of the time, formalism in the procedure is clearly protective. Thus, in oral procedures the simplicity of the oral form protects the defendant, as it guarantees him or her proximity to justice. Likewise, the written form is a way of formalising the protection of the parties with the information it contains and provides. In this case, we speak about informative formalism.

On the other hand, formalism can be executive, as it is in the case of the requirement for the formal presentation of written conclusions. In this case, the link is made between the formalism and efficiency of the procedure. Rigour in its writing facilitates the work of the judges. Precision, rigour and structure could also be required in orality, although if there is no legal assistant involved, they would be very difficult to guarantee.

18.- How then can we adapt the new technologies to formalism? There are three possible and plausible ways as far as the relationship between formalism and the new technologies is concerned. In the first place, it could make no difference at all to the new technologies and we would copy a regime relative to the written or the oral, depending on their use.

The written and the oral are in effect still ways of manifesting intention in civil procedure. Among these means of expression, the choice made sometimes works to the benefit of a particular formalism. The medium, therefore, could make no difference whatsoever as far as formalism is concerned. If what is written on paper is assimilated into what is written electronically, the forms should therefore be scrupulously reproduced.

19.- Secondly, the new technologies could open the door to consensualism in civil procedure. What is important is that the intention is steered towards its intended recipient, the method of expression is of little importance. Thus, if the law of -

jurisprudence sometimes requires a certain consistency in the recording of procedures, it is to guarantee judicial security. The question is, therefore, more a question of giving evidence of the content of the intention than of its form of expression. In this respect, the new technologies bring new methods of communication, whose merits lie in their simplicity and the fact that their use leaves a trail. In this way we could also simplify the exchanges, favouring the *negotium* over the *instrumentum*, through the decadence of formalism translated into indifference in the form of expression. This way would not necessarily lead to consensualism, but to a less onerous formalism or a directed consensualism.

Moreover, the new technologies reveal a flexible image of the exchange between the judge and the parties. Less marked by the managerial function of the judge, the space allowed for informal dialogue becomes more important. These acts are today increasingly visible, as the appearance of the new technologies has thrown doubt on the problem of the rule of a telephone conversation or the sending of an electronic message. Thus, the iCourtLab, set up in 2006 in Singapore, is experimenting with the new technologies in communications between lawyers and court officers via mobile phone.

The absence of form does not impede conferring some legal effects on said acts, as could be the possibility of interrupting the expiry period of an application by means of an e-mail, which would manifest a true procedural boost. It is only a short step from there to considering that consensualism wins the civil procedure.

20.- Thirdly, and paradoxically, there is a fear that the new technologies will lead to a resurgence of an archaic formalism. The Unified Internal Law Regulations immediately perceived the need to regulate the new technologies as far as professional secrets, confidentiality, and the obligations of the lawyer to indicate the Internet address, etc. are concerned.

Moreover, the practice comes up against new types of problem, and the tendency is to be even more demanding than with ordinary written documents. The concern for guaranteeing the security of the communications runs the risk of limiting the seduction of the new technologies, making them paradoxically more formalist. In this respect, the new technologies would lead to a step backward towards a Romano-Germanic procedure, a regression. Thus, the technology eases the work of the lawyer, who can easily obtain a date for an expedited proceeding, although it subsequently prevents modifications to the rigidity of the system.

The new technologies offer another possibility to show intention that leads us to once again bring up the question of formalism in civil procedure. Technically, the tool is not neutral, because it cannot be reduced to either the written or the oral. Categorised as secondary orality, however, it has no soul. It would be orality without a body, disincarnated, depersonalised.

II. A DISINCARNATED ORALITY

21.- With the excuse that they offer simplicity, speed and efficiency, characteristic features of orality, these, however, deprive it of its soul: the contact with the protagonists of the procedure. This depersonalisation prevents a functional equivalent to the written and the oral being considered. This third mode of expression of intention in the procedure offers a seductive innovation for certain acts, for certain types of procedure, although it is doubtful whether it can incite the creation of an exclusively electronic procedure. An appreciation of his form of incorporeal orality should, therefore, be made (1) in order to judge its correct place in civil procedure (2).

1. An appreciation of secondary orality

22- Above all, the new technologies have to overcome the obstacle of breaking the direct contact between the protagonists in the procedure. However, that contact is essential for the orality to be effective, and even constitutes a principle of the procedure in the Iberian processes. The principle of immediation, direct contact with the sources of evidence, which can be translated as the principle of presence, is common to all procedures, even if its formulation is not clearly delimited (A). Moreover, the new technologies appreciably change the tasks of the actors in the procedure (B) in such a way that both the written and the oral contain the defect of their advantages.

A) *The principle of presence*

23.- The new technologies are a response to the concern to give proximity, simplicity and access to justice, features also attributed to oral procedures. That is why they are sometimes categorised as secondary orality. Nevertheless, the soul of orality appears to have disappeared. The cold screen of the computer is a barrier, which easily allows simulation. When we are dealing with a videoconference, physical contact is also absent. The geographical distance places an emotional space between the protagonists in the procedure. It is not even possible to remedy this with a wall-sized screen that allows the whole of the protagonists' bodies to be seen.

Iberian procedures establish the principle of immediation, which can be translated in France as the principle of presence, and is that for which there has to be a physical meeting between the judge and the parties. The rule is important, as, if proceeding otherwise, the procedure may be fully overturned, by the judge herself *ex officio*.

24.- Although such a principle does not exist in every country, we should at least point out what lies beneath it. Thus, in Common Law procedures, influenced by the work of J. BENTHAM, they regain substance. Human contact is even more important in Common Law systems, such as in the United States, that function with a jury. The strength of persuasion is greater with physical presence. The efficiency of the cross examination may depend on this physical presence of the protagonists of the procedure. There is also the physical play of the lawyer that evolves on the stage of the courtroom.

25.- The principle of presence can be distinguished from orality and publicity, even when these are intimately intertwined. A procedure held by videoconference respects the orality and the publicity, but not the presence of the parties. The use of electronic documents, on the other hand, does not respect the publicity. There are mechanisms available and they are sometimes used to compensate. We can consider the possibility of allowing Internet access to procedures in which a physical hearing is not held. However, this publicity is less intense. There, where the procedural gondolas could pass through the canals of the Palais to hear the justice, now, however, we would have to file a petition for accessing the report of a particular procedure. Thus, publicity is not directed *erga omnes*, but only to the parties.

Some countries, such as Brazil and Scotland, even allow the hearing to be transmitted on television channels. This kind of transmission is prohibited in France, except in exceptional cases. It is said that it would even improve the understanding of what is at stake and the challenges faced by the institutions. However, the judgement of the European Court of Human Rights concerning the radio and television transmission of a procedure states that "the live transmission of a procedure could lead to increased

pressure on its participants, unduly influence their behaviour, and therefore hinder the correct administration of justice”.

26.- The new technologies reveal the risk of losing the physical link that is essential for efficiency in litigation. The barrier of the screen poses the problem of a reduction of solemnity in the declaration. Many procedures work exclusively in writing. However, in addition to being limited to technical disputes in which room for discussion is *a priori* considerably reduced, the move to the electronic document is a new alteration to the principle of presence that has such strength and that could even be used in procedures today considered as oral. This is the case, for example, of minor disputes, especially those relating to consumers and users, a kind of proximity dispute that could be more adaptable to physical distancing. However, the danger could be even greater, as, unlike paper documents, electronic documents are not read so conscientiously. Reading from a computer differs appreciably from reading from paper - “the comprehension and memorisation are proportional to the reading speed”. Although until now the electronic document can and should be copied and turned into a written document, no one doubts that the search for speed in the justice system will eventually lead to this being completely abolished one day, and that this step involves considerable time and costs that are sometimes intolerable and useless.

27.- When the new technologies resort to the videoconference, the alteration is minimal, although it still exists. One could ask whether the guarantees of a fair procedure are respected in the absence of human contact. In fact, article 6§1 of the European Convention on Human Rights, stipulates that “everyone is entitled to a fair and public hearing”. This brings up two questions. Should this hearing be oral, or can it be written? This means we have to ask ourselves about the meaning of the word “hearing”, and if it should be interpreted in its strict sense, or can it also be used to mean “able to express themselves”? If there is no legal requirement for the hearing to be oral, then it cannot be denied that this is opportune.

From here it passes obliviously from the legal to the sociological: the feeling of justice. Justice offers a dehumanised view of itself, a kind of Kafkaesque process in which justice no longer allows itself to be seen. Independently of the new technologies, in France the risk has already been shown, as with the written procedure, in which the parties have waived the right to make oral declarations, and in which the judgement is pronounced by depositing it with the court clerk. In the contact between the judge and the party there are speeches, customs, which are also judicial symbols.

Moreover, testimony given at a distance poses the problem of how to film it. No one doubts that to avoid setting scenes and any dramatic effect, any movement of the camera should be proscribed. A fixed shot, framing the witness, avoids gaining an overall impression. Did he or she show particular stress with untimely leg movements? Did the parties look insistently?

28. We cannot therefore admit the new technologies into civil procedures without asking ourselves “what type of presence should be required in a procedure in the future?” Is a physical or bodily presence really necessary, or should we be satisfied with written exchanges or videoconferences? On the answer to such an important question depends the place we have to give the new technologies in the procedure. This also depends on the way in which the new technologies will disrupt the role of the persons taking part in a case.

B) The roles of the actors in civil litigation

29.- The written or oral nature of a procedure is intimately linked to the functions relating to the roles of the protagonists in the procedure: the judge and the court officials. Neither the accusatory model, nor the inquisitive model exists in a pure state. In civil procedure it is more a cooperation between the parties and the judge, which is verified whatever the justice system. This balance of power between the protagonists in a procedure is found in the considered use of the written and the oral in civil procedure, although it could also be disrupted by the appearance of the new technologies. The idea would be for the new technologies to allow the judge greater control over how the application is heard, which would disturb the balance established by the principle of cooperation, and would once again give an inquisitive image of the office of judge in the civil law countries. Indeed, the new technologies are being absorbed into a resurgence of the written document, and of the instruction, a symbol of the direction of the application by the judge.

30.- On the other hand, the new technologies could reduce the role of the judge in the determination of the litigious object. In an oral procedure, the absence of obligatory legal representation involves the judge in the debate to an even greater extent. Proximity to the parties in the hearing allows the judge to establish an interactive dialogue between them. In this respect, he or she would have a reinforced role, supposedly to help the parties formulate their wishes. We need to know whether this scheme is affected by the intervention of the new technologies. However, the new technologies clearly favour the written, even when they are “oralised”. For this reason, they mean a distancing of the defendant from his judges. It seems, therefore, that his cooperation in determining the litigious material is diminished. The exchange, even the formal one, will not now take place in a unit of time and place.

31.- As far as the tasks of the other protagonists in the procedure are concerned, the evolution will be quite appreciable. The new technologies change the practice of lawyers. The written procedure should be less formalist with the simplification of communications, as is revealed by E-Barreau. The new technologies would allow improved handling of written procedures. Thus, this means the possibility of consulting the state of a case on the Internet, of receiving electronic notes, and of not having to travel anymore to formal hearings merely for the purpose of requesting an adjournment. This is a longstanding demand of law professionals – to preserve orality only where it serves a purpose.

32.- With respect to the oral procedures, the possibility of taking informal written documents could lead to the emergence of a need for new aids in the drawing up and transmission of said documents. The new technologies bring about the need for new court officials, such as Internet operators, who would be able to certify the receipt of an e-mail. The involvement of private companies poses the question of their status in the procedure. Fear has been expressed that IT companies could have an interest in lengthening a dispute. The iCourtLab in Singapore, which works on new technologies, also works in close cooperation with the cutting edge technology industry to create useful products.

This intervention of electronic actors could be lamentable in the sense that the communication is the technical translation of the contradiction. When this is carried out by court officials, independence and impartiality are guaranteed. In France, the *huissier de justice* in particular has an informative mission that makes him essential for electronic notifications. There is a true principle of presence referring to him. Historically, he had to touch the addressee with his copper or ivory rod, although today

it is enough to do it orally and confirm in writing that this procedure has been carried out. It would be difficult to apply such professional ethics to Internet operators.

33.- New technologies and litigation policy. The new technologies are a new means of expression for the subjects of a procedure. Due to their seductive nature, they have raised questions that have yet to be resolved concerning the status of the oral and the written in civil procedure. And the lack of theorisation in this respect is making itself felt. This lack can be explained by the fact that multiple and varied activities are involved in a procedure. Final statements rub shoulders with simple letters and telephone calls.

The written, the oral, the new technologies are all tools of a litigation policy that, in the constant search for procedural efficiency, must be combined in the best possible way for each type of dispute. To admit the equivalence of the written document with the electronic document, or of the “direct” oral hearing with the videoconference, is to participate in this concern for the speed of justice. However, the quality of this could be affected and mean, judicially, a less efficient adversarial procedure, or sociologically to project a different image of justice. For this reason some countries, such as Japan, forbid the electronic transmission of the most important activities, including the pleading or the judgement. The use of the new technologies, therefore, appears to be limited as far as civil procedure is concerned, or they should be confined to certain modalities in the realisation of an application, or to certain types of case.

2. Delimitation of secondary orality

34- If the new technologies are a new method of expression in a procedure, it remains for us to determine their place next to the written and the oral. There are numerous reasons for this complementarity of the new technologies. The first is, without a doubt, an eminently practical one. The use of the new technologies means having and using computer equipment. Whereas this starting point does not pose any difficulties to the court offices or the court officials, the question is more delicate as far as private citizens are concerned. The material equipment is a *sine qua non* condition. This is why the regulations often provide for the fact that the party must accept being contacted electronically. Simplified access to justice depends on access to a computer. For this reason, some countries have set up places at which defendants can receive assistance with computers. The equipment does not only concern private citizens, but also the courts. The ZPO limits the use of electronic documents to those courts that are equipped to handle them. Some initiatives have been taken to facilitate this access. In Morocco, for example, defendants can access computer terminals on the court premises. It is an absurd situation when the defendant has to travel to the court, not to explain his situation, but to find him or herself face to face with a computer screen!

Beyond the material aspect, the person also has to be qualified. The difficulty is so great that some have even spoken of a real “numeric fracture”.

35.- The complementarity of the new technologies arises from the fact that it is quite unusual to find examples of paperless justice. In fact, the usual thing is for documents sent electronically to then be sent on paper as well. This has the disadvantage of increasing the costs of the judiciary due to the transmission and conservation of the documents. However, it allows for a better reading of the document and also has the advantage of rapid transmission. The practical problems of printing documents and of approval of the media used will not go away.

36.- As far as videoconferences are concerned, these would be useful in cases where the distance was such that the cost of travel would be disproportionate. In other words, the judges should appreciate the specific opportunity of being able to have a direct, physical appearance of the party in question. The fear of seeing speed triumph is justified. However, no one is better placed than the judge to regulate this practice, as he or she is already at the heart of the system.

36.- However, although we can envision a fully computerised procedure, it would not be completely desirable. The trend is, for example, to allow this for procedures involving the requirement to pay amounts of money.

It is symptomatic that, with respect to this matter, the European Union allows procedures involving the requirement to pay amounts of money to be computerised and even automated, and the videoconference would only be an eventuality if the debtor contested the case. In Germany, the automated monitory procedure known as “machine processing” is already used.

It is generally considered that they are repeat procedures that prevent the justice system from focusing on more important cases. Thus it is symptomatic that the monitory procedure is at the centre of a reflection on the dejudicialisation of justice. However, the image of justice is being damaged and it is not clear whether the end justifies the means. It is true that the human aspect is less important than in other disputes, but from there to systemising that way of proceeding there is a step that can be quickly cleared if what we want is for the economic to be unbreakably linked to the sociological.

38.- The “all electronic!” has also been invoked for the purpose of the group action. Connecting people, the new technologies could smooth the way for the group action and the conditions this requires. They ensure rapid, low cost communications between the members of the group and eliminate the distance between them. They have been used in a group action of small investors against a bank in Austria. It is conceivable that they can help in the case, providing there is access to computers. The whole procedure could therefore be useful and happily computerised, especially to avoid the courts being turned into football fields. That having been said, they should not obscure the paper document that may be drawn up by the lawyer, and even the oral allegations could be transmitted over the Internet. Therefore, making the new technologies something exclusive would not make any sense.

39.- Let’s not be Manichaeian! There is no “all or nothing” policy in civil litigation. We should not enclose the electronic procedure in a relationship of exclusivity to the other procedures. It has been necessary to accept the new technologies as new procedural methods. They are sometimes put forward as the functional equivalent of the written, and of the oral, which is not quite correct; others fail to regulate themselves at all and lose the flexibility required by legal practice. Electronic expression may be hybrid, but it does not create a hybrid procedure.

LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

JORGE W. PEYRANO

Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina,
Facultad de Derecho de Rosario (Argentina)

“Sólo piensa de verdad quien ante un problema en vez de mirar únicamente por derecha hacia lo que el hábito, la tradición, el tópico y la inercia mental harían presumir, se mantiene alerta, pronto a aceptar que la solución brinque del punto menos previsible en la gran rotundidad del horizonte.”

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

I. ADVERTENCIAS PREVIAS

Llevaremos a cabo, ante todo, algunas advertencias al lector de las líneas que siguen. Destacamos que el título de la Ponencia que se nos encomendara confeccionar, admite plurales enfoques. Elegimos el que nos pareció más apropiado.

Por de pronto, alertamos acerca de que, nos ceñiremos, en lo que atañe a la materia, al área del proceso civil, sin perjuicio de que muchas de las afirmaciones que formularemos se nos ocurran traspolables al ámbito de otros fueros. Estrechando, un poco más, el muy amplio campo de acción que todavía podría abarcar la tarea encargada, también señalamos que centraremos nuestra atención en la prueba a producir en primera instancia –grado jurisdiccional éste que concita el mayor interés en la actualidad²¹²- y en el seno de un proceso contencioso de conocimiento amplio (juicio ordinario, por ejemplo) con generación de pruebas. El descripto es el campo de Agramante donde más encarnizadamente se debate todavía respecto de las bondades de una u otra de las alternativas que plantea el epígrafe, dado que tal discusión no se plantea respecto de otro tipo de causas, cuales serían, vgr., los ejecutivos de toda laya, los de naturaleza monitoria, aquellos que por su índole hacen prevalecer acusadamente la forma escrituraria y los que tutelan ciertos nuevos derechos²¹³. Asimismo, comunicamos al lector que consideramos imposible ofrecerle un panorama completo de lo que sucede en todas las latitudes respecto del asunto cuyo análisis se nos ha atribuido. Preferimos, entonces, proporcionar alguna información que reputamos sustanciosa y diseñar propuestas que, deseamos, se encuentren dotadas de alguna originalidad y de cierta aptitud operativa porque no son épocas propicias para las especulaciones meramente teóricas²¹⁴. Finalmente, subrayamos que hemos procurado no internarnos en el tratamiento de asuntos confiados a otras ponencias. Empero, resulta ser que se encuentran tan interrelacionadas que no hemos podido evitar del todo, intromisiones no queridas.

²¹² MORELLO, A., Tendencias dominantes en la litigación civil, Santa Fe, 2002, p.75.

²¹³ CAPELLETTI, M., La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires 1972, p. 8. OTEIZA, E., Informe nacional argentino, p. 3 al pie de página.

²¹⁴ BIAVATI, P., “Tendencias recientes de la Justicia Civil en Europa”, Revista de Derecho Procesal, Vol. 1, 2008, p. 538.

Siempre a título previo, diremos ahora –repetiendo lo que se dijera en Bruselas– que “el problema de la prueba debe ser objeto de continua reflexión”²¹⁵. Las líneas que siguen aportarán, creemos, algunos nuevos motivos de reflexión que, obviamente, no constituirán un nuevo punto de llegada, sino un estímulo en pro de seguir reflexionando.

Concluyendo el presente introito, consignamos que las que siguen son reflexiones que hacen foco en la práctica de la prueba en sede civil, entendida ella como “el conjunto de actos del juez, de las partes y de otros sujetos procesales mediante los cuales se realizan o producen los medios de prueba admitidos”²¹⁶; y sin perder de vista que también comprende la documentación de sus resultados²¹⁷.

II. INTRODUCCIÓN

Establecido lo anterior, destacamos que en la actualidad el concepto de prueba civil ha alcanzado un nivel empinado en la escala axiológica procesal. Se habla, con razón, acerca de que “la prueba es el alma del proceso”²¹⁸; reconociéndose que existe un “derecho a probar”²¹⁹ completado por un derecho a una debida y explicitada valoración de la prueba producida²²⁰.

Más aún: hoy resulta válido pergeñar nuevas definiciones del proceso civil, ahora desde la perspectiva probatoria. Así, considerarlo como un espacio democrático de reconstrucción de lo pretérito. Existe un renovado interés –adoptando ideas firmemente defendidas por Taruffo²²¹– por favorecer que la solución del litigio sea justa y para que así ocurra es menester resolver valorando adecuadamente los elementos de convicción allegados a la causa, intentándose eludir, en la medida de lo posible, soluciones in extremis (cual sería, v. gr., la aplicación de la regla de la carga de la prueba) que confesamente se apartan de la búsqueda de la verdad²²². Repetimos: en los

²¹⁵ Tal consideración se formuló en el curso del Coloquio que tuviera lugar en Bruselas, en octubre de 2001, sobre la temática “Encuentro de los procedimientos judiciales en Europa”.

²¹⁶ ORTELLS RAMOS, M., “La prueba”, Derecho Procesal Civil, Pamplona, 2007, p. 361.

²¹⁷ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., Informe solicitado por el ponente, p.15.

²¹⁸ Acertada expresión del profesor ROGER PERROT, pronunciada en el curso del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg (Alemania Federal, 1983).

²¹⁹ MORELLO, A., “La prueba: evolución 1980-2002”, Avances Procesales, Santa Fe, 2003, p. 442.

²²⁰ MARINONI, L., Informe nacional brasileño, p. 8 al pie de página: “La necesidad de que el juez justifique sus propias razones, demostrando el motivo por el cual prefiere una prueba en relación a la otra, es nada más que un corolario del derecho a la prueba, ya que como es evidente el derecho a probar no se resume en la posibilidad de producirla sino también al derecho de tener esa prueba valorada”.

²²¹ TARUFFO, M., La prueba de los hechos, Madrid, 2005.

²²² PEYRANO, J. W., “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema”, Revista Jurídica La Ley, Boletín del 23 de abril de 2008: “La procedencia de la solución judicial de un litigio gracias a la aplicación de la regla de la carga de la prueba debe considerarse de interpretación restrictiva cuando en el curso del proceso respectivo se ha producido prueba. En este caso, la debida fundamentación de la resolución respectiva debe incluir un estudio pormenorizado de todas las pruebas

tiempos que corren no es bienvenida la idea de que el órgano jurisdiccional es un mero solucionador de conflictos, como fuere y con renuncia a desentrañar la realidad de los hechos²²³. Posiblemente, el prestigio alcanzado por el concepto de tutela judicial efectiva haya conspirado grandemente en tal sentido.²²⁴

III. EL CANON PREVALECIENTE: EL LLAMADO PROCESO POR AUDIENCIAS COMO MODELO DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN JUICIO CONTENCIOSO DE CONOCIMIENTO AMPLIO Y EN SEDE CIVIL

Conocido es que el denominado proceso por audiencias coincide, en buena medida, con lo que antiguamente se llamaba “juicio oral”. Ahora bien: esta última locución aludía simplemente a la forma prevaleciente mediante la cual se expresan las ideas volcadas en el curso de un proceso²²⁵ o, si se prefiere, guarda relación con el proceso cuya definición debe basarse, de manera primordial, en el material proferido oralmente, mientras que la referencia a un proceso por audiencias es mucho más amplia. Es que alude a un montaje procesal que no constituye una mera técnica referida a la práctica de la prueba, sino un sistema complejo y completo enderezado a favorecer una tutela judicial efectiva. Bien se ha apuntado que “la adquisición del proceso por audiencias supone una transformación revolucionaria del enjuiciamiento civil porque posibilita en el marco dialogal la actuación de los principios y reglas procesales fundamentales de intermediación, publicidad, instrumentalidad, adecuación de las formas, paridad de armas entre las partes que se convierten en colaboradores indispensables por el logro de la justa composición del conflicto”²²⁶; a lo que podría agregarse, como ingredientes identificatorios, la instrumentación de la audiencia preliminar en vista a fines conciliatorios y/o saneadores y el montaje de un debate procedimental sencillo y ágil. En dicho ramillete de excelencias, destaca el hecho de que en su seno resulta más viable que, al decir de Marcel Storme, “la búsqueda de verdad sea una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes”.

Asiduamente, se afirma que el proceso por audiencias es más presto que el que no discurre por dicho carril. Sin embargo, la realidad suele contradecir tal

producidas y la explicitación de las razones por las que se las considera insuficientes para demostrar lo que se debía probar”.

²²³ PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*, Barcelona, 2007, p. 120.

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C., “Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal Civil”, *Revista del Proceso*, San Pablo, N° 31, 1983. GUIMARAES RIBEIRO, D., *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, 2004.

²²⁵ PICÓ I JUNOY, J., Informe nacional español, p.1: “La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral o escrito”.

²²⁶ BERIZONCE, R., “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 5, Buenos Aires, 2002, p. 121.

aseveración²²⁷. Es ilustrativo lo que informa Vázquez Sotelo sobre el particular, en lo que atañe a la reciente reforma procesal civil española²²⁸.

De todos modos, es tan marcada la preferencia por la oralidad que no faltan mandas constitucionales que la han impuesto en materia procesal, como es el caso de España²²⁹ y Venezuela²³⁰. La aludida preferencia resulta alentada por la existencia de varias normas transnacionales –v.gr el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- que pensadas primigeniamente para que rigieran en el proceso penal, se han venido extendiendo merced a interpretaciones de Cortes de Justicia transnacionales.

Sabido es que no se dan en la realidad legislativa procesos puramente escritos o exclusivamente orales. En la práctica, siempre son mixtos, con prevaencia de alguno de los polos opuestos²³¹.

Tampoco puede hablarse de un solo tipo de procesos por audiencias²³², ya que su entramado en los códigos es variado. Alemania, por ejemplo, registra una oralidad con ribetes más acusados²³³ que el modelo español²³⁴. Éste creemos, guarda varios puntos de contacto con el proceso por audiencias concebido por el Código General del Proceso Uruguayo de 1989 y por el Código Procesal Civil de Perú de 1993. Cabe acotar que el modelo venezolano, también incluye-como se verá infra- características más acentuadas que las corrientes.

Pensamos que tanto para el legislador como para la doctrina autoral el proceso por audiencias sigue siendo el proceso ideal²³⁵, y también lo es para nosotros. Cómo no defender las virtudes de un modelo que - además de las ventajas que ofrece en materia de práctica de la prueba, que examinaremos infra -favorece el poder de dirección del

²²⁷ PEYRANO, J. W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Buenos Aires, 1978, p. 315.

²²⁸ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 8.

²²⁹ El artículo 120.2 de la Constitución Española que establece que: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

²³⁰ QUINTERO TIRADO, M., Informe nacional venezolano, p. 2: “El artículo 257 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999 constitucionalizó las bases del proceso venezolano, diciendo que tales procedimientos judiciales o administrativos deben ser breves, orales y públicos”.

²³¹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 7.

²³² DE LOS SANTOS, M., “El Código modelo y su influencia en la República Argentina”, Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, 2004-III.

²³³ PÉREZ RAGONE, A., Informe nacional alemán, p.1: “La oralidad fue considerada central no sólo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además, desde lo interno, para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba para el logro de una sentencia lo más legitimada posible. El juez debe apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación... La reforma de simplificación del proceso del año 1976 reforzó aún más el funcionamiento del proceso oral”.

²³⁴ Los contenidos de los informes españoles, así lo revelan.

²³⁵ PODETTI, J. R., Teoría y técnica del Proceso Civil, Buenos Aires, s/d., p. 79.

proceso reconocido hoy al juez civil²³⁶, dificulta la perniciosa delegación judicial cuando ella no es legalmente admitida²³⁷, asegura el control social sobre la labor jurisdiccional al brindarle una mayor publicidad al proceso²³⁸, proporciona mucho menos campo fértil para la inconducta procesal²³⁹ porque “en la clandestinidad del expediente escrito se emprenden toda clase de maniobras que no se introducirían en el aireado y bien iluminado del juicio oral”²⁴⁰ y, finalmente, se trata de un modelo de proceso donde “estando todos sentados en la mesa común” hay ahorro de los llamados “tiempos muertos del trámite” (traslados, notificaciones, etc.).

Todo lo referido es cierto. Ahora bien: las bondades del modelo en estudio se dan en tanto y en cuanto se respeten determinados parámetros sobre lo que nos explayaremos más abajo. No es, entonces, un modelo utilizable urbi et orbi, sino dónde y cuándo correspondiera. Afortunadamente, no faltan voces que han alertado respecto de los excesos de entusiasmo suscitados por el proceso por audiencias, produciéndose así una suerte de opacamiento de su brillo aunque sin llegar ello a desvanecer su papel estelar en el universo procesal. Tales voces provienen de varios frentes y avisan respecto de ciertas sombras que aquejan al proceso por audiencias. Enumeraremos, algunas: a) ciertos certámenes científicos trascendentes que mostraron una reducción del énfasis puesto sobre la oralidad y las bondades de los procesos por audiencias²⁴¹; b) las desventajas que ofrece el proceso por audiencias tal y como se lo concibe mayoritariamente en la actualidad y al que nos referiremos más adelante, claro que sin perjuicio de poner de resalto todas sus bondades que son muchas; c) la experiencia de alguna reforma procesal civil reciente que ha incorporado al proceso por audiencias, y que ya presenta “síntomas de fatiga”²⁴²; d) una fuerte corriente de opinión en pro de la revalorización de la prueba escrita con la consiguiente disminución de las ventajas del proceso por audiencias que logra su máximo rendimiento cuando se trata de las llamadas pruebas ²⁴³ personales (interrogatorio de partes, testifical). Así, Biavati entiende que “en verdad, en la mayoría de los casos la prueba en Italia, hoy en día, es escrita”²⁴⁴. Dicha revalorización es admitida aún por quienes se muestran partidarios decididos del proceso por audiencias²⁴⁵. Igualmente, cabe consignar que en la misma

²³⁶ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

²³⁷ OTEIZA, E., Informe nacional argentino, p. 4.

²³⁸ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 313.

²³⁹ DE LA COLINA, S., Derecho y Legislación procesal, Buenos Aires 1925, tomo I, p. 376: “Los vicios del procedimiento escrito provienen de extremarse su aplicación. Así se ve, por un lado, que litigantes de mala fe asistidos por letrados sin escrúpulos, embrollan y confunden los asuntos más sencillos, bajo el amparo de las facilidades que este procedimiento ofrece para multiplicar los escritos y los incidentes”.

²⁴⁰ EISNER, I., La intermediación en el proceso, Buenos Aires, 1963, p. 84 al pie de página.

²⁴¹ Nos referimos, por ejemplo, al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrech, en 1987.

²⁴² Así lo consigna Picó I Junoy en su informe.

²⁴³ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 15.

²⁴⁴ BIAVATI, P., Informe nacional italiano, p. 9.

²⁴⁵ TAVOLARI, R., Informe nacional chileno, p. 9.

línea se enroscan recientes regulaciones comunitarias europeas²⁴⁶. Contribuye, juntamente con otros motivos más tradicionalmente invocados, a explicar la mencionada revalorización de la prueba por escrito, la circunstancia de que “la evidencia documental no necesita del esfuerzo del juez, quien recibe los documentos (o los objetos) sobre su escritorio y sólo tiene que concentrarse en distinguir los materiales relevantes de los irrelevantes”²⁴⁷.

No se crea, por fin, que la opción se debe efectuar, necesariamente, entre las dos alternativas mixtas que proporciona el panorama procesal actual en materia de práctica de la prueba civil. A saber: una oralidad “actuada” y fragmentaria²⁴⁸ donde, v.gr., lo manifestado por los testigos se vuelca en soporte papel mediante la confección de una audiencia en el mejor de los casos presidida por el juez, y un proceso por audiencias que, como se verá, presenta algunos inconvenientes operativos. Pensamos que existe otra opción mejor y superadora, a la cual proponemos denominar oralidad informática o digital²⁴⁹. Éste, imaginamos, es el proceso posible –sobre el que abundaremos más adelante- que no es estrictamente el ideal imaginado por el genio chiovendiano²⁵⁰, pero para otra época y distintas necesidades²⁵¹.

IV. VENTAJAS DEL MODELO PREVALECIENTE EN MATERIA DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN SEDE CIVIL

El modelo en estudio que tiene la oralidad como forma expresiva privilegiada en el terreno de la práctica de la prueba, presenta señaladas ventajas en el rubro.

1. La intermediación

Presupone un contacto directo y personal del juez con los elementos de prueba que debe valorar para resolver²⁵². Por supuesto que no es una nota exclusiva del

²⁴⁶ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 9: “La reciente regulación de la Comisión Europea N° 861/07 que establece un procedimiento europeo para los pequeños juicios considera a la prueba escrita como la forma normal de investigación y hace que la prueba oral sea posible sólo bajo condiciones particulares... Las normas de procedimiento ante la Corte de Justicia de la Comunidad Europea y de las otras cortes europeas en Luxemburgo, incluyen tanto la prueba oral como la escrita... Sin embargo, la experiencia práctica muestra que la prueba escrita es absolutamente prevaeciente y la medida de investigación más utilizada es la solicitud de información y producción de documentos”.

²⁴⁷ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 1.

²⁴⁸ OTEIZA, “Informe”, cit., p. 6.

²⁴⁹ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 531.

²⁵⁰ CHIOVENDA, G., “Relaciones entre las formas del procedimiento y la función de la prueba”, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, Buenos Aires, 1949.

²⁵¹ BIAVATI, “Informe”, cit., p. 10: “Una importante corriente de la literatura italiana actual, desde Giuseppe Chiovenda en adelante, ha considerado al desarrollo oral del caso como el mejor camino para llegar a la Justicia. Pero este enfoque no puede lidiar con los problemas de la estructura y organización judicial y uno se podría preguntar si Chiovenda insistiría en la misma posición si viviera hoy en día. De todos modos, es cierto que los problemas deberían ser enfrentados observando la realidad y saliendo de cualquier jaula ideológica”.

²⁵² EISNER, I., “La intermediación en el proceso”, Revista Jurídica La Ley, Tomo 99, p. 894: “Hemos explicado en términos generales como “intermediación”, al principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima

proceso por audiencias ²⁵³, pero en su seno se concreta con mayor plenitud y mejores consecuencias. Postergaremos su estudio pormenorizado, desde el punto de vista de la práctica de la prueba, para más luego. Eso sí: desde ya puntualizamos que la gran mayoría de los partidarios de la intermediación procesal, sólo piensan en una indispensable intermediación “física”. Este aspecto nos moverá, en su momento, a efectuar algunas consideraciones

2. Mejor aprovechamiento de las denominadas pruebas personales

Media consenso en que la prueba testifical y el interrogatorio de partes ²⁵⁴ alcanza su mejor rendimiento en un proceso por audiencias.; manteniéndose, sin variantes, el papel desempeñado por la prueba documental. Sin embargo, se ha apuntado que la incorporación del proceso por audiencias en recientes reformas procesales, ha adunado alguna mejora adventicia en el ítem ²⁵⁵.

Militan serias razones que justifican dicho mejor aprovechamiento: la solemnidad del acto (audiencia) presidida por el magistrado en vez del lamentable espectáculo de su ausencia ²⁵⁶ y también la presencia judicial “cara a cara” predisponen –en alguna medida, al menos- a emitir relatos verídicos ²⁵⁷.

3. Apreciación conjunta de toda la prueba a medida que se va produciendo

La totalidad de la prueba, también la pericial ²⁵⁸, debe ser practicada durante el curso de la respectiva audiencia de prueba. Parra Quijano insiste en que el juez debe hacer “anticipadamente la valoración que retiene en su memoria con cada medio de

vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina”.

²⁵³ CHIOVENDA, G., Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo 2, Madrid, 1922, p. 174: “El principio de la inmediatezza tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes y entre las partes y el juez, es precisamente directa e inmediata; pero no existe ahí coincidencia absoluta entre los dos principios, y puede tenerse inmediatezza en el proceso escrito y mediatezza en proceso oral”.

²⁵⁴ TAVOLARI, R., “Informe”, cit., p. 6: “La capacidad de convencimiento de la producción de la prueba en audiencia, esto es, con la presencia del juez, llega a su altura mayor cuando se trata de la prueba de relatos, sea que los mismos estén a cargo de las partes –declaración o interrogatorio de partes, o confesión, según las normas positivas de cada país- o de terceros, sea que se exija a éstos especial versación técnica acerca de la materia que es objeto de relato, evento en el cual hablamos de peritos, sea que meramente se exija a ellos haber percibido con sus sentidos los hechos, caso en el cual aludimos a los testigos”.

²⁵⁵ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 15: Señala la práctica del intercambio de las fotocopias de los documentos presentados por las partes al finalizar la audiencia previa, ha derivado en que se reconozca la autenticidad de dichas fotocopias cuando no son impugnadas.

²⁵⁶ EISNER, “La intermediación”, cit., p. 5.

²⁵⁷ KIELMANOVICH, J., Teoría de la prueba y medios probatorios, Santa Fe, 2001, p. 69. MUÑOZ SABATÉ, L., Técnica probatoria, Barcelona, 1983, p. 131.

²⁵⁸ PARRA QUIJANO, J., Informe nacional colombiano, p. 5.

prueba y los va relacionando con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos... Se debe afirmar que o hay audiencia concentrada para realizar todos los actos de prueba e inmediatamente los alegatos y la sentencia o es preferible mantener el sistema escrito²⁵⁹. Sin embargo, claro está, algunas pruebas suscitan particulares dificultades para hacer realidad el dogma. Así, por ejemplo, acontece con la pruebas “por imágenes satelitales” captadas por empresas particulares y empleadas para demostrar asuntos tales como la erosión de suelos y daños ambientales en general. En ellas, obviamente, el juez no ha presenciado su actuación y se han producido fuera de la presencia judicial.

4. Favorece la pronta satisfacción de explicaciones, el presto sometimiento a careos y la inmediata formulación de aclaraciones

Estando “todos sentados en la misma mesa”²⁶⁰, se posibilita la pronta respuesta a interrogantes suscitados en el curso de la audiencia de prueba; interrogantes generados no sólo por las declaraciones, por ejemplo, de partes o testigos, sino también por el tenor de dictámenes periciales²⁶¹.

5. Pronto dictado de la sentencia de mérito

El modelo procesal en estudio, clásicamente entendido, presupone una pronta sentencia de mérito dictada poco después de finalizada la audiencia donde se practicara la prueba. Es que sus bondades se potencian aún más cuando el tribunal conserva en sus retinas y oídos las resultas de la práctica de la prueba²⁶².

V. DESVENTAJAS DEL MODELO PREVALECIENTE EN MATERIA DE PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN SEDE CIVIL

1. Insoslayable identidad física entre el juez que recibe la prueba y el que emite el pronunciamiento de mérito

Ortells, con razón, dice que el núcleo del modelo en estudio “consiste en que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente”²⁶³. Se ha señalado que dicha identidad, siempre se encuentra amenazada “por traslados, defunciones, enfermedades, ascensos, jubilaciones, etc.”²⁶⁴. A tanto se llega para preservar dicha identidad física que, en el marco de la futura reforma procesal chilena, se ha propuesto mantener la

²⁵⁹ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

²⁶⁰ EISNER, “La intermediación”, cit., p. 8.

²⁶¹ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 50.

²⁶² ORTELLS RAMOS, M., “Los principios del proceso en particular”, Derecho Procesal. Introducción, con Ortells Ramos, M., Cámara Ruiz, J., Sánchez, R., Valencia, 2003, p. 304: “En efecto, tener presente, en el momento de dictar la sentencia, las alegaciones orales, cómo se ha desarrollado la valoración de la prueba y los términos de la discusión oral final, sólo es posible, sin recurrir a documental, si entre el momento de producirse aquéllos y el momento de sentenciar, no media un período de tiempo prolongado que haya borrado de la mente del juez el recuerdo del material procesal”.

²⁶³ ORTELLS RAMOS, M., “La prueba”, “Derecho”, cit., p.362.

²⁶⁴ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 4.

competencia del juez que recibió la prueba para dictar sentencia, en casos de ascensos o traslados ²⁶⁵. La reciente modificación de la reforma procesal civil española, también incluye alguna norma que, a nuestro juicio, constituye un esfuerzo excesivo por mantener la referida identidad física ²⁶⁶.

Los inconvenientes producidos por la “movilidad” de la magistratura en virtud de las circunstancias señaladas, aumentan geoméricamente cuando se trata de tribunales colegiados, en razón de motivos obvios. También acusa ribetes que hacen meditar sobre la conveniencia de defender a ultranza la mencionada identificación física, la intervención de instancias superiores revisoras que no han presenciado la práctica de la prueba producida ²⁶⁷ y la problemática que ello produce.

2. Desgaste físico y emocional del magistrado que recibe la prueba

La debida práctica de la prueba –que es la columna vertebral del proceso por audiencias- reclama una particular atención judicial para obtener buenos resultados ²⁶⁸, ello en miras a advertir contradicciones, provocar careos, requerir aclaraciones, etc. y todo sin solución de continuidad. Parra Quijano exige que la práctica de la prueba debe “estar bajo el yugo de la atención”, vale decir bajo una percepción que no apunte a un simple registro sino a una actitud dinámica, captando todo lo que los medios probatorios aporten, y haciendo constantemente armonizaciones y críticas a medida que se van produciendo ²⁶⁹. Debe, pues, el juez en cuestión estar dotado de una particular resistencia a la fatiga física ²⁷⁰ y al desgaste emocional. No resulta, entonces, tarea sencilla encontrar magistrados que reúnan tales condiciones. Por añadidura, sabido es que la atención humana decae con el transcurso del tiempo y es un principio de Oratoria que el pico se produce hacia los treinta minutos de presenciar una exposición para ir cediendo

²⁶⁵ SILVA, J. P. Y DOMINGUEZ, J. P., “Principios fundamentales del procedimiento civil: diagnóstico y proposiciones a la luz de un nuevo ordenamiento”, Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente, SILVA, J.P., GARCIA, J. F., LETURIA, F., Santiago de Chile, 2007, p. 440.

²⁶⁶ Nos referimos al artículo 194 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española que establece, aún cuando admite algunas excepciones, que: “En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto”.

²⁶⁷ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “Informe”, p. 9, señala la paradoja consistente en que mientras la nueva LEC hispana de 2000 al posibilitar la documentación audiovisual de las sesiones de prueba mejora la revisión encomendada a la segunda instancia, por el otro implica un retroceso en la dosis de oralidad asignada al segundo grado jurisdiccional.

²⁶⁸ FALCÓN, E., Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia, Tomo III, Santa Fe, 2006, p. 48: “Téngase presente que en los procesos orales en presencia del tribunal, juega mucho el lenguaje corporal y la atención del juez es importante para obtener un mejor resultado”.

²⁶⁹ PARRA QUIJANO, “Informe”, cit., p. 2.

²⁷⁰ PEYRANO, “El proceso”, cit., p. 319.

luego, paulatinamente²⁷¹. No obstante ello, se compele a magistrados, muchos de los cuales carecen de las fuerzas propias de la juventud, a presidir durante largas horas, audiencia tras audiencia.

3. No siempre una pronta valoración de la prueba y ulterior presto dictado de la sentencia de mérito se traducen en una eficiente prestación del servicio de justicia

El modelo reclama, como ya se dijera, una pronta resolución que, a veces, puede generar una decisión precipitada, sin mayores reflexiones e injusta. Chioventa ya había alertado acerca de dichos peligros²⁷².

En tal sentido, nos parece que el proceso por audiencias instrumentado recientemente en Venezuela, es, precisamente, un paradigma de la eventual desventaja del modelo que venimos examinando. En efecto, dispone que: “concluido el debate, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta minutos mientras que las partes permanecen en la Sala de Audiencias. Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho. Dentro del plazo de diez días, se extenderá el fallo completo por escrito y se agregará a los autos”²⁷³.

4. La agenda de señalamiento de audiencias de prueba

He aquí, a nuestro entender, el talón de Aquiles del modelo bajo la lupa.

En otra oportunidad, afirmamos que “estamos persuadidos de que buena parte de la responsabilidad por las demoras imputadas a los tribunales del fuero civil radica en la imposibilidad física de ampliar el cronograma de audiencias que diariamente deben conceder los órganos de la jurisdicción. No puede ello sorprender cuando se repara en que la mayoría de los medios de prueba requieren para su producción la fijación de audiencias. Sabido es que ca-da juzgado no puede otorgar más allá de un cierto número de audiencias diarias lo que redundo en que prontamente se encuentran fijado audiencias a concretar en fechas lejanas. Todo ello provoca morosidad en la dilucidación de los litigios y, por supuesto, la necesidad de los jueces de presenciar y presidir tales audiencias con el correlativo descuido de otros cometidos inherentes a sus funciones”²⁷⁴.

Exigida la presencia inexcusable del magistrado en las audiencias de prueba y no pudiendo fijar más que un número limitado de ellas por día, se sigue que un tribunal que tramita miles de causas (lo que es habitual, en países latinoamericanos) se encontrará prontamente señalando audiencias a tres o cuatro años vista. Adviértase que inclusive en España –que es un país con un nivel de litigiosidad inferior al de otros países con economías menos favorecidas y con consiguientes dotaciones numéricamente inferiores de jueces – se da la apuntada disonancia entre la realidad y la programación llevada a

²⁷¹ Lo apuntado explica algunas prácticas judiciales inconvenientes a la hora de presidir sesiones de prueba. Vide de GARCÍA PAREDES, A., “Un nuevo recurso de apelación”, La Ley (España), entrega del 23 de mayo de 2008.

²⁷² CHIOVENTA, “Principios”, cit., p.137.

²⁷³ QUINTERO TIRADO, M., “Informe”, cit., p. 3.

²⁷⁴ PEYRANO, JORGE W. “La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales”, Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales, Tomo 1, Rosario, 2002, p. 113.

cabo sobre el particular por el codificador cuando imaginara el funcionamiento de la nueva LEC hispana²⁷⁵.

Ciertamente que puede prestarse algún alivio a la sobrecargada agenda de audiencias del tribunal, llevando adelante una suerte de privatización de la producción de cierta prueba²⁷⁶; aceptando así –en asuntos donde no se encuentra involucrado el orden público, mediando acuerdo de partes (sobre lo que volveremos infra) y en lo atinente a elementos de convicción cuya práctica no arroja complicaciones (v.gr., el reconocimiento de una documental privada)- la posibilidad de que hasta se actúe fuera del ámbito del tribunal y en ausencia del juez²⁷⁷. Quizás, hoy haya llegado la hora para el proceso civil de cuño romano-canónico, de incorporar algo del *discovery period* del proceso estadounidense para la práctica de determinadas pruebas²⁷⁸. Téngase en cuenta que aún en países donde existe un fuerte respeto hacia la intermediación procesal, la necesidad – “que tiene cara de hereje”- ha convalidado, por ejemplo, la celebración de audiencias privadas de testigos fuera del ámbito del tribunal, previo acuerdo de partes, y sin presencia judicial²⁷⁹.

Asimismo, puede citarse alguna otra herramienta adventicia para optimizar la agenda de audiencias de pruebas del tribunal. En tal sentido, merece traerse a cuento la propuesta de consultarse mutuamente (tribunal, convocados y letrados) respecto de la fecha de fijación de una audiencia probatoria que se avecina²⁸⁰, evitándose así sorpresas e inconvenientes, especialmente a los convocados. En 2005, la reforma al Código Procesal Civil francés parece aceptar dicha posibilidad²⁸¹.

VI. LA INMEDIACIÓN PROCESAL: CLAVE DE UNA MÁS RENDIDORA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

1. Generalidades

²⁷⁵ PICÓ I JUNOY, J., “Informe”, cit., p. 8: “Partiendo de la plena vigencia del principio de oralidad en el sistema de Enjuiciamiento Civil español, lo cierto es , que en la práctica plantea algún problema. El más relevante es la sistemática infracción judicial de los plazos procesales en el señalamiento de las actuaciones orales (vistas, juicios, comparencias)”

²⁷⁶ SOSA, T., Reingeniería procesal, La Plata, 2005, p.121. PEYRANO, “Procedimiento”, cit., p.114.

²⁷⁷ PEYRANO, J.W., Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales, Tomo 1, p. 114.

²⁷⁸ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 526; PALOMO, D., “Reforma del proceso civil chileno. Algunos apuntes”, Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente, p. 463; VIAL, J. “Una mirada desde el Derecho norteamericano”, Justicia Civil y Comercial, una reforma pendiente, p. 708.

²⁷⁹ La Cámara Nacional en lo Comercial Sala D de la ciudad de Buenos Aires el 22 de junio de 2007, en “FALCÓN, FOX S.A. c. IPF S.A. –Ordinario” convalidó la celebración de una audiencia de testigos fuera del ámbito del tribunal y sin presencia judicial, previo acuerdo de partes y suscripción de un reglamento sobre el particular.

²⁸⁰ ARBONÉS, M, “Mecanismos procesales para la recepción de la prueba y algunas sugerencias prácticas para mayor efectividad”, La prueba en el proceso, con Angelina Ferreyra de De la Rúa, Córdoba, 2007, p.27.

²⁸¹ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 529.

Siempre que se habla, y bien, de la intermediación procesal –ese contacto directo y sin intermediarios-²⁸² entre el magistrado y la prueba a medida que ésta se actúa- se está, a veces inadvertidamente, hablando del siguiente marco: una audiencia donde los sujetos involucrados en la materia probatoria (partes, testigos, peritos, etc.) convergen ante la presencia física del magistrado de la causa quien, primordialmente, observará a aquéllos y escuchará lo que se le diga, explique, aclare o se le dictamine. El enfoque clásico del asunto, ha privilegiado la importancia de la percepción personal y directa²⁸³ que le posibilita al magistrado, por sobre el tema de la documentación “para futura memoria” de lo ocurrido durante el transcurso de la audiencia respectiva.

La referida percepción directa judicial que permite la intermediación procesal mediante la actuación de la prueba frente a los ojos y oídos judiciales, posibilita que el magistrado presente perciba también, por ejemplo, el llamado lenguaje corporal²⁸⁴ o no verbal²⁸⁵ que integra la comunicación junto con el verbal. Es que toda comunicación personal utiliza dos medios, uno verbal y el otro gestual. Por eso se ha dicho que es casi tan necesario ver el interrogatorio como oírlo²⁸⁶. En el punto es tradicional recordar la frase de Ayrault que advierte que “cuando la boca calla, los gestos hablan”²⁸⁷.

La intermediación procesal se contrapone a la mediación procesal. Reinando ésta, no se permite la percepción personal del órgano jurisdiccional del material probatorio a medida que se va produciendo, por considerar que ello podría perjudicar la imparcialidad judicial²⁸⁸. Se reemplaza dicha percepción por la de intermediarios

²⁸² EISNER, “La intermediación”, cit., p.34.

²⁸³ SIMÓN, L, Informe nacional uruguayo, p.3: “La intermediación asegura al juez el conocimiento directo del objeto litigioso, le permite captar no solamente el contenido de la declaraciones de partes, testigos o pericias, sino la forma en que son vertidas, las vacilaciones, dudas, pausas, matices, etc. de un modo absolutamente inviable en los procesos escritos, donde generalmente son recogidas por un auxiliar, quien a su vez registra lo declarado que luego ha de ser interpretado por el juez al momento de decidir”. Sobre la percepción como medio de prueba siempre deben traerse a cuento las consideraciones de Francesco Carnelutti vertidas en “La prueba civil”, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2ª edición, Buenos Aires 2000, p.56.

²⁸⁴ FALCÓN, “Tratado”, Cit., p. 27: “La comunicación es mucho más que las palabras que emitimos; éstas forman sólo una pequeña parte de nuestra expresividad como seres humanos. Las investigaciones demuestran que en una presentación ante un grupo de personas, el 58% del impacto viene determinado por el lenguaje corporal-postura, gestos, contacto visual,- el 35% por el tono de voz y sólo el 7% por el contenido de la presentación”.

²⁸⁵ TAVOLARI, “Informe”, cit., p.5: “En efecto, establecido que la oralidad tiene lugar cuando el procedimiento se estructura en audiencias no parece aventurado sostener que la denominación se torna insuficiente: es que la comunicación no verbal, aquella que se verifica a través del lenguaje corporal, a través de los gestos, de la expresión facial, de la mirada, del volumen y entonación de la voz, puede concluir transmitiendo al otro una información diferente de aquél que escucha a través de las simples palabras”.

²⁸⁶ YOUNG, T., Técnica del interrogatorio de testigos, Buenos Aires, 2001, p. 174.

²⁸⁷ GORPHE, F., La apreciación judicial de las pruebas, Buenos Aires, 1967, p. 33.

²⁸⁸ MONROY GÁLVEZ, J., Informe nacional peruano, p. 12: “Finalmente, desde una perspectiva procesal, el tránsito de la renovada importancia de la oralidad respecto de la escritura es, simple y llanamente, la evolución ideológica de una concepción consolidada en la Edad Moderna según la cual la garantía de una decisión correcta dentro

(relatores, audiencistas) que informarán al magistrado sobre las resultas de la prueba producida.

Párrafo aparte merece la audiencia en sí donde se deberá, en principio, actuar toda la prueba en presencia del magistrado de la causa.

En primer lugar, debemos señalar que su, digamos, “escenificación” no está desprovista de consecuencias. No es el tema que nos ocupa, así que lo abordaremos de rondón. Resulta un hecho comprobado que la ubicación de los protagonistas de una audiencia de prueba influye sobre el sistema de comunicación entre ellos y sobre la posibilidad de mejor indagar los hechos ²⁸⁹ En el renglón, se da preferencia al llamado sistema circular de entorno que favorece la interactividad porque todos los participantes se observan recíprocamente, articulándose así una comunicación fluida y clara ²⁹⁰. No gozan de igual prestigio, otros sistemas –con reminiscencias de la Inquisición– en los cuales el tribunal se enfrenta al declarante que da las espaldas a los demás intervinientes en la audiencia ²⁹¹.

En segundo término, no debe perderse de vista que el principio de contradicción campea también, sin reservas, en el seno de la audiencia de práctica de las pruebas ²⁹².

Por fin, descontamos que un mejor rendimiento de la práctica de la prueba, supone un juez activo que preside a la audiencia respectiva. Pero sin asumir un protagonismo absoluto. Así, acontece que, por ejemplo, suelen ser más rendidores los interrogatorios efectuados por las partes que los materializados por el magistrado ²⁹³.

2. Qué hacer cuando la declaración de parte o de testigo presenta indicios que conspiran contra su credibilidad

Sucede que en el decurso de la práctica de una prueba personal, el órgano jurisdiccional puede experimentar percepciones que lo inclinan a desconfiar de la credibilidad de la versión de la declarante ²⁹⁴. Se ha dicho, por algunos, que ciertos

de un proceso judicial estaba dada por la posibilidad de obtener que el juez que debía resolver los casos no se interiorizara del conocimiento material de los hechos ni de los personajes que intervienen en el conflicto, es decir, que mientras más abstracta y genérica fuera la información que tenía respecto del conflicto contenido en el proceso y de los sujetos involucrados en él, sería mayor la posibilidad de que se obtenga una decisión idónea. En una concepción así, la escritura cumple una función esencial. En efecto, por la escritura se concreta el objetivo de que el juez no tenga que conocer a los litigantes y tampoco a los testigos de los hechos que acaecieron y, por cierto, mucho menos el lugar donde aconteció. El juez sólo debe leer el paquete de hojas cosidas que contienen todo lo afirmado y probado por las partes a lo largo de varios meses y años. Con tal margen de separación de la realidad, el juez no podía ser afectado por los sentimientos, intereses y otros detritus emocionales que contiene cualquier conflicto de intereses”; CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 44.

²⁸⁹ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

²⁹⁰ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

²⁹¹ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.41.

²⁹² EISNER, “La intermediación”, cit., p. 79.

²⁹³ FALCÓN, “Tratado”, cit., p.55.

²⁹⁴ CARBONE, C., “Interés de documentar el comportamiento procesal relevante de las partes en el proceso escrito”, Valoración judicial de la conducta procesal, con Jorge W. Peyrano, Santa Fe, 2005, p. 286.

comportamientos de los declarantes (gestos, vacilaciones, contradicciones, rubor, palidez, dificultad expresiva, etc.), constituyen verdaderos indicios²⁹⁵ con influencia sobre la credibilidad de la declaración.

En verdad, la doctrina clásica siempre se ha referido a los mencionados atisbos de poca credibilidad de la versión del declarante, tratándolos en forma extensa. Así lo han hecho, Caravantes²⁹⁶, Bentham que enumera y analiza los síntomas de miedo en el declarante²⁹⁷; Döhring que se circunscribe más a los visajes del rostro²⁹⁸; Gorphe que memora una amplísima sintomatología para verificar la credibilidad del declarante²⁹⁹ y Mario Pagano siempre recordado a raíz de una cita chiovendiana³⁰⁰.

Sobre lo que no se ha discurrido demasiado, es acerca de qué debe hacer el juez frente a la concurrencia de dichos atisbos de mendacidad.

En el tema, se debe ser particularmente prudente porque pueden existir plurales motivos que justifiquen, v.gr, una actitud vacilante o timorata del declarante; contándose entre ellos su poca capacidad narrativa³⁰¹. Además, la conducta emotiva es equívoca³⁰², dependiendo del grado de sensibilidad del declarante (que experimenta, por ejemplo, temor reverencial ante la presencia del juez); requiriendo una inusual finura psicológica³⁰³ separar “la paja del trigo”, es decir la conducta del mendaz del proceder del particularmente sensible a raíz de su comparecencia frente a los estrados judiciales.

Creemos que los jueces han sido muy prudentes en la materia. Tanto es así que no abundan resoluciones judiciales donde expresamente los tribunales hayan descartado el valor probatorio de una declaración, en mérito de los susodichos indicios de falta de credibilidad del declarante³⁰⁴. No hemos constatado, v.gr. que el rubor o el tartamudeo de un testigo haya conspirado en sentido contrario a la atendibilidad de sus dichos. Más allá de tratarse de indicios equívocos, como ya se ha expresado, no debe pasarse por alto

²⁹⁵ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p.93; DÖHRING, E., La prueba, su práctica y apreciación, Buenos Aires, 1996, p. 66; CARBONE, C., “Interés” cit., p. 286.

²⁹⁶ CARAVANTES, J., Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, T. 2, Madrid, 1856, p. 256.

²⁹⁷ BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, 2002, p.178.

²⁹⁸ DÖRING, La prueba, su práctica y apreciación, p. 68.

²⁹⁹ GORPHE, “La apreciación”, cit. , p.236.

³⁰⁰ CHIOVENDA, “Relaciones”, cit., p. 494.

³⁰¹ DEVIS ECHANDÍA, H., Compendio de la Prueba Judicial, Tomo 2, Santa Fe, 1984, p. 112.

³⁰² GORPHE, “La apreciación”, cit., p. 351: “Sin embargo, el estado emotivo, por si solo constituye un indicio equívoco, ya que las reacciones afectivas dependen de la sensibilidad individual; CORNERO, G., “Valor probatorio de la conducta procesal”, Valoración judicial de la conducta procesal, con PEYRANO, J. W., p.217.

³⁰³ CARBONE, “Interés”, cit., p.289.

³⁰⁴ Forma excepción un caso- espigado en Revista Jurídica La Ley, Tomo 95, p. 606, ocurrido hace cinco décadas y en época donde no existía el test de ADN- en el cual se atribuyó una pretensa hija a un padre a raíz de que en el curso de una audiencia el juez constató que el demandado se conducía con apatía y hasta rehuendo enfrentar a la actora con su mirada.

que la razonabilidad de tal descalificación no sería controlable en forma alguna por una eventual Alzada, por más que, como algunos quieren³⁰⁵ se hubieran consignado tales atisbos en el acta escrita que documentara la prueba en cuestión. Por añadidura, se vislumbra que la consignación actuarial de tales indicios en el acta de audiencia, será motivo de duros cuestionamientos y de plurales planteos a la hora de tratar de incorporarlos al protocolo de la audiencia.

Así las cosas y como regla, interpretamos que el tribunal que percibe los mencionados indicios en el momento de actuación de la prueba, deberá limitarse en el curso de la audiencia respectiva a requerir inmediatez³⁰⁶ precisiones y aclaraciones a los declarantes, a formular repreguntas, a materializar careos; y todo ello con destino específico a conceder (o negar) credibilidad a la versión fáctica aportada³⁰⁷.

3. Clases de intermediación procesal, en la actualidad

Predomina, todavía, un concepto de intermediación procesal circunscripto a la presencia física del juez en ocasión de la práctica de la prueba. Se trata, pues, de una intermediación física presencial. Pero hoy, y cada vez con más fuerza, puede darse una intermediación virtual³⁰⁸ que permita que el juez asista a la práctica de la prueba e inclusive, interactúe con sus protagonistas, en tiempo real, pese a su ausencia física del lugar donde se desarrolla aquélla. Estamos aludiendo a la videoconferencia³⁰⁹ para asegurar la intermediación en el supuesto de distancia física entre el tribunal y algún protagonista de la prueba a practicar; videoconferencia que, por ejemplo, posibilita una menos gravosa cooperación del testigo con el Servicio de Justicia³¹⁰. Dicha tecnología

³⁰⁵ CARBONE, “Interés”, cit., p.289.: “Nosotros nos enrolamos en la corriente de opinión que expresa que, salvo expresa prohibición legal, el juez puede hacer constar a través del actuario los gestos antes ejemplificados: pensamos que no se trata de tener especiales percepciones psicológicas o dotes extraordinarias para hacer constar un quiebre de voz, una desviación aislada o permanente de la mirada hacia el careado o hacia el juez, un llanto, un rubor o sobresalto ante una pregunta, o lágrimas, sonrisas, silencios prolongados ante determinadas preguntas o confrontaciones con objetos o personas realizadas en las audiencias, etcétera, por cuanto tales constancias constituyen datos objetivos no sustentados en subjetividades arbitrarias o descabelladas del tribunal”.

³⁰⁶ SIMÓN, “Informe”, cit., p.3.

³⁰⁷ YOUNG, “Técnica”, cit., p. 75.

³⁰⁸ PÉREZ RAGONE, “Informe”, cit., p.10.

³⁰⁹ PEYRANO, J. W., “El proceso civil que viene”, Libro del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 819.

³¹⁰ PICÓ I JUNOY, “Informe”, cit., p. 5. Toribio Sosa acota en el informe que se le solicitara y a p. 4, lo siguiente: “En EE.UU, desde 1971, en la ciudad de Williamsburg (Virginia) existe un Centro Nacional para las Cortes del Estado (National Center for State Courts),, encargado de atender a los tribunales locales y federales mediante asistencia directa y programas de investigación y capacitación. El Centro cuenta con un laboratorio de Tecnología Judicial encargado de localizar y testear tecnologías aplicables a la labor tribunalicia. Además, tiene un juzgado experimental, llamado “Courtroom 21” (corte del siglo XXI), el lugar tecnológicamente más dotado del mundo en materia judicial. Entre otros avances tecnológicos, en ese juzgado experimental, ya en 1999 las audiencias podían llevarse a cabo sin necesidad de que sus protagonistas estuvieran físicamente presentes, cualquiera sea el lugar de planeta en que estuviesen, a través de teleconferencia

ha sido aceptada por regulaciones comunitarias europeas³¹¹ y por recientes reformas procesales³¹²; sorprendiendo que la modificación de 2000 de la ley española y a diferencia de lo ocurrido en Alemania³¹³, no haya previsto expresamente nada sobre el particular³¹⁴. Obviamente, las videoconferencias se prestan para múltiples usos procesales ventajosos y no sólo para el apuntado. Así, acontece con la videoconferencia destinada a evitar el dispendioso y triste espectáculo consistente en el traslado de presos desde las cárceles en que se encuentran hasta recintos judiciales, a efectos de que presten declaración.

Pero, además, en la actualidad también se registra una fuerte corriente de opinión en pro de que, llegado el caso, sea válido acudir a una intermediación sensorial no presencial. Nos estamos refiriendo a la filmación de las audiencias de prueba, admitida por varios ordenamientos procesales³¹⁵. Es decir que ellas se puedan y deban registrar por medios audiovisuales y/o electrónicos, lo que equivale a manifestar que las actuaciones probatorias respectivas se documentarán mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, por más que no faltan voces que consideran, con buena dosis de razón, que tal terminología es anticuada³¹⁶.

La reproducción de la imagen y sonido de lo ocurrido en el curso de la audiencia de prueba posibilita una intermediación sensorial (el juez observa y escucha, lo sucedido) que puede ser no presencial (el juez no estaba físicamente presente mientras se actuaba la prueba). Dicho tipo de intermediación (la sensorial, no presencial) conserva la mayoría de los atributos de la intermediación física. Volveremos sobre esto último, más abajo.

4. Cómo incorporar las nuevas tecnologías audiovisuales e informáticas de modo tal de posibilitar la intermediación virtual y la sensorial no presencial cuando ello no ha sido regulado expresamente

A los fines expuestos en el epígrafe, es preciso, sin duda concretar una suerte de reingeniería procesal³¹⁷. Uno de los pilares de dicha reingeniería procesal, reside en la concesión de validez a los acuerdos procesales celebrados entre las partes tendientes a aceptar las ventajas de las nuevas tecnologías audiovisuales y digitales, pese a que el código procesal aplicable hubiera omitido incorporarlas.

en tiempo real, cuyo sonido e imagen se va automáticamente registrando para su conservación y reedición”.

³¹¹ BIAVATI, “Informe”, cit., p.10.

³¹² PÉREZ RAGONE, “Informe”, p. 10: “La reforma del año 2002 introdujo el 128 A, por el cual se regula y permite el empleo de medios de transferencia de sonidos e imágenes en el proceso. Así se ha dado el fenómeno de la morigeración de la oralidad presencial, sustituida por una nueva escrituralidad mediatizada...”.

³¹³ Artículo 128 a) inciso 1º e inciso 2º de la ZIP alemana.

³¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles, Tomo 1, Barcelona 2008, p. 725.

³¹⁵ Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 147, ZPO alemana, artículo 160 a.1 y artículo 125 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (Argentina) de 2007.

³¹⁶ RAMOS MÉNDEZ, “Enjuiciamiento”, cit., p. 777. Considera que debe hablarse de “prueba por medio de documentos multimedia”.

³¹⁷ SOSA, “Reingeniería”, cit., p. 99.

Los llamados contratos o negocios jurídicos procesales son conocidos desde larga data y en la época procedimentalista fueron considerados con benevolencia³¹⁸. Pero hoy, el advenimiento del procedimentalismo y la consiguiente visión más pública del proceso civil determinaron la adopción de una actitud reticente y más bien contraria a los procesos contractuales³¹⁹, que son las que reconocen, hasta cierto punto, que las partes puedan crear algunas normas procesales en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Afortunadamente, un sector de la doctrina autoral contemporánea comenzó a discriminar casos, conservando así la susodicha reticencia sólo cuando se trataba de asuntos relacionados con el orden público procesal³²⁰.

Por supuesto que no se trata de afirmar que la validez de los negocios jurídicos procesales se debe imponer, sin más y en todos los supuestos, al juez³²¹.

El negocio jurídico procesal del caso, debe ser aprobado, expresa o tácitamente, por el órgano jurisdiccional. Es que –a diferencia de lo que acontece con los negocios jurídicos en general- los negocios procesales no generan directamente los efectos perseguidos puesto que, en cierto modo, se celebran ad referendum de lo que establezca la autoridad judicial.

Francia, últimamente, registra una revalorización de los contratos procesales, confirmando así una tendencia de viejo cuño³²².

En lo que atañe específicamente a los contratos procesales sobre prueba, estimamos que una referencia adversa de Chiovenda³²³ mucho ha contribuido a quitarles prestigio y validez, por lo menos en lo concerniente a la doctrina autoral no demasiado reciente³²⁴. Si bien se mira, no puede sorprender la repulsa de Chiovenda y de otros³²⁵ respecto de la validez de negocios jurídicos procesales que le impongan al órgano jurisdiccional, por ejemplo, que valore prueba en determinado sentido o que dispense de algunas formalidades esenciales a la práctica de determinado medio de confirmación. Frente a tales hipótesis, el tribunal, claro está, no los aprobará. En cambio, si se tratara, v.gr., de un acuerdo procesal tendiente, aprovechando los beneficios de la telemática, a

³¹⁸ CHIOVENDA, G., “La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo”, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Buenos Aires, 1949, p. 399.

³¹⁹ DÍAZ, C., Instituciones de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1968, Tomo 1, p. 63 al pie de página.

³²⁰ PODETTI, “Teoría”, cit., p.164.

³²¹ MICHELI, G. A., Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Buenos Aires, 1971, p.291; GUASP, J., Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Madrid, 1969, p.261.

³²² BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 529.

³²³ CHIOVENDA, “Principios”, cit., p.126.

³²⁴ VITERBO, C., “Valor probatorio de los libros de comercio cuando una de las partes no es comerciante”, Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, Tomo 66, p. 705. ALSINA, H., Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo 1, Buenos Aires 1963, p. 61.

³²⁵ SCHÖNKE, A., Derecho Procesal Civil, Barcelona, 1950, p. 200.

que un testigo residente un lugar distante pueda declarar participando de una videoconferencia, creemos que ello no puede incluirse entre los contratos procesales vedados.

VII. DOCUMENTACIÓN DE LA PRUEBA PRODUCIDA

1. Documentación por escrito. Acta o protocolo de audiencia

En el proceso romano-canónico y común, las pruebas no eran asumidas por los jueces, sino por secretarios y/o interrogadores. Mucho contribuyó a favor de la aparición de los susodichos intermediarios la circunstancia de que la prueba tasada reinante (que importaba un cálculo apriorístico respecto de la valoración de cada prueba), provocaba que la observación personal del magistrado careciera de mayor interés³²⁶. Esto explica la permanente delegación que efectuaban los jueces en cabeza de relatores o audiencistas³²⁷. Igualmente, militaba en favor de dicha delegación el hecho de la existencia de interrogatorios preformulados que tornaban prescindible la presencia judicial³²⁸. Fácil es colegir que tal estado de cosas hizo menester consignar en documentos escritos (actas o protocolos) lo ocurrido en las audiencias de prueba para futura memoria³²⁹, máxime cuando la instancia revisora estaba emplazada en sitios muy distantes de aquél donde se había celebrado la sesión probatoria³³⁰.

Las explicaciones hasta aquí brindadas no pueden hacernos perder de vista el papel importantísimo en materia de difusión de la práctica de confeccionar actas de audiencia, que tuviera la famosa Decretal de 1216 del Papa Inocencio III, que ordenara que todas las audiencias, inclusive aquéllas a las que no hubiera asistido el juez, debían ser documentadas por escrito y que la sentencia se basaría exclusivamente en dichas actas³³¹. La posibilidad de la existencia de “jueces viles”³³² viene también a justificar dicha práctica porque permitía, y permite, un control jurídico y social del acierto (o no) de la labor jurisdiccional. Es que, verdaderamente, la consignación por escrito de lo acontecido en la audiencia de prueba, ofrecía, por ese entonces, indudables ventajas que contabiliza Bentham: conserva las declaraciones de los testigos y les posibilita defenderse ante imputaciones de falso testimonio, permite la prueba trasladada y la revisión en apelación, entre otros beneficios³³³. Pero, también presenta desventajas provenientes de que el encargado de labrar el acta suele resultar influido por subjetividades y, para colmo de males, a veces no emplea un lenguaje que refleja

³²⁶ CHIOVENDA, “Relación”, cit., p. 491.

³²⁷ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p. 21.

³²⁸ *Ibidem*, pág. 21 al pie.

³²⁹ ORTELLS RAMOS, “Derecho Procesal”, cit., p. 302.

³³⁰ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit.: Señala, por ejemplo, que para que el emperador romano (titular último de la jurisdicción) pudiera conocer un determinado asunto, resultaba indispensable que pudiera compulsar la prueba producida y dado que la extensión del imperio tornaba imposible su reproducción ante el emperador, se hizo necesario documentarla.

³³¹ CAPPELLETTI, “La oralidad”, cit., p.36.

³³² VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p.2.

³³³ BENTHAM, “Tratado”, p. 73.

fielmente lo sucedido³³⁴. Para eliminar, en alguna medida, la incidencia de tales desmanejos, se ha propuesto, sin éxito y hoy se trata de una propuesta abandonada-documentar taquígraficamente las audiencias³³⁵.

En lo que no median dudas, es acerca de que siempre en las audiencias de prueba debe prevalecer la expresión oral. En lo tocante a su documentación de manera distinta a “por escrito”, todavía se deben superar polémicas y tercerías.

2. Documentación audiovisual de la práctica de la prueba en sede civil

Sin duda que la primera vía ensayada para la documentación de las audiencias probatorias mediante el uso de medios tecnológicos, fue la fonograbación analógica. Superado ampliamente el empleo de cintas de grabación fonomagnéticas analógicas por medios digitales incrustados, es decir, aparatos que incluyen el formato de grabación digital y el soporte donde se hará el mismo (por ejemplo, el ZIP disk, los CD's, y posteriormente el Pendrive y las Tarjetas Flash, que implementaron un copiado mejorado).

Argentina, tímidamente y sólo a título de alternativa escogida por el tribunal, estableció la posibilidad de fonograbaciones de audiencias probatorias³³⁶.

Hoy, en cambio, el camino preferido es el de la documentación audiovisual de lo sucedido en las audiencias probatorias, pues así se dota al magistrado de la chance de observar y no sólo de oír lo acontecido.

La videofilmación, que tanto puede ser materializada con una videocámara portátil³³⁷ o mediante el uso de salas de audiencia preparadas especialmente para una mejor filmación³³⁸, logra grabar y luego reproducir imágenes y sonidos que configuran una documentación que le permite revivir al magistrado todos los aspectos que quedan

³³⁴ SOSA, T., “Informe interno solicitado por el ponente, p.1: “La escritura, con todo lo que supera ampliamente la memoria, supone al menos dos inconvenientes severos para el registro de sucesos:el observador inexorablemente construye la realidad al interpretarla, y ello sucede en automático, en función de su modelo mental (conformado por su biología, por su historia personal, por sus creencias, por sus valores, etc.);el observador elige las palabras con las cuales representa su observación de la realidad y aún descartando la chance de elección errónea, no siempre las palabras “visten a medida” esa observación y nunca queda al margen la posibilidad de ambigüedad del lenguaje”.

³³⁵ GORPHE, “La apreciación”, cit., p. 391.

³³⁶ Artículo 125 incisos 6 y 7 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La muy reciente reforma procesal penal argentina –ley 26374- dispone al regular un nuevo sistema de apelaciones por audiencias, la fonograbación de las audiencias.

³³⁷ BÜSSER, R., MÜLLER, E. Y RIVERA RÚA, N., Las audiencias en el proceso, Santa Fe, 2007, p. 44.

³³⁸ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 3: “Corresponde señalar que, a todas luces, resulta superior la filmación materializada en salas de audiencia especialmente predisuestas a tal efecto. Así, un empleado podría atender, sin inconvenientes, cuatro salas de audiencias en forma simultánea. Se centralizaría así la grabación, ya que existiría un solo monitor para 3 o 4 cortes y sería necesario un solo hardware. Dos servers operarían en forma independiente, de modo que si uno falla el back up funcionaría supliendo el déficit”.

ocultos en las tradicionales actas escritas³³⁹; merced, simplemente, a la conexión del reproductor correspondiente con un aparato televisivo o con una computadora personal.

No acaban ahí las ventajas de la filmación. Veamos: a) se finiquita con la posibilidad de fingimientos consistentes en que la inasistencia del juez a la sesión probatoria no se hacía constar y, por el contrario, se registraba su presencia en el acta respectiva. La imagen captada por la videofilmación no miente y la ausencia del juez resulta fácilmente verificable cuando se filma una audiencia³⁴⁰; b) elimina la mayor parte de las razones que se invocan para defender, a todo trance, una necesaria identificación física entre el juez que recibe la prueba y el que dirime la contienda³⁴¹; c) la reproducción audiovisual filmada posibilita al tribunal de apelación revisar la sesión probatoria³⁴², zanjando buena parte de los óbices puestos en miras a impedir que la instancia revisora se interne en la valoración de los hechos de la litis³⁴³; d) le otorga al juez la chance de reflexionar el contenido de la sentencia de mérito a emitir, sin estar urgido por una memoria traicionera de lo acontecido durante la actuación de las pruebas; e) la filmación involucra un significativo ahorro de tiempo, ya que torna prescindible la tarea del empleado judicial que debe tomar notas dactilográficas³⁴⁴.

Obviamente, el actuario participante debe, en el caso de la filmación de audiencias probatorias, formalizar una breve acta dando cuenta de que en tal día y en tales actuaciones, se celebró una sesión probatoria; conservando una copia de la filmación en el recinto del tribunal y debiendo entregar copias a las partes para mayor resguardo de sus derechos.

Nos parece que aportaría al mejor éxito de la documentación audiovisual en análisis, prohibir, legal y expresamente, que lo manifestado durante la filmación se vuelque en un protocolo tradicional escrito. De tal modo, se compelería, hasta cierto punto, al magistrado a observar efectivamente la filmación para poder materializar su decisión³⁴⁵.

En otro orden de cosas, interesa subrayar que el uso de la mencionada tecnología audiovisual puede cambiar prácticas forenses alegatorias que acostumbran a hacer referencia a la foja tal o cual del expediente³⁴⁶.

³³⁹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p.17.

³⁴⁰ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 6.

³⁴¹ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 17.

³⁴² VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 20.

³⁴³ SOSA, “Informe”, cit., p. 3.

³⁴⁴ ARAZI, R., ROJAS, J., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Anotado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, 2007, p. 67.

³⁴⁵ MARINONI, L., Informe nacional brasileño, p.6, donde se hace saber que en ciertos tribunales brasileños altamente digitalizados se ha dispensado usar papel, lo cual constituye un avance, creemos, en pro de una futura prohibición del empleo del soporte papel.

³⁴⁶ VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, cit., p. 6, el nuevo método de documentación ha obligado a que cuando se interpone después algún recurso contra la sentencia o resolución judicial, los abogados en vez de referirse a una hoja o página se refieren al

3. Documentación digitalizada de la prueba practicada

La filmación audiovisual obtenida de una audiencia probatoria, puede ser objeto de almacenamiento en un soporte electrónico (digitalizándose así, la prueba lograda), a efectos de su posterior reproducción y/o transmisión. Inclusive, la filmación que se hubiera realizado originariamente de modo analógico, puede digitalizarse mediante el uso de una placa digitalizadora, dispositivo accesorio éste de bajo costo.

En el actual estado de cosas, los soportes electrónicos más empleados son los discos ópticos llamados CD's y DVD's. Los mencionados difieren entre sí, sólo por la mayor capacidad de almacenamiento de estos últimos y la mejor calidad de imagen que proporcionan, ya que ambos pueden almacenar y reproducir, texto, sonido e imágenes (tanto fijas como en movimiento). Hoy, dicha tecnología ha sido superada por el disco óptico de última generación llamado BLU-RAY. Este soporte tiene muchísima mayor capacidad de almacenamiento y su imagen es de alta resolución, siendo más que previsible que desplazará al DVD, muy utilizado en los tiempos que corren para documentar sesiones probatorias.

Corresponde ahora recordar que por documento digital se interpreta a la fijación de la información respectiva en un soporte electrónico (CD, DVD, Blu-Ray, Pendrive, etc) apto para recibir y codificar impulsos electrónicos (biestables) o bits. En su caso, la prueba así digitalizada puede observarse y oírse merced a un proceso de traducción del código de señales digitales, lográndose, entonces, la visión filmada de la audiencia.

La digitalización de la prueba, posibilita, asimismo, su transmisión electrónica, mediante, por ejemplo, un formato como el MP4³⁴⁷, idóneo para transferir gran cantidad de información, sin mayores dificultades y a través de la red Internet.

No será motivo de nuestra atención preferente, pero debemos señalar que debe considerarse fiable al procedimiento de digitalización, siendo remota la posibilidad de que resulten inadvertidas maniobras tales como el borrado, sobreimpresión o trucaje de los mencionados soportes informáticos³⁴⁸.

En lo concerniente a la práctica de la prueba que nos ocupa, se ha entendido que ha sido superada la controversia entre oralistas y escrituristas, estimando que ello ha ocurrido gracias a la aparición de la corriente digitalista³⁴⁹.

No puede extrañar, entonces, que en un futuro no demasiado remoto los expedientes sean íntegramente digitales³⁵⁰ y que su tramitación culmine con el dictado de una sentencia multimedia³⁵¹ cuyo contenido incluya la versión digitalizada de sus

minuto y segundos de la grabación (v.gr., se alega que en el minuto 34 el testigo respondiendo tal pregunta, contestó...)"

³⁴⁷ El MP4 es un formato de codificación de audio asociado a la extensión mp4. MPEG4 es un códec estándar internacional de video creado especialmente para la web. Es un algoritmo de compresión que codifica datos de audio y video optimizando su calidad de almacenamiento, codificación y distribución en redes.

³⁴⁸ TORRES TRABA, J. M., "Los medios de prueba no previstos y el principio de libertad probatoria", Tratado de la Prueba, con Marcelo Midón, Córdoba 2007, p. 763.

³⁴⁹ SOSA, "Informe", cit., p. 6.

³⁵⁰ PEYRANO, "El proceso civil que viene", cit., p. 819.

³⁵¹ SOSA, "Informe", cit., p. 4:"El día 10 de marzo de 1998 se confeccionó la – hasta donde sabemos– primer sentencia multimedia producida por el Servicio Judicial

fundamentos, el tenor de la documentación presentada merced a su escaneo y la documentación audiovisual de la sesión probatoria filmada cuyas resultas justifican la decisión judicial adoptada.

Ínterin ello ocurra, se avizoran síntomas alentadores³⁵².

VIII. UN PROCESO CIVIL POSIBLE, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA, FRENTE A LA SITUACIÓN IMPERANTE

Sumamos nuestro voto al de quienes consideran que el proceso por audiencias, clásicamente interpretado, es el modelo deseable para una mejor práctica de la prueba. Pero no podemos pasar por alto que la inmediatez física que presupone, provoca que no pueda funcionar adecuadamente cuando un tribunal substancia, en vez de las cuatrocientas a seiscientas causas aconsejadas como máximo³⁵³, tres mil o más expedientes.

Nunca los Poderes Administradores han sido generosos con el Poder Judicial³⁵⁴ – tampoco en Europa³⁵⁵ – por lo que la sempiterna y difundida escasez de recursos económicos con destino a las arcas judiciales, determina que rara vez la espiral de crecimiento de la población sea acompañada por un proporcional incremento de los órganos judiciales³⁵⁶. Esto acarrea sobrecarga en las tareas jurisdiccionales³⁵⁷, dándose así inicio al ya señalado desfase del cronograma de audiencias probatorias cuya fijación se posterga cada vez más en el tiempo.

argentino, en autos “Degiovanángelo Hnos S.R.L. c. Los Grobo Agropecuaria S.A. s. Cobro de Pesos”, expte 266/79, en el Juzgado Civil y Comercial n° 2 de Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires.

³⁵² PÉREZ RAGONE, “Informe”, cit., p. 10: Así, “la ley de Comunicación en la Justicia del 1° de abril de 2005, suma reformas que perfeccionan el régimen para el comercio electrónico en la justicia. Se permite el escrito judicial digital (o electrónico, que de por sí ya implica un medio que facilita y agiliza el acceso a la Justicia) y también constituye un síntoma alentador lo que señala informa Luiz Marinoni a p.6 de su informe: “Los Juzgados Especiales Federales vinculados a la Justicia Federal de la 4ª Región – que comprende las tres provincias del Sur, Paraná, Santa Catarina y Río Grande do Sul, funcionan, integralmente, por medio electrónico (sistema e-proc, creado y desarrollado por la justicia brasileña), dispensando el uso del papel. Este proceso electrónico permite anexar archivos digitales de MP3 (formato de audio) y de también de DP4 (audio y video). Las audiencias pueden ser totalmente grabadas en este formato digital, permitiéndole a las partes y a los jueces de segunda instancia oír e inclusive ver lo que ocurrió durante la fase de instrucción”.

³⁵³ OTEIZA, “Informe”, cit., p.10 y p.12.

³⁵⁴ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p.533.

³⁵⁵ BIAVATI, “Tendencias”, cit., p. 525.

³⁵⁶ QUINTERO TIRADO, “Informe”, cit., p. 1; VÁZQUEZ SOTELO, “Informe”, p. 2 al pie.

³⁵⁷ MUÑOZ SABATÉ, “Técnica”, cit., 132; PEYRANO, “La privatización”, cit., p. 105: “Si algo caracteriza al actual estado del proceso civil argentino (y no sólo argentino) es que padece “sobrecarga” de trabajo. El proceso civil contemporáneo –muy distinto del que necesariamente debe advenir- fue pensado para otra realidad, más acotada y no tan pródiga en todo: causas, litigantes, documentación presentada, audiencias fijadas, etc”.

Ya nos hemos explayado sobre las conveniencias plurales derivadas de la filmación de las sesiones de prueba, pero ello no resulta suficiente para conseguir un mejor Servicio de Justicia si no se acepta que en causas a seleccionar legalmente o dejando ello al prudente criterio judicial (v.gr. cuestiones de entidad económica modesta, asuntos en los cuales no está involucrado el orden público, y tampoco poseen especial trascendencia social o institucional, etc.), la intermediación física sea reemplazada por una intermediación sensorial no presencial³⁵⁸; legitimándose así que el juez de la causa no presida la audiencia de prueba y sea reemplazado por un audiencista (letrado, claro está, especialmente adiestrado en dirigir audiencias y con atribuciones fedetarias) que asista a la actuación de las pruebas y su filmación y que luego ponga todo en manos del magistrado. Por supuesto que se le deberá reconocer al juez de la causa facultades para citar nuevamente a audiencia a aquellos que protagonizaron la ya filmada, a los fines que creyera menester (llevar a cabo careos, requerir explicaciones, etc.). Ya en alguna región de Brasil se ha previsto y regulado que las audiencias de prueba de ciertos juicios pueden ser presididas por un funcionario judicial que no es el juez de la causa³⁵⁹, y que arbitrará lo conducente a fonogramar o a filmar lo acontecido en la ocasión.

Téngase en cuenta que la intermediación sensorial no presencial cuenta con la gran mayoría de las ventajas proporcionadas por la intermediación física, no ofreciendo las desventajas propias de esta última. Acerca de tales ventajas y desventajas, ya hemos tenido ocasión de expresarnos *ut supra*.

IX. CONCLUSIONES

Las prédicas de Klein y de Wach, han dado sus frutos. Ha cesado ya la controversia oralistas versus escrituristas, en el ámbito de la práctica de la prueba civil y en lo que atañe al proceso de conocimiento de máxima jerarquía. Ha prevalecido la tesis que defiende las ventajas de una expresión oral vertida en una sesión probatoria dentro del marco llamado “proceso por audiencias,” que tiene por signo distintivo la reconocida excelencia de la intermediación física entre el juez y la actuación de la prueba a medida que ella se va produciendo.

El escaso número de tribunales en proporción a la población ha generado, en muchos lugares, sobrecarga de tareas en aquéllos y las consiguientes demoras en el señalamiento de sesiones probatorias en las agendas de audiencias de los jueces que intentan asegurar su presencia física en ellas.

La intermediación física probatoria concretada por el juez de la causa es, claro está, lo deseable en todos los casos, pero, a veces, resulta ser impracticable en los hechos. Puede, entonces, en ciertos supuestos seleccionables, ser suplida por una intermediación

³⁵⁸ Cabe recordar, a título de curiosidad, que la ley 16, Título 10, Libro XII de la Novísima Recopilación, disponía que los jueces en los procesos criminales y en los procesos civiles arduos y de importancia, siempre tomarían y examinarían por sí los testigos ante escribanos, sin delegar la referida función en éstos ni en otros bajo severas penas.

³⁵⁹ MARINONI, L., en su Informe nacional brasilero, p. 4 y siguientes da a conocer que en 2005 se autorizó a las Juzgados Especiales Federales de la 4ª región a permitir que el conciliador (que no es el juez de la causa) instruya y reciba la prueba, en especial la toma de la prueba oral, sin perjuicio de su renovación por ante el titular del tribunal. El conciliador puede realizar la instrucción de los procesos respectivos por medios fonográficos o audiovisuales, recibiendo por sí las declaraciones de las partes y de los testigos.

judicial sensorial no presencial obtenida gracias a la observación de la filmación de audiencias probatorias dirigidas por un audiencista letrado (especialmente adiestrado para gobernar audiencias, y con poderes fedetarios); posibilitándose así que el magistrado reviva, con imagen y sonido, cabalmente lo ocurrido.

La digitalización de la prueba es fácilmente realizable gracias a la tecnología informática ya existente. Se agrega, de tal guisa, un nuevo elemento que contribuye al mejor almacenamiento, recuperación, reproducción y transmisión a distancia de la documentación audiovisual lograda.

La realidad manda. Deben abandonarse dogmatismos y especulaciones huera. Resuenan, todavía, las palabras de Carpi “La gran escuela sistemática europea de la primera mitad del siglo XX- con especial mención de la alemana e italiana –desembocó hacia el dogmatismo, la abstracción y la creación de una teoría pura del proceso. Nadie quedó sin constatar, sin ser testigo del divorcio operado entre la ciencia del proceso y la justicia, como institución organizativa cuyo fin principal debe ser el de satisfacer las necesidades de los hombres”³⁶⁰. Los requerimientos de la hora exigen realismo, pragmatismo y sinceridad. Así sea.

³⁶⁰ Palabras pronunciadas en el curso del Informe de cierre del Coloquio de Gante, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal en 2000.

THE EVIDENCE BETWEEN ORALITY AND WRITING*

(ABRIDGED VERSION)

JORGE W. PEYRANO

Professor at Pontificia Universidad Católica Argentina,
Faculty of Law, Rosario (Argentina)

“The only true thinkers are those who, faced with a problem, instead of looking straight at what habit, tradition, cliché and mental inertia would lead them to presume, are prepared to accept that the solution may leap at them from the most unexpected point on the grand expanse of the horizon”

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

I. FOREWARNINGS

Before beginning, I should like to offer some cautionary notes for the reader of the following lines.

I must point out that the title of the paper I have been asked to prepare allows for manifold approaches. I have chosen that which to me seems most appropriate.

To begin with, I should like to alert the reader to the fact that, as far as the material is concerned, I will adhere to the area of civil procedure, without precluding the possibility that many of the statements I make may also be applicable to other jurisdictions. Narrowing a little more the very wide possibilities of the task I have been charged with, I should also like to state that I will focus my attention on the evidence to be produced in the first instance – the jurisdictional level that currently arouses the greatest interest – and at the heart of a plenary hearing (a plenary suit, for example) with the production of evidence. What is described is the field of *Agramante*, in which the subject of the preference of one or other of the choices proposed in the heading is most fiercely debated, in so far as such an argument does not arise with respect to other types of lawsuit, which would, for example, be summary proceedings of all sorts, small claims proceedings, those that due to their nature cause a marked prevalence of the written form, and those that protect certain new rights. Likewise, I should like to inform the reader that I do not believe that it is possible to offer a complete overview of what happens in all latitudes with respect to the subject I have been charged with analysing. I thus prefer to provide – from my point of view – substantial information and to design proposals that I hope will be invested with some originality and which are mostly applicable and operative, as the times we live in are not conducive to mere theoretical speculations. Finally, I should like to stress that I have tried not to enter into the territory of matters entrusted to other speakers. However, the fact that they are all highly interrelated has meant that I have been unable to completely avoid such unwanted interference.

By way of introduction, I will now say – repeating what was said in Brussels – that “the question of evidence should be the subject of continual reflection”. I believe the following lines will contribute certain new motives for reflection which, obviously, will not constitute a new arrival point, but rather a stimulus for continued reflection.

* Translated from Spanish into English by Paul Turner. Revised by Esther Monzó (Universitat Jaume I, Spain).

Concluding this introduction, I should like to place on record that what follows is a series of reflections focusing on the conduct of discovery in civil procedures, understanding this as “all the acts carried out by the judge, the parties and any other procedural agents through which the means of proof admitted are disclosed or discovered” and without losing sight of the fact that it also includes the record of its results.

II. INTRODUCTION

The above having been said, I should like to emphasise that the current concept of civil evidence has reached a steep slope on the axiological procedural scale. With reason it is said that “the evidence is the soul of the procedure”, recognising the existence of a “right to discovery” completed by a right to a due and explicit evaluation of the evidence produced. Furthermore, it is now considered acceptable to prepare new definitions of civil procedure from an evidential perspective. Thus, it is considered a democratic space of reconstruction of the preterite. There is renewed interest –adopting ideas firmly defended by Taruffo– in favouring a just solution to the dispute and for this to occur it is necessary to resolve it by suitably evaluating the elements of persuasion adduced in the lawsuit, attempting to avoid, as far as possible, *in extremis* solutions (which would be, for example, the application of the burden of proof rule) that clearly distance themselves from the search for the truth. I repeat that in this day and age the idea that the court is merely a dispute solver, at whatever cost and rejecting the unravelling of the truth of the facts, is unwelcome. It is possible that the prestige attained by the concept of access to justice has conspired to great effect in this.

III. IMMEDIATE CONTACT WITH THE SOURCES OF EVIDENCE: THE KEY TO A MORE PRODUCTIVE DISCOVERY

1. Generalities

Whenever we speak, and speak well, of immediacy in conducting discovery – direct contact without intermediaries between the judge and the evidence, as the discovery is conducted, we are sometimes inadvertently speaking of the following framework: a hearing in which the subjects (parties, witnesses, expert witnesses, etc.) involved in the evidential material come together before the *physical presence* of the judge in the case, who will basically observe them, hear what they have to say, explain, clarify or the opinion they give. The classical approach to the matter has favoured the importance of a personal and direct perception “for future memory”, since it may assist the judge in evaluating what she has witnessed in the respective hearing, without prejudice to the record.

The aforementioned direct perception by the judge that allows immediacy in discovering the evidence before the judge’s eyes and ears also permits the judge present to observe, for example, so-called body or non-verbal language that combines with verbal language to make up the communication. The fact is that all personal communication uses two methods, one verbal and the other gestural. That is why it is said to be almost as important to see the examination as to hear it. On this point, it is traditional to remember Ayrault’s caution that “when the mouth becomes silent, the gestures speak”.

Direct contact with the sources of evidence contrasts with indirect contact. With this prevailing, the personal perception by the judge of the evidential material as it comes up is not permitted, as it is thought that this could prejudice judicial impartiality.

That direct perception is then mediated by intermediaries (clerks, court officials) who inform the judge about the results of the discovery.

The hearing in which, in principle, all the evidence should be disclosed in the presence of the presiding judge deserves a paragraph all to itself.

Firstly, I have to point out that this, shall we say, “scenification”, is not devoid of consequences. This is not the matter we are dealing with, however, so we will deal with it in passing. It is a proven fact that the placing of the agents in an evidential hearing has an influence on the system of communication between them and improves the possibility of investigating the facts. In this respect, preference is given to the so-called circular-system setting that favours interactivity, since all the participants can observe each other leading to a clear and fluent communication. Other systems, reminiscent of the Inquisition, do not enjoy such prestige. In these, the court faces the witness, who has his back to the other participants in the hearing.

Secondly, we should not lose sight of the fact that the principle of adversity also abounds without reservation in the heart of the evidential hearing.

Finally, I reject the suggestion that an active judge presiding over the respective hearing will lead to an improved result in the evidential hearing, although without assuming absolute prominence. Thus, for example, direct and cross-examination by the parties tends to be more productive than that undertaken by the judge.

2. What to do when the declaration of one of the parties or witnesses appears to show signs of lacking credibility

It may occur that while hearing the evidence of a witness, the judge may experience perceptions that lead him or her to doubt the credibility of the deponent’s version. It has been said by some that certain types of behaviour on the part of witnesses (gestures, hesitations, contradictions, blushing, paleness, difficulty in expressing themselves, etc.) are indications that may reflect on the veracity of their declarations.

In truth, the classical doctrine has always referred to the aforementioned signs that hint at a lack of credibility in the witness’s version and deals with them at length. The subject has been written on by Caravantes, Bentham (who enumerates and analyses the symptoms of fear in a deponent’s face), Döhring (who confines himself more to the facial expressions), Gorphe (who provides us with a very wide range of symptoms to help verify the credibility of the deponent), and Mario Pagano (always remembered thanks to a Chiovendian quotation).

What has not been written about at such great length is what the judge has to do when faced with the aforementioned hints of mendacity.

We need to be particularly careful in this matter, as there may be any number of reasons for such behaviour, for example, a hesitant or fearful attitude on the part of the witness, including a reduced narrative capability. Moreover, a witness’s emotional behaviour may give rise to an incorrect interpretation, depending on his or her degree of sensitiveness (they may experience reverential fear in the presence of the judge). This requires an unusually refined understanding of psychology to separate the “wheat from the chaff”, in other words, to distinguish the conduct of the mendacious from that of the particularly sensitive, on the basis of their appearance before the court of law.

I believe that judges have to show great prudence in this matter. This is important to avoid an abundance of judgements in which the courts expressly reject the evidential value of a testimony based on the aforementioned signs of a witness’s lack of

credibility. We have no evidence, for example, that a witness' blushing or stammering have conspired against the consideration of their declarations. Beyond treating them as equivocal indications, as has already been said, we should not ignore the fact that the reasonableness of such a condemnation would not in any way be controllable by a possible appeal, even if, as some would wish, such hints had been recorded in the written record of the hearing in question. In addition, we can discern that the actuarial allocation of such indications in the court record would give rise to difficult questions and multiple approaches when trying to incorporate them into the court records.

Thus, as a rule, it is my interpretation that if the court perceives such signs while hearing the evidence, it should limit itself during the respective hearing to requesting immediate clarification or a more detailed explanation from the deponent, or carry out a cross-examination or a confrontation, all specifically aimed at confirming (or denying) the credibility of the version of the facts disclosed.

3. Current types of immediate contact

A type of immediate contact limited to the presence of the judge when the evidence is being heard still prevails. This is, therefore, an immediacy in which the judge is physically present. However, it is becoming more and more common to hold a *virtual immediacy* that allows the judge to attend the hearing of the evidence, and even to interact with its agents, in real time, despite not being physically present at the place it is being held. I am referring to the use of videoconferencing to ensure immediacy if there is a physical distance between the court and one or more of the agents in the evidential hearing. For example, the videoconference provides a less expensive way for a witness to cooperate with the judiciary. The technology has been accepted under European Community regulations and in recent procedural reforms. Particularly surprising is the amendment made in 2000 to the Spanish legislation, unlike the case of Germany, where no express provision has been articulated. Obviously, the videoconference has many other advantageous procedural uses apart from that I have referred to. Thus, the videoconference can be used to avoid the costly and depressing spectacle of transferring prisoners from the gaols in which they are incarcerated to the court at which they have to appear.

However, today there is even a movement of opinion toward allowing appearance at a *sensorial distance immediacy*. I am referring to the filming of evidential hearings, which is allowed under various procedural codes. This means that they may and should be recorded by audiovisual and/or electronic means; in other words, the respective evidential hearings should be documented by means of sound and vision recording and reproduction systems, although there is no shortage of opinions that consider, with good reason, that such terminology is outdated.

The reproduction of the sound and vision of the proceedings of an evidential hearing allows for a sensorial immediacy (the judge observes and listens to what happened) which may be non-presential (the judge was not physically present during the evidential hearing). This type of immediacy (sensorial, non-presential) preserves most of the attributes of physical immediacy. I will return to this latter subject later.

4. How to incorporate the new audiovisual technologies in order to make it possible to have a non-presential virtual and sensorial immediacy when this has not been expressly provided for in legislation

In the aims expounded in the heading, there can be no doubt that it is necessary to specify a kind of procedural re-engineering. One of the pillars of such a procedure is

the concession of validity to the procedural agreements held between the parties disposed towards accepting the advantages of the new audiovisual and digital technologies, despite the fact that the applicable procedural code has failed to take them into consideration.

The so-called litigation agreements or bargaining have been known for a long time and in the proceduralist period they were considered with leniency. Today however, the advent of proceduralism and the resulting more public view of civil procedure has caused a reticent and almost opposing attitude to be adopted toward *contractual* procedures, which are those that recognise, up to a point, that the parties may create certain procedural rules in the exercise of their autonomous will.

Fortunately, a sector of the contemporary authorial doctrine began to discriminate cases, thus preserving the above mentioned reticence only when the case concerned matters relating to public procedural order.

Of course, it is not a matter of stating that the validity of litigation agreements should prevail and be imposed, in all circumstances, on the judge. The litigation agreements of the case should be approved, either expressly or tacitly, by the court. Unlike that which occurs in legal agreements in general, litigation agreements do not directly generate the desired effects, as, in a certain way, they are held *ad referendum* to that established by the judge.

France has recently registered a re-evaluation of litigation agreements, thus confirming a tendency to return to the old times.

As far as specific litigation agreements regarding discovery are concerned, I believe that an adverse reference by Chiovenda has contributed greatly to a loss of their prestige and validity, at least as far as the not-very-recent authorial doctrine is concerned. If we look at it closely, we cannot be surprised at the repulsion felt by Chiovenda and others at the validity of the litigation agreements that are imposed on the court so that, for example, it evaluates evidence in a certain sense and dispenses with certain essential formalities of a specific method of confirmation. Faced with such a hypothesis, it is obvious that the court will not approve it. On the other hand, if it were, for example, a litigation agreement that took advantage of the benefits of telematics, in which a person living some distance away would be able to give evidence in a videoconference, I believe that this should not be included in the vetoed litigation agreements.

IV. RECORD OF THE EVIDENCE PRODUCED

1. Written record. Record or registry of a hearing

In Roman-Canonical and common procedure, evidence was not accepted by judges, but by secretaries and/or interviewers. The appearance of these intermediaries was greatly influenced by the fact that the evidence evaluated as prevailing (which meant an *a priori* calculation with respect to the evaluation of each piece of evidence) meant that the personal observation of the judge was of little interest. This explains the constant delegation by judges to clerks or officers of the court. Another factor that favoured this delegation was the existence of pre-formulated examinations that made the presence of the judge dispensable. It is easy to deduce that such a state of affairs made it necessary to record the proceedings of evidential hearings in written documents (records or registers) for future reference, particularly when the appeal court was located far from where the evidential session had taken place.

The explanations afforded so far must not make us lose sight of the extremely important role, in terms of dissemination of the practice of making records of hearings, played by the Pope Innocence III's famous Decretal of 1216, which ordered that all hearings, including those at which no judge was present, should be documented in writing and that the judgment would be based exclusively on those records. The possible existence of "vile judges" also justifies the practice because it allowed, and allows, judicial and social control over the correctness (or lack of it) of the jurisdictional task. The written record of the proceedings of an evidential hearing at that time offered truly indisputable advantages, as described by Bentham: it preserved the statements of the witnesses and gave them the chance to defend themselves against accusations of bearing false testimony, and it allowed the evidence to be served and reviewed at appeal, among other benefits. However, there were also disadvantages arising from the fact that the person charged with making the record could be influenced by subjectivities and, to cap it all, evils, and on occasions failed to use language that faithfully reflected the proceedings. In order to eliminate, to a certain extent, the effect of such practices, it was proposed, although without success (and today the idea has been abandoned), to record the hearings in shorthand.

Where there is no doubt is to whether orality should always prevail in the hearings where discovery is conducted. As to whether they may be recorded in any way other than "in writing", there are still controversies and interventions to be overcome.

2. Audiovisual documentation of evidential hearings in civil courts

There is no doubt that the first method tried for recording evidential hearings with technological methods was analogical phonographic recording. The use of analogical phonomagnetic tape was far surpassed by incrustrated digital methods, i.e. appliances that include the digital recording format and the medium on which it is stored (for example, the ZIP disk, CDs, and subsequently pen drives and flash cards, that provided improved copies).

Argentina, timidly, and only as an alternative chosen by the court, established the possibility of phonographically recording the proceedings of evidential hearings.

Today, on the other hand, the preferred method is that of audiovisual documentation of the proceedings in evidential hearings, as this gives the judge the chance to observe as well as hear what happened.

Video filming, either with a single video camera or in courtrooms specially fitted out for improved filming, is able to record and later replay sounds and pictures that will allow the judge to relive all the aspects that remain hidden in the traditional written records. All that needs to be done is to connect the corresponding player to a TV set or personal computer.

There are further advantages to filming. Let's look at them: a) they do away with the possibility of consistent pretences in which the absence of the judge at the evidential hearing is not recorded and, on the other hand, if he or she is present, this is recorded. The video film does not lie and the judge's absence is easily verifiable when a hearing is filmed; b) it eliminates the majority of reasons invoked to defend, at any cost, a necessary physical identification between the judge who hears the evidence and the judge who tries the dispute; c) the audiovisual replay allows the appeal court to review the evidential session, settling a large part of the obstacles placed in the way of allowing an appeal court to enter into the evaluation of the facts of the case; d) it gives the judge the chance to reflect on the content of the sentence on which judgement has to be

passed, without being driven by a treacherous memory of what had happened during the hearing; e) filming means significant time-saving, as it is no longer necessary to employ a person to type out the court records.

Obviously, the participating clerk of the court should, if the evidential hearing is to be filmed, make a short statement confirming that on such a day and in such proceedings, an evidential hearing is being held. He or she will then keep a copy on the court premises and provide copies to the parties, in order to protect their rights.

I believe the analysis of audiovisual documentation will be more successful if we legally and expressly forbid the transcription of what happens in the film to a traditional written record. This will, to a certain extent, oblige the judge to watch the film in order to reach his decision.

It would also be useful to emphasise that the use of such audiovisual technology could change the allegatory forensic practices that tend to refer to such and such a page or such and such a file.

3. Digitalised documentation of the evidential hearing

The audiovisual film of an evidential hearing can be stored electronically (thus digitalising the evidence obtained) so that it can later be replayed and/or transmitted. There is even the possibility of digitalising original analogue films using a low-cost accessory designed for that purpose.

Currently, the most commonly used electronic media are the optical disks known as CDs and DVDs. Both can store and replay text, sound and pictures (both still and moving), the only difference between them being that DVDs have a larger storage capacity and better quality pictures. Today, that technology has been superseded by the latest generation of optical disks known as Blu-ray. This medium has a much larger storage capacity, as well as the ability to reproduce high definition pictures. It is likely to replace the DVD, which is currently used today to record evidential sessions.

At this point I should remind you that digital documentation refers to the storage of the respective information on an electronic medium (CD, DVD, Blu-ray, pen drives, etc.) that is suitable for receiving and encoding electronic impulses (bistable circuits) or bits. The digitalised evidence can be seen and heard thanks to a process that translates the digital signal code into a filmed version of the hearing.

The digitalisation of the evidence also allows it to be electronically transmitted via, for example, the MP4 format, which is ideal for transferring large amounts of information over the Internet with little difficulty.

While it is not the main subject we are concerned with, it is worth pointing out that the digitalisation process should be considered reliable and that the possibility of such manipulations as erasure, overwriting or tampering going unnoticed is remote.

In terms of the evidential hearing that concerns us, it is understood that the controversy between proponents of orality and writing has been overcome, thanks to the appearance of digital technology.

It should not therefore seem strange that in a not-too-distant future, all files will be in the digital format and that their processing will culminate with the passing of a multimedia judgment, the contents of which will include the digitalised version of its foundations, the tenor of the documents filed thanks to it having been scanned, and the

audiovisual documentation of the filmed evidential hearing, the results of which justify the final decision.

While this is happening, we can perceive encouraging signs.

V. A POSSIBLE CIVIL PROCEDURE FROM THE PERSPECTIVE OF THE EVIDENTIAL HEARING, FACED WITH THE PREVAILING SITUATION

I add my vote to those who believe that the classical interpretation of the hearing process is the most desirable model for the best evidential hearing. However, we cannot ignore the fact that physical immediacy presupposes that it cannot function adequately when a court has to deal with three thousand or more cases, instead of the recommended maximum of four to six hundred.

The administrative authorities have never been generous with the justice system – not even in Europe. Thus we have the perennial and widespread lack of economic resources flowing into the judiciary's coffers and the fact that a spiralling increase in population is rarely accompanied by a proportionate increase in the number of courts. This gives rise to an overload in the jurisdictional workload, meaning that evidential hearings are set for dates ever further in the future.

I have already spoken at length about the multiple advantages derived from filming evidential hearings, but that will not be enough to achieve a better justice system if we do not accept that in certain cases, to be selected legally or left to prudent judicial criteria (e.g. cases concerning small claims, matters that do not involve public order, or have no particular social or institutional significance, etc.), physical immediacy can be replaced by a non-presential sensorial immediacy. Thus, recognising that the judge in the case does not preside over the hearing and is replaced by a clerk (qualified in law, of course, specially trained in conducting hearings and with powers of authentication) who is present at the evidential hearing and its filming and later passes everything on to the judge. Of course, the judge must be given the power to recall to another hearing all those who appeared in the one that was filmed, for the purposes he considers necessary (to undertake cross-examinations, require explanations, etc.). In some regions of Brazil, the evidential hearings for certain trials can already be presided over by an officer of the court who is not the judge in the case and who will oversee the recording or filming of the proceedings.

Bear in mind that non-presential sensorial immediacy has a large number of the advantages of physical immediacy without the disadvantages of the latter.

VI. CONCLUSIONS

The preachings of Klein and Wach have borne fruit. There is no longer any controversy between those in favour of orality and those in favour of writing in the field of disclosure in civil proceedings and in courts of the highest instance. The thesis defending the advantages of oral expression in an evidential hearing, within the framework known as “procedure by hearing”, has prevailed. Its characteristic feature is the recognised excellence of the direct and physical contact between the judge and the conduct of discovery.

The shortage of courts in relation to the population has, in many places, lead to an overload of work and a consequent delay in the setting of dates for evidential hearings in the diaries of the courts and the judges who try to ensure their physical presence in them.

The physical direct contact of the judge with the sources of evidence is obviously always desirable, albeit sometimes rather impractical. Could it then, in certain selected cases, be replaced by non-presential court sensorial immediacy involving the viewing of the film made of the evidential hearings under the guidance of a qualified clerk (specially trained in conducting hearings and with powers of authentication)? This would allow the judge to relive, with sound and vision, exactly what happened.

Digitalisation of the hearing is simple with the technology now available to us. As such, we have a new element that contributes to an improved storage, recovery, reproduction and remote transmission of the audiovisual documentation obtained.

Reality rules. We should abandon dogmatism and vacuous speculation. Carpi's words still ring in my ears "The great European systematic school of the first half of the twentieth century, particularly in Germany and Italy, culminated in dogmatism, abstraction and the creation of a pure theory of procedure. All were able to verify and witness the divorce between the science of the procedure and justice, as an organisational institution whose main aim should be to satisfy the needs of humankind". Those requirements at the same time demand realism, pragmatism and sincerity. So be it.

ORALITY AND WRITING AS FACTORS OF EFFICIENCY IN CIVIL LITIGATION

MICHELE TARUFFO

Professor of Law. Università di Pavia (Italia)

I. INTRODUCTION

Approaching the classical and neverending problem of orality and writing in civil litigation from the standpoint of efficiency has a positive and a negative side.

The positive side is that, in such an instrumental perspective, one is allowed – hopefully- not to take into account the myths that since at least a century, or more, are inherent in such a topic. I say “myths” in the plural because they are at least two: the “positive myth” according to which orality is considered as a basic positive value, a sort of panacea that should solve all the difficulties in the functioning of civil litigation, and the “negative myth” according to which writing is bad in itself, is responsible for most of the problems arising in the functioning of civil proceedings, and therefore should be reduced to a bare minimum, and possibly to zero. I have nothing against myths in general: they are a part of each culture and, together with ideologies (and more often than not mixing up with ideologies), they provide a basis for any kind of social and legal constructions. However, they may also be a powerful hurdle in the proper understanding of procedural machineries.

In the current times, on the other hand, we need less myths and more efficiency. Among the many reasons for that, one is specially important and is going to become more and more important in the near future: in the globalized and globalizing world, with all those extremely complex economical, financial and legal phenomena that are creating a transnational or supra-national network of relationships, efficiency is perhaps the most relevant value. More specifically: the efficiency of legal systems, and particularly the efficiency of procedural remedies, is becoming an extremely important factor in the market and in the competition among jurisdictions. In the global market, efficient jurisdictions are going to be the leaders, while the inefficient ones are preferred only by those who try to profit by the deficiencies in the judicial protection of rights.

However, the more important efficiency becomes, the more difficult is to define what it means to think of an efficient system of litigation. On the other hand, talking of orality and writing as factors of efficiency of judicial remedies is probably impossible without defining what is meant as efficiency of civil litigation. In the perspective that we are adopting, in fact, orality and/or writing are considered as means, as mechanisms that are instrumentally aimed at achieving a purpose that is labelled as “efficiency of civil litigation”. But means, mechanisms and instruments, when taken by themselves, are neutral, neither bad nor good. A paint-brush may be a good instrument for painting, but not to turn screws; a knife may be fit to cut slices of bread, but not to fan oneself...and so on. All this is very obvious, but it shows that the instrumental value of a tool, its being good or bad at doing anything, depends essentially on the choice of the purposes for which it is used.

On the other hand, focusing upon the dimension of efficiency means to set aside other problems that could be connected with the choice between oral or written forms of adjudication. When Eduardo Oteiza writes that orality is tightly connected with the publicity of proceedings, and publicity allows a public control, he is clearly right; he is also right in emphasizing that writing favors secrecy and lack of control, as it has often

been historically. However, this extremely interesting remarks deal with the political and cultural meaning of the opposition between orality and writing, while here we have to restrain ourselves to the more modest and prosaic dimension of procedural efficiency.

Before approaching this topic a further disclaimer is due: this report has been written on the basis of my personal knowledge of some procedural systems, and also relying upon national reports, materials and information that were provided by some colleagues(*). However, it does not aim at being a complete and detailed comparative analysis of various systems, nor can it provide adequate specific information about them. Rather, it is just an attempt to offer some remarks concerning the topics of orality and writing as factors of efficiency, supporting such remarks with the reference to some significant examples.

II. CONCEPTS OF EFFICIENCY

A first step on the way of understanding what we mean by efficiency of civil litigation consist of asking ourselves the question: efficient for what? It is not a step on a slippery slope, or “ad infinitum”. It is just a right step for the simple reason that efficiency is “by itself” an instrumental concept: then it makes sense to wonder why, and in view of which final outcome, a procedural device should be efficient. Only after having decided it, in fact, one may wonder which procedure could be efficient. And with a further step one may wonder whether, and under which conditions, orality or writing may be considered as factors of efficiency.

In order to figure out a possible answer, the goals of adjudication should be defined, since in the light of such goals the problem of defining procedural efficiency can be put in its proper terms. This is –as everybody knows- a very difficult task, that cannot be accomplished here in a satisfactory way. However, with a very strong simplification a general distinction may be expressed in the following terms: the goal of civil litigation may be defined either: A) as pure dispute resolution or B) as dispute resolution by means of just decisions.

A) means that the goal of litigation is accomplished as soon as the dispute between the parties is put to an end. It is a matter of fact depending upon a number of conditions, but the most relevant aspect is that the contents and the quality of the final decision are not relevant: a mistaken or even illegal decision may well put the conflict between the parties to an end when, by whichever reason, none of them intends to pursue the dispute further on.

B) means that the goal of litigation is to put the dispute to an end, but only by means of decisions that should be considered as fair, correct, accurate, and just. In such a perspective the contents and the quality of the decision are extremely relevant, since they determine the real core of the purposes of litigation. Such purposes may or may not be achieved, but they should orient and determine the functioning of judicial mechanisms.

If the definition A) is adopted, it seems consistent to believe that efficiency should be defined basically in terms of speed and low costs. The quicker and cheaper

* Many thanks to the colleagues who, notwithstanding the short delay allowed, provided with reports, materials and information: Loïc Cadiet, José Roberto dos Santos Bedaque, Fernando Gascón Enchausti, Peter Gilles, Samuel Meira Brasil, Eduardo Oteiza, José Ovalle Favela, Luca Passanante, Bruno Silveira de Oliveira.

the resolution of the dispute, the more efficient the litigation. In such a perspective one may think in general terms that judicial proceedings tend to be by themselves highly inefficient: often such proceedings are not specially quick, and often they are rather expensive. Then one might think of different techniques to solve disputes in much more efficient ways: according to Rawls the “pure procedural justice” was that of lotteries, and flipping a coin is an extremely quick and cheap way to decide anything. It may even be fair in terms of equal treatment, since each party has a 50% of probabilities of victory. These are not paradoxes. Not only a random solution of disputes is sometimes proposed: the fact is that if the quality of the solution is not relevant, because the real goal is to end up the dispute, then the most efficient methods are those that maximize the advantages in terms of time and money. These should be the only values deserving to be implemented.

If the definition B) is adopted, things are much more complex: on the one hand, even in this case the time and the money required to arrive at the resolution of the dispute are important, since the waste of time and money is counter-efficient in any judicial proceeding; on the other hand, factors concerning the quality and the contents of the final decision should also be considered. In order to be just, a decision has to be based upon a proper, complete and fair presentation of the legal aspects of their case by both parties, and an accurate, complete, and possibly truthful decision about the facts in issue, based upon a fair assessment of the evidence. Then a system of litigation is efficient when it is reasonably quick and inexpensive, but also when it is structurally oriented to reach fully informed, accurate and reliable decisions on the whole merits of the case. These two ideas of efficiency are both reasonable, and may be considered as the two faces of the same coin: however, they may be in conflict between each other, since a quick and cheap proceeding may lead to incomplete or incorrect solutions, while a just decision may require time, money and judicial activities of the parties and of the court itself. Therefore, in perspective B) an all-or-nothing choice is probably wrong if one thinks to take one face of the coin and to exclude completely the other: probably a fair solution may be achieved just by thinking of a compromise or a point of equilibrium between the two competing ideas of efficiency. On the other hand, it should be considered that between such ideas there is a relationship of inverse and complementary proportionality: if a system maximizes its efficiency in terms of speed and low costs, it probably will minimize its efficiency in terms of accurate and just resolution of the dispute; on the contrary, if efficiency as accurate and just resolution is maximized, probably efficiency in terms of reduction of time and money will be minimized.

III. EFFICIENCY OF WHAT?

A civil litigation is an extremely complex machinery: talking of its efficiency by taking it as a unitary whole would compel the examiner to restrain herself to just a few general and useless platitudes. This is specially true in the present context, in which efficiency should be discussed from the standpoint of a sort of comparative evaluation of the advantages/disadvantages of orality and writing. Therefore, and in order to achieve a better level of analysis, two premises seem to be necessary, that is: 1) the landscape may be reduced by setting aside the definition A) of the purposes of civil litigation. I am aware of the fact that many people are –more or less consciously- in favor of such a definition, but I am inclined to believe that it is inadequate and substantially mistaken. Then I shall use the privilege of the reporter that consists of choosing the theoretical perspective that she considers worth adopting. Therefore, from here onwards I will assume that the purpose of civil litigation is to solve disputes by means of accurate, complete and just decisions.

The premise 2) is that the machinery of civil litigation can be studied, specially in a comparative perspective, at least by distinguishing some main topics, that are: a) the presentation of the case; b) the presentation of evidence, c) the discussion of the case in view of the final decision.

1. An efficient presentation of the case

With the terms “presentation of the case” the reference is made to several activities that the parties perform –with or without the active participation of the judge– with the purpose of defining and presenting their own “cases” to the court.

A) A case is started by means of the first pleadings that are filed by the parties, and first of all by plaintiff. It is well known that there are several rules, in the various procedural systems, dealing with the form and the contents of the plaintiff’s statement of claim and of the defendant’s response. For instance, a substantial difference separates the American federal “notice pleading” from the detailed statement of the facts that is required in most civil law procedural codes. The most interesting point here, however, is that as a rule the written form is required for the first pleadings. Only in some cases (as the various French “procédures orales”), and usually in small claims proceedings, the plaintiff is allowed to state her claim in an oral form to the court. Probably the explanation is that in some of such cases the poor and uncultured plaintiff is allowed to have access to the court without the assistance of a lawyer; another explanation may be that in small claims –and in other special cases as well– the cost of a written pleading could and should be avoided. However, the most important point is that only in limited instances the claim may be filed orally. On the other hand, one may wonder whether it is a common practice, since some experiences seem to suggest a negative answer. An oral statement of claim may be efficient in terms of less time and no money required, but it appears to be less efficient from a different point of view: the oral statement of claim will usually be put into a written form by the judge or by a clerk, and then the orality will be set aside and some time (and public costs) will be required.

Usually, therefore, writing is the common form of the first pleadings of the parties. This is not the most efficient form in terms of time and money, but it is for sure the most efficient form in terms of accurate, detailed and complete presentation of both parties’ cases. The American federal system is different, as we shall see shortly, but the civil law systems usually require the parties to state their claims, defences, legal arguments, facts and offers of evidence, from the very beginning of the case. This is the reasons why they define analytically what the contents of written pleadings are expected to be. The basic purpose of such rules is rather obvious: the law aims at inducing the parties to define their claims and defences, with all the legal, factual and evidentiary bases, from the first step of the proceeding. In this perspective the written form is clearly efficient: a pleading that includes some claims and issues expressed by legal and factual statements, legal and factual arguments, conclusions of fact and law, and that may deal with a complex case, is difficult to imagine in an oral form. Even in this case, however, an immediate translation in a written form should be provided, in order not to miss the content and to preserve all the details of what the parties have said. A proceeding in which the first pleadings were based just upon the memory of what the parties said is clearly doomed to be uncertain and dangerous, that is: inefficient.

B) An essential aspect of the presentation of the case is the preliminary preparation of the case. Such a preparation usually aims at two main purposes: to define the subject matter of the case in view of the presentation of evidence and of the

following steps of the proceeding, and –whenever it is possible- to solve the dispute without going further in the course of litigation.

In several procedural systems the proceeding is clearly divided into two phases: a “pre-trial” phase, mainly devoted to a further preparation of the case after the first pleadings, and possibly to an early solution of the dispute; and a “trial” phase, mainly devoted to the presentation of evidence and to the making of the final decision.

It is well known that in modern systems the pre-trial phase has become the most important part of the proceeding, essentially because of its capacity, at least in some systems -as in England and to some extent also in the United States- to put the dispute to an end avoiding the trial and the final judgment. This is the reason why most of the procedural lawgivers have devoted a special attention to the regulation of this phase and to the various procedural devices that it includes, mainly with the purpose of favoring an immediate resolution of the dispute. In the present context the variety of such regulations cannot be taken into adequate consideration; however, some remarks are due in order to understand the role that orality and writing perform in this part of the proceeding.

The ideal-type of a pre-trial phase derives mainly from the experience of the common law systems, although relevant differences exist between the American and the English pre-trial.

According to the Civil Procedure Rules enacted in 1999, in England the pre-trial phase may take different forms according to the kind of “track” that the judge chooses in every single case, mainly by considering its importance and complexity. In the “small claims track” there is usually only one hearing, in which the case is discussed by the parties before the judge, in view of a quick solution of the dispute. In such a case orality is efficient in terms of saving time and procedural activities. In the “fast track” there is a more complex pre-trial phase, which consists mainly of the exchange of written briefs and the disclosure and discovery of documents. Here writing is efficient for the preparation of the case, and usually no oral hearing is provided. In the “multy track”, that is used in more important and complex cases, the judge has a rather broad discretion in managing the pre-trial phase: usually, however, the preparation of the case is made in written form, and only in cases of high complexity a special hearing, named “pre-trial review”, is held with the purpose of clarifying and determining the relevant aspects of the case in view of the trial. Therefore, with the exception of small claims cases the orality is a rather rare occurrence in the English pre-trial, and the use of written briefs and documents is considered as the most efficient way to prepare the case.

The American pre-trial performs a variety of functions, including the amendments of the first pleadings, the discovery of documents and of any kind of other evidence, as well as a more complete and detailed definition of the facts in issue. In the USA the pre-trial phase is very different from case to case: it may be quick and simple when the nature of the case allows it, or it may be extremely complex, long, expensive and burdensome in important and complex cases. Two important aspects deserve to be mentioned here. First: the pre-trial, and in particular the discovery, are completely dependent on the initiatives of the parties, who may determine how and which evidence is discovered. Second: although some discovery devices (as for instance the so-called “depositions”) are performed orally, actually most of them are performed in a written form, that is by disclosing and inspecting a variety of written documents. For instance, a deposition may be taken by oral examination (and a written record is drafted), but it may also be made by means of “interrogatories” in which a prospective witness writes

down her answers to written questions (see Rules 27 (3), 30 (4) and 30 (c) and (f), 31 of the Federal Rules of Civil Procedure). Besides the discovery, the other procedural activities of the parties are performed by means of written briefs that are exchanged among the parties and submitted to the court. If the court so decides (in its discretion) the pre-trial phase may end up in a “pre-trial conference” which may be used, among other things, to schedule and plan the following course of the proceeding, to improve “the quality of the trial through more thorough preparation”, and to facilitate the settlement of the case (see Rule 16 (a) and (b) of the Federal Rules of Civil Procedure). In such a conference the court performs most of its managerial functions. However, it should be outlined that such a conference is substantially the only moment of orality inside a preliminary phase of the proceeding that may be extremely complex but is almost totally performed in a written form.

In modern civil law procedural systems there is a variety of provisions dealing with the preparation of the case in a phase that takes place before the presentation of evidence. Such provisions cannot be analyzed here in the details, but some examples may be useful in order to understand how orality and writing may perform different roles in this phase of the proceedings.

A first very interesting example is that of Spain. After a long historical tradition in which the written form was the only form of civil litigation, the “Ley de enjuiciamiento civil” enacted in 2000 introduced a dramatic change into the structure of the proceeding. The most important aspect is represented by the “audiencia previa”, that is a preliminary hearing in which many things are done: attempts to achieve a settlement, solution of prejudicial issues, amendments of the pleadings, definition of the contested and not contested facts, offers of evidence and decision about the admission of evidence. In a world, everything that is necessary either in order to end up the case immediately, or in order to clarify, simplify and determine the subject matter of the case and the facts in issue, has to be done in the “audiencia previa”. Everything is done orally, that is by means of oral discussions and arguments by the parties, with the active participation of the judge. In such an extremely important hearing, orality plays a fundamental role, and is a necessary and substantial factor of efficiency: if all the activities that are performed in the “audiencia” were performed by means of written briefs and orders, they would require a huge amount of time. The efficiency of the system has been tested in practice, since the statistical data show a dramatic reduction in the length of the Spanish civil proceedings. As to the Spanish system, it is also worth mentioning a special “juicio verbal” which is applied in simple cases in which speed is specially important: in one oral hearing all the activities required are performed, including the presentation of evidence, and the hearing ends up with the final judgment.

A second very interesting example, but in a rather different sense, is offered by Germany. The German “Zivilprozessordnung” ascribes a central role to the so called “mündliche Verhandlung”, that is to the principle of orality in the preparation and discussion of the case. The preparatory phase may take two forms depending on the importance and complexity of the dispute: in less important cases the preparation is made in a preliminary oral hearing named “früher erster Termin”, while more important and complex cases require a pre-trial phase that is developed in writing (the so called “schriftliche Vorverfahren”). The choice is made by the judge according to the features of the case and to the probability that an oral hearing may lead to dispose of the case. In the preliminary oral hearing the parties and the judge deal with all the aspects of the case, with the aim of determining the issues and the disputed facts in view of the following trial. When the preparation is made in a written forms everything is much

more complicated: there is an exchange of briefs among the parties and briefs are submitted to the judge, in order to determine all what is needed in view of the trial. The written preparation is more efficient in complex cases, because it allows the parties to develop their pretensions and arguments in a complete and detailed way, and then to prepare themselves adequately for the trial. Despite the assertion made in § 128 I of the ZPO, concerning the oral character of the German proceeding, according to Peter Gilles the practical experience shows that the actual role of orality is reduced to a bare minimum: it seems, therefore, that the German litigation is in fact an “Aktenprozess”, that is a proceeding that is mainly made of written documents, briefs and records.

It seems that something similar happens in several Latin American systems: in such systems various provisions state that the litigation should be based upon the principle of orality, but such a principle is not applied in practice. Even recent reforms aiming at least in part at introducing this principle (as for instance in Argentina, Brazil and Mexico), seem to have completely failed: the consequence is that orality is virtually nonexistent, and the whole preparation of the case is made in writing. This is of course an important factor of inefficiency that results in delays, waste of time, cumbersome and complicated proceedings. However, the problem is to understand the reasons (traditions, advantages for lawyers, problems concerning judicial organization, and so forth) why the practice of litigation is still based upon writing, notwithstanding the efforts made in order to introduce a fair amount of orality.

The third interesting example is Italy. In theory a civil litigation should have an oral form (art.180 of the Italian code of civil procedure), and recent reforms attempted to implement this principle in the preliminary phase of the proceeding. Unfortunately such reforms were drafted in such a mistaken way that in fact the opposite outcome has been achieved. Art.183 of the procedural code now provides for a hearing in which the parties (i.e. their lawyers) appear before the judge in order to prepare the case in view of the presentation of evidence. However: on the one side, the attempt to settle the case could be made only in another hearing, and only if both parties apply for it (which almost never happens); on the other side, the parties are allowed to amend their pleadings, to develop their arguments and to make their offers of evidence, in written briefs that are submitted to the judge after the hearing. Also after the hearing the judge will decide, by a written order, about the admissibility of evidence. In short: the hearing is devoted just to fix the dates for the further submission of written briefs; the judge does not perform any managerial function, and the preparation of the case is made exclusively by means of written briefs. It means that there is no clarification or simplification of the issues and of the arguments that the parties submit in their pleadings, and there is almost no managerial role of the judge. Moreover: a sort of sanctification of the written preparation of the case may be found in a special proceeding for corporate matters that was enacted in 2003 with the intention of making a test for a broader reform of the code of civil procedure. Such an intention fortunately failed, but the most important point is that such a proceeding includes a preliminary phase that takes place only by the exchange of a relevant number of written briefs among the parties, without any participation of the judge. It means that such a phase is usually long, complex, expensive, and abandoned completely to the discretion of the parties, without any control by the judge on what the parties are doing and saying.

Looking at the Italian procedural system one could think, however, that at least in small claims procedure, that is used before the justice of the peace, orality could play a significant role. Actually art.320 of the Italian procedural code says that the proceeding should be ended up in only one oral hearing and in a deformalized way.

However, the practice is that much of the formalities characterizing the ordinary proceeding are followed, and that the oral discussion before the judge is reduced to a minimum.

From this limited and sketchy review rather ambiguous and uncertain remarks may be derived. On the one hand, actually, it seems that litigation in small or relatively simple cases requires forms of oral preparation. An oral discussion is quicker, less expensive and much simpler than a written preparation, and therefore should be considered as more efficient. The examples of England, Spain, Italy and other countries, are rather clear in this sense.

However, it should be considered that such an efficiency –essentially in terms of saving time and money- has some costs in terms of completeness and fair development of the case, and therefore in terms of completeness and accuracy of the final decision. If there is one reason to use orality in small claims is just that they are “small”, and therefore that they do not deserve the full preparation that is required in bigger cases. One should consider, at any rate, that a claim that is small in its amount may be complex and even important from the point of view of the legal issue it involves: then it should deserve the full and careful preparation that an oral hearing probably does not provide.

On the other hand, one should take into account that the oral preparation in small and simple cases is successful in England, in Spain and to some extent in Italy, but the practice in Germany, and in other systems as well, indicates that even in these cases the written form is preferred. There are, then, reasons to consider that a written form may be efficient even in small claims cases. A confirmation of this may be found in the European regulation n.861 of July 11, 2007, dealing with proceedings in transnational small claims cases, in which a simplified type of proceeding, based upon written briefs, is regulated.

When complex and important cases are considered, it seems that the general tendency is to make use of complicated, articulated and essentially written procedural mechanisms. This is true, notwithstanding the various differences existing among these systems, in England, in the United States, in Germany, in Italy and in many other countries. It seems that from this point of view the exception is just Spain, since the oral preparation of the case in the “audiencia previa” seems to work in a very satisfactory way even in important and complex cases. Apart from the Spanish case, the reason why a written preparation of the case is preferred in important types of litigation is rather clear: the exchange of a number of written briefs among the parties, the submission of such briefs to the court, the filing of written applications to the judge and the issuing of written orders by the judge, seem to ensure a full, detailed, complete and articulated development of any relevant (or even irrelevant) aspect of the dispute. From this point of view, and assuming that a full-fledged preparation of the case is needed, it seems that the written form of litigation is more efficient.

IV. ORAL AND WRITTEN PRESENTATION OF EVIDENCE

The oral or written form of the presentation of evidence is also a classical topic of procedural theory, mainly in the domain of civil law procedural systems. In common law systems it never was a real subject matter for discussion, because of a very obvious reason: insofar as the model of the Anglo-American civil litigation has been the concentrated trial in the presence of the jury, the orality of the presentation of evidence was a practical necessity. In civil law systems, on the contrary, the tradition since the era of the roman-canon proceeding was based essentially upon the use of written

evidence, while oral evidence was presented only in a limited number of cases. Even testimonies were often presented in a written form, that is by means of records drafted by clerks or notaries. As a reaction to this tradition, which led to burdensome, delayed and formalistic types of litigation, the overriding purpose of many reformers was, at least since the end of the 19th century, the introduction of orality in the presentation of evidence. Hence the origin of a wide literature in favor of orality, and a trend of reforms, in many civil law countries, aimed at adopting oral forms for the presentation of evidence. However, all this has mainly to do with the myths that were mentioned above. The practical reality, considered in the light of procedural efficiency, requires a deeper and somewhat different insight.

First of all, it has to be considered that in every modern systems of litigation a very frequent way to prove the facts in issue is the presentation of documentary evidence. In most corporate, commercial, financial and contract cases the typical evidence is made of a more or less broad collection of documents; various kinds of documents are used also in any other kind of litigation, including family, torts, and so forth. Moreover, almost all the so-called “atypical” items of evidence, that are usually admitted in most procedural systems, are in fact written papers. Here it is not important to analyze the nature and the variety of such an array of documentary evidence, nor is it relevant to examine the way in which such items of evidence are authenticated or checked. The relevant point is that in a huge proportion of cases the oral presentation of evidence does not occur simply because the evidence that is presented is not oral. This is not a matter of efficiency: it is just the consequence of the fact that in the current market of legal relationships many people are inclined to draft and to use documents, for a variety of reasons that are not worth discussing here.

A second factor that deserves to be taken into consideration, may be defined as the transformation of oral evidence into written evidence. Such a transformation may occur at least in two main ways. The former way is because of necessity. As we shall see shortly, the oral presentation of evidence is based upon the assumption that the trier of fact forms her own impressions about the facts in issue by means of her direct contact with the witness, and then makes her decision immediately according to such impressions. But it may happen only when the decision-making follows immediately the presentation of evidence (and, obviously, when the trier of fact is the same person who attended the presentation of evidence). These conditions are fulfilled in some cases, but in many cases they are not. If the presentation of evidence is not concentrated in one hearing, and if the judgment is not delivered –by the same person- immediately at the end of the hearing, as it happens in several systems (as for instance in Italy), the originally oral evidence is actually transformed into written evidence. Months or years after the presentation of an oral testimony, the trier of fact will not be able to rely upon her direct perceptions and memories, simply because it is actually impossible: then she will rely upon the written record of the examination of the witness. Obviously it happens when the person who makes the decision is not the same person who attended the examination of a witness, because the judge has been changed during the proceeding or because the judge belongs to an appellate court: in all these cases the evidence used to make the decision is actually written. One should distinguish, moreover, between “verbatim” records, that reproduce word by word what has been said, and records that merely include a summary of the oral presentation of evidence: at least in this second case (that is rather common, as for instance in Italy), it is clear that the written document that is used at the moment of the decision-making has little to do with the original oral examination of the witness.

1. Examining witnesses

Focusing now the attention upon the presentation of oral evidence, we may take into consideration its main example, that is the oral examination of witnesses. In very general terms it is worth observing that examining a witness is not a specially efficient method to get some information, since reading a written statement would require much less time, but on this point we shall return shortly.

Assuming that a witness has to be examined orally, a relevant question concerns the efficiency of the method that is used. In this context efficiency may be defined in terms of capacity of the method to achieve at least two purposes: a) obtaining from the witness anything she knows about the facts in issue; b) checking the credibility of the witness and the reliability of her answers. Both purposes are important in the perspective of arriving at a truthful decision about the facts in issue, since an incomplete or unreliable testimony would not be useful for such a goal.

In this perspective a comparative evaluation may be sketched about the two main techniques that are used to examine witnesses.

One technique, that is traditional in most civil law systems (with some exceptions, as for instance Spain after the 2000 reform), is based upon an official examination performed by the judge, who asks questions to the witness and gets her answers. In many cases the judge follows the suggestion of the parties who called that witness (not necessarily in France, where the judge may examine the witness on any fact in issue: see art.213 of the code of civil procedure). Usually the judge may ask the witness for clarifications; the parties have no role to play in the examination and cannot ask directly questions to the witness. In practice, this technique means that usually the judge limits herself to ask the witness a list of questions that were previously submitted by the parties and were admitted by the judge as relevant to establish the facts in issue. One may wonder whether this is an efficient method to obtain complete information from the witness and to check her reliability. The answer that can be given by intuition, but also on the basis of the practical experience in several systems, is: no. In most cases the judge does not make use of the more or less limited powers that she has, and the examination of the witness is a sort of bureaucratic interrogation dealing only with some aspects of the facts in issue that have been indicated by the parties. Almost no control upon the credibility of the witness is performed by the judge or by the parties.

The other technique is the well known system based upon direct- and cross-examination of witnesses performed by the parties' lawyers. This system is in itself a myth, celebrated by thousands of films and TV serials, and relies upon the authority of John Henry Wigmore, whose famous dictum was that cross-examination "is the greatest legal engine ever invented for the search of truth". It is probably under the influence of this myth that some civil law reforms (as the civil procedural code in Spain and the criminal procedural code in Italy) attempted to introduce something similar to the Anglo-American method of cross-examination. Such a topic is too broad and too complex to be discussed here, but some remarks can be made from the point of view of the efficiency of the method. First of all, the current practice of cross-examination in the United States leads to conclusions that are much less optimistic than Wigmore's: harassments and abuses are rather frequent, and one could wonder whether the "mental duel" between a well trained lawyer and a lay witness, or the fight between aggressive lawyers, is the most efficient way to elicit the truth. There are different opinions about this point: this uncertainty cannot be solved here, but at least some doubts are justified about the efficiency of cross-examination as a device for obtaining reliable information

about the facts in issue. It is also commonly said that cross-examination is particularly efficient as a means to check the credibility of the witness. This is probably true, at least insofar as the cross-examining lawyer does not push too far her assault to the unfavorable witness (which she is expected to do, specially when she knows that the witness has told the truth).

2. Immediate contact with the evidence

Setting aside the problems concerning the methods for the oral examination of witnesses, we may now focus upon the point that seems to be the basic core of any kind of oral evidence, that is the direct and immediate contact between the trier of fact and the witness. The traditional view is that if the judge can only read the written record of an examination performed by another person, she cannot appreciate the reliability of what the witness said, nor can she establish whether the witness is or is not credible. On the contrary, it is said, the immediate personal contact of the trier of fact with the witness, that may occur only in the context of an oral examination, allows the trier of fact to appreciate the answers given by the witness, to develop a complete and thorough examination, and to evaluate the credibility of the witness: therefore, the trier of fact will be in the ideal position to determine the proper probative value of the testimony.

This is the received wisdom, according to which the oral presentation of evidence is immensely more efficient than the presentation of a written record. As traditional and widespread as it is, however, this wisdom does not prevent some doubts. One of such doubts is that such a belief relies upon a sort of armchair psychology according to which the trier of fact is able to ascertain the credibility of the witness just by observing directly her demeanor, watching her “body language”, listening to how she speaks, considering how she answers, with boldness or blushing, and so forth. In short: the direct observation of the witness’s verbal and physical behavior would empower the trier of fact to establish whether or not the witness has told the truth. But everybody understands how uncertain and even unlikely is such a sort of psychological analysis that the trier of fact is supposed to perform on the witness. Most judges are not specially trained in testimonial psychology; at best some of them may have made some experiences in their judicial practice. When the triers of fact are lay jurors, the only basis of their psychological insights are the rough generalizations (that more often than not are based upon prejudice and bias) provided by common sense. From this point of view, the oral presentation of evidence has a doubtful efficiency as a method to obtain reliable information from credible witnesses. At any rate, it has to be excluded that the immediate contact of the trier of fact with the witness may lead to a sort of divination or of subjective intuition about whether the witness told or did not tell the truth. In other words, the immediate contact should not be a means for irrationalistic and inscrutable insights into the mind of the witness; on the contrary, it should give the trier of fact the opportunity to collect information for a rational assessment of the witness’s credibility, based upon the reference to rational standards of evaluation. Correspondingly, the trier of fact should be able to justify her evaluation in the reasoned opinion included in the judgment.

As to the completeness of the information about the facts, it depends on the method by which the examination is performed. The judge that examines a witness “*ex officio*” may not be specially interested in carrying out an autonomous and thorough examination, and in several cases she has no power to do that. On the other hand, the parties’ lawyers performing direct- and cross-examinations may not be specially interested in searching the complete and objective truth of the facts in issue: their main interest is to win their own case, not to establish the truth, which means that the truth is

searched by a lawyer only when it is favorable to her client (and perhaps not even in this case).

From the point of view of the “economic” efficiency the oral presentation of evidence raises some doubts as well. Examining a witness usually requires a rather relevant amount of time, specially when she has to be examined and cross-examined. Moreover, the preparation of the examination requires time to the parties’ lawyers, either in order to submit to the judge the facts on which the judge should examine the witness, or in order to prepare the direct and cross-examination. All this means, in both cases, that time has to be available, and money should also be available in order to pay the fees of the lawyers involved. Further problem of time and costs arise when, as it happens rather frequently, the witness lives far from the court, perhaps in a different country, and she has to travel to the place where the court seats or has to be examined by means of rogatory devices.

Reasons like these justify the trend that is emerging in several systems, in favor of the use of written testimonies instead of oral ones. The practice of “affidavits”, that is of written statements with a testimonial content, is frequent in common law systems. Moreover, the Rule 32 (a) of the Federal Rules of Civil Procedure allows the parties to use as items of evidence the written depositions that were taken in the course of pre-trial discovery. A similar possibility exists in England as well. Actually it means that written testimonies are frequently admitted. In civil law systems the use of written testimonies was traditionally excluded, but now it is more and more commonly admitted. A very relevant example of this phenomenon are the “attestations” regulated by arts.200-203 of the French procedural code. Another interesting example may be found in Germany, where the § 377 n.3 of the ZPO provides that the court, on its own discretion, may decide that a testimony be given by answering to written questions. Similar provision are included, in Italy, in the rules concerning arbitration (see art.816-ter, al.2, of the code of civil procedure), and now in art.9 of the European regulation of transnational small claims quoted above. Therefore, it should be taken into account that the traditional oral type of evidence, that is testimony, is becoming –so to say- less and less oral. The reasons of this change are simple and practical: in many cases it is quicker and less expensive to read written statements instead of examining orally a witness. The traditional oral examination is still useful, however, when the problem arises of checking directly the reliability of the author of such statements: as a rule, actually, the court may always order the direct examination of the witness in any case in which the written testimony does not appear to be satisfactory in terms of credibility and reliability. On the other hand, written testimonies are usually accepted when the evidentiary problem is rather simple (as for instance when the problem is just to confirm the date or the terms of a contract). When complex facts have to be established on the basis of the direct knowledge of people who had an immediate perception of those facts, and when their reliability is doubtful, then the only available device is the oral examination of witnesses.

V. THE IDEAL MODEL OF A CONCENTRATED ORAL TRIAL

As abovesaid, orality can be an efficient form for the presentation of evidence when two main conditions –beside the immediate contact of the trier of fact with the sources of evidence- are fulfilled, that is: concentration and immediate decision-making just at the end of the final hearing.

The concentration of the proceeding, and in particular of the presentation of evidence, is necessary in order to preserve the oral character of the evidence. This is the

main reason why the procedural systems that are oriented to implement the principle of the orality of evidence provide for single and concentrated hearings in which all the items of oral evidence should be presented without any interruption. This is traditionally true in common law procedural system, but it is also true in most civil law systems (such as Germany, Spain and others), in which the evidence should be presented in a single hearing.

In some systems, however, the presentation of evidence is not concentrated: Italy is among the main examples of it. Actually evidence is presented in a number of hearings, with long delays (of months, if not of years) between each other: the proceeding goes on “by instalments”, so that when ten witnesses have to be examined it can require three or four hearings and –perhaps- a couple of years. Only when the lawgiver aims at implementing effectively the principle of orality, mainly for sake of speed, the rule is that all the evidence should be presented in a single concentrated hearing: the main example, in the Italian system, is offered by the proceeding in labor disputes.

When the presentation of evidence is not concentrated, the consequence is not only that it will require a much longer time, and then that its efficiency is impaired, but also that the written record will be the only source available when the trier of fact will make her decision about the facts in issue.

An immediate decision is also an important factor of the orality: as abovesaid, if the decision on the facts is made months or years after the hearing in which the evidence was presented, the real source of the decision will be the written record instead of the oral evidence. Of course it implies a further sub-condition, that is: the trier of fact that makes the final decision has to be the same person who attended the hearing in which the witnesses were examined. It is obvious because if it does not happen, once again the source of the final decision making will be a written record.

These conditions support the definition of what may be considered as the “Idealtypus” of an oral proceeding: it is a trial-type hearing in which most of the procedural activities are concentrated and are performed in an oral form, and that ends up with the final decision-making. The model of such a hearing is rather simple: a) it may start with opening speeches of the parties’ lawyers presenting and explaining each own’s version of the case; b) then it goes on with the oral presentation of evidence; c) then the lawyers of the parties will perform a final discussion of the case, drawing their consequences from the presentation of evidence, submitting to the court their conclusive legal arguments and asking the court for the decision they consider adequate as a resolution of the dispute. On such a basis: d) the court delivers its final judgment just at the end of the hearing. Sometimes the hearing may include other moments, as the direct examination of the parties and the court’s attempt to promote a settlement, but these factor do not change substantially the structure of the model.

Such a model is followed in many systems. Of course it happens in common law countries, according to a long tradition based upon the presence of a jury: then oral and concentrated trial was a practical necessity in proceedings at common law. An indirect confirmation of it is given by the fact that the same did not happen in the proceedings in equity, that were essentially written and non-concentrated, mainly because the jury did not exist. In England, however, things have changed in the last decades and mainly with the 1999 reform. On the one hand, the civil jury has virtually disappeared since several decades; on the other hand, the Civil Procedure Rules introduced significant reforms of the pre-trial phase of the proceeding, with the consequence that the trial judge is already

informed about the claims and defenses of the parties, the documents, the expert reports and the written testimonies produced by the parties themselves. Then the trial is usually very simple: when necessary, the judge will allow just the cross-examination of a witness if her credibility is in issue. Therefore, orality is reduced to a minimum.

In the United States, on the contrary, the trial still follows the model just described: the parties' lawyers deliver their opening statements, then the witnesses are examined, then the parties' lawyers deliver their closing speeches and then the jury (in the not unfrequent cases of jury-trial) delivers its verdict. When there is no jury, the basic structure of the trial does not change substantially; it just may be simplified to some extent, and the judge may use written documents and read the records of the presentation of evidence before delivering her final judgment.

The same model is followed also in some civil law systems, when the procedural law is oriented to implement the principle of orality. It is for instance the case of Spain: the so-called "juicio" is a hearing in which the evidence is presented and the parties develop their final arguments in view of the decision. It is also the case of Germany: the so-called "Haupttermin" is a hearing that corresponds perfectly to the model: first the parties present their cases, then the oral evidence is presented, and then the parties submit to the court their closing arguments. Even in some systems in which the orality of the ordinary proceeding is not generally ensured, the model is followed in some special proceedings: in Italy, for instance, it is used in some important special proceedings, as in the case of labor and corporate litigation.

On the other hand, the model is not followed in a variety of systems that did not adopt the trial-type structure of proceedings. Besides various Latin-American countries, the main examples of this different trend are the ordinary proceedings in France and Italy. In both countries the proceeding is not concentrated, and evidence is presented in various hearings depending upon the way how the case is managed by the court. When all the items of oral evidence have been presented, the evidentiary phase of the proceeding is closed and the case goes towards its final steps. The final discussion of the case may be regulated in various ways. In France, for instance, a special final hearing is devoted to the oral discussion of the case (the so called "débats"), with the lawyers of the parties developing their arguments and conclusions under the direction of the presiding judge (arts.430, 440 of the code of civil procedure). In Italy the judge fixes a hearing in which the parties finally state their conclusions. After this hearing the parties submit to the court a first final brief containing all their arguments concerning the facts in issue and the legal issues that shall be decided; after that, each party may submit another brief containing replies to the other party's concluding brief. So the final discussion of the case is made in a written form, and each party is entitled to file two concluding briefs. The law provides the possibility of combining one brief for each party with an oral discussion (art.281-quinquies of the code of civil procedure), and even to substitute the final pleadings with an oral discussion (art. 281-sexies), but these semi-oral or oral forms are seldom used in practice.

Looking at such different systems, and mainly taking the final discussion of the case into consideration, some remarks may be made in the perspective of efficiency.

On the one hand, the model of a trial-type hearing described above seems to be specially efficient in terms of time: the concentration of the presentation of evidence in one or a few continuous hearings is not only a necessary condition for the implementation of orality, but is also a means to prevent delays and waste of time. In such a model, the oral form of the final discussion of the case, in view of an immediate

decision, is a necessary part of the system. Moreover, a final discussion included in a concentrated hearing tends to be relatively short, and then it is also efficient in terms of time. However, this does not mean necessarily that such a system is always working well in practice. Actually Peter Gilles, referring to the German situation, says that the oral discussion is usually avoided, with the consequence that the decision is made on the basis of the written pleadings. This is efficient in terms of time, because the time of the oral discussion is spared, but it is very doubtful whether it may be efficient in terms of a fair and adequate treatment of the case. This is a strong suggestion to consider not only the abstract models provided by the law, but also –and particularly- the practical implementation of such models.

The French “débats” are usually performed in oral form and in a special hearing according to the provisions of the French procedural code, but it would be interesting to check how efficient they are for a thorough discussion of the case, and whether or not the oral discussion is reduced to a quick formality. Moreover, the “débats” may be performed by means of written briefs: in such a way the orality of the discussion is completely set aside. On the other hand, Loïc Cadet writes that when the discussion is really oral it may imply several problems of fairness between the parties, because of possible ambushes and unfair tactics.

On the contrary, it seems that the Spanish “juicio” is performed orally and efficiently, both for the presentation of evidence and for the final discussion of the case: Fernando Gascón writes that this is one of the main factors that contributed to a dramatic reduction of the length of the Spanish proceedings.

Finally, systems like the Italian one, in which there is no oral conclusive discussion, and the final treatment of the case is made by means of written briefs, is clearly non-efficient in terms of time (and then of costs, since lawyers are paid also “by brief”). However, such a system seems to work efficiently in complex cases, not in terms of time but in terms of the possibility of developing a fair, complete and thorough final analysis of the case, and of submitting to the court in a due form all the factual and legal arguments that each party finds to be relevant in view of an accurate and fair decision.

VI. A FEW WORDS ABOUT NEW TECHNOLOGIES

Of course in this context there is no chance to approach in a reasonable time the topic that Peter Gilles calls the “electronification” of civil litigation; nor is it possible to deal with the somewhat narrower but nevertheless too broad topic concerning computer documents. Such topics have important connections with the general problem of the efficiency of civil litigation, but they would lead the discourse too far from the core of this report. On the other hand, there is no possibility here to deal with the general cultural and philosophical problem of whether the new technologies are creating new forms of language and communication that are neither oral nor written.

However, some remarks can be made with a specific reference to the problem of orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. A premise is needed here: I substantially share Peter Gilles’s opinion according to which –notwithstanding the appearances- we are not witnessing any kind of revolution concerning the forms of litigation, but only a “reform of the form” that does not imply a “reform of the content”. Actually I believe that in some cases the use of the new techniques may have a positive role in terms of efficiency, but it occurs essentially in terms of preservation of what has been originally said or written.

An example of that is the sound-recording or the videotaping of an oral hearing, for instance of the examination of a witness (as it seems to be the current regular practice in Spain). Of course it seems to be extremely useful because the judge –and even more the appellate judge- will be able in any moment to hear what was said or – much better- to watch what happened in that hearing. The advantages of such a system are obvious: it avoids the transformation of oral evidence into written evidence, since what was oral remains oral, and it allows anyone to perceive exactly what happened during the oral hearing. No doubt about the advantages in terms of orality, but: on the one hand one could observe that it is only a way to preserve a representation of the hearing. On the other hand, one may observe a very obvious thing, that is: watching a video is not the same thing as living directly the situation represented. Even when we may safely exclude manipulations or forgeries, we are exposed to a representation in which we cannot intervene and that we cannot modify. These problems may be relevant, for instance when we refer to the immediate contact of the trier of fact with the witness: a film is not the reality. Things may be different, of course, in the case of a video-conference, since all the participants can perform an active role in determining what's going to happen. Here, however, the technique is not aimed at preserving a representation of the hearing: it provides a different way of making the hearing.

On the other hand, one has to consider that in many cases the “electronification” deals with modern systems of transmission and –once again- of preservation of documents. Thousands of pages of documents may be stored in a computer or in a database, and can be sent everywhere in seconds. The briefs and all the written documents of a proceeding can be served, filed, exchanged and submitted in a time that is even hard to measure. There is no need to insist describing the advantages of all this: they already belong to our everyday experience. One could just observe that they determine a huge increase in the efficiency of writings. An “electronified” proceeding is a proceeding that is composed of a sequence of written briefs, documents, affidavits, orders and judgments: it is essentially a written proceeding. The efficiency that is produced by the use of the new technique not only does not change the substantial nature of civil litigation, but is going to become a very strong factor in favor of writing. Not only: since the transmission of e-messages requires extreme precision (we all now know what happens if we dial a wrong letter in an e-mail address), we are probably going towards what Peter Gilles calls a “hyperformalization”.

Then the use of modern sophisticated techniques does not clearly move the balance of efficiency in favor of orality or of writing, although such techniques seem to be easier to use in support of a written form of proceeding. At any rate, the use of such techniques has –at least so far- a huge negative factor in terms of efficiency: costs.

VII. FINAL REMARKS

From the sketchy overview developed in the preceding pages some tentative final conclusions may be drawn.

First of all, it has to be emphasized that in terms of efficiency no absolute preference can be given in general terms either to orality or to writing. On the one hand, each of the two forms may be efficient for some purposes but not for other purposes: orality is efficient in terms of saving time and money, but is not necessarily efficient in order to prepare accurate and truthful decisions on the merits of the case; writing may be efficient also in terms of saving time and specially for the preparation of complex cases, but is not efficient when the problems arise of assessing the reliability of oral evidence. At any rate, it seems improper to speak in terms of oral or written form of

civil litigation as a whole: all the existing systems rely upon various combinations of both forms, and often within the same system there are predominantly oral or written kinds of procedures.

Another remark is that the efficiency of oral or written procedural devices should be considered in the context of every specific type of litigation that is taken into account. If the main value that is pursued by the lawgiver is the speed of the dispute resolution, and correspondingly a concentrated proceeding is provided, then orality is clearly the most efficient form: concentration does not allow the exchange of written briefs and barely tolerates the use of written evidence. Then everything, from the preparation of the case to the presentation of evidence and the final discussion, should be made in an oral form. The ideal model of an oral trial described above is a clear illustration of it. Things are different, however, when and to the extent that concentration is not considered as necessary, because priority is ascribed to other values, which therefore prevail upon the speed of dispute resolution. It happens, for instance, when policy reasons taken into account by a lawgiver suggest to let the parties free to determine the pace of the proceeding, since the “adversarial values” are considered as more important than the “public” interest to a quick disposal of disputes: this is the case of the Italian special proceeding in corporate matters, as well as the case of the American discovery. In such situations the basic choice of the lawgiver is not the efficiency of the procedural system but the protection of the parties’ freedom to perform their competition with no constraining rules and no managerial powers ascribed to the judge. Correspondingly, there is no need of orality, and the use of written briefs and documents becomes the rule.

A further remark is that the efficiency of oral or written devices depends, at least to some extent, on the kind of disputes. In many cases an oral, simplified and concentrated trial-type hearing is provided for small claims: in these cases orality is a factor of simplification and then of efficiency in terms of time and money. Orality is also efficient in the preparation of simple cases, independently of the amounts of money involved, as for instance in the German oral preliminary phase of the proceeding. However, in other cases the exchange of written briefs and the reading of documents may also be efficient in terms of time. On the other hand, when the facts and the issues involved in a dispute are complex, the resort to written forms of preparation is an almost general trend. The examples are various, from the American discovery to the English “multy track”, to the German written preliminary phase. The reason underlying this trend seems rather clear: briefs and documents seem to be more efficient for the purpose of dealing with complex issues in a complete, detailed and thorough way; the fact that a written preparation is not efficient in terms of time and money may not be specially relevant. However, Spain provides with a significant counterexample, since orality is used in all kinds of disputes, both in the “audiencia previa” and in the “juicio”.

In this perspective, the main problem seems to be that of adapting the proceedings to the needs of the specific case. Two dangers should be prevented from this point of view: the danger of oversimplification, that could arise when simple oral forms are used to deal with complex and difficult cases, and the danger of overburden that exists when complex written formalities are used in simple cases. It is rather unlikely that both these dangers are avoided once forever by a legislator choosing abstractedly which kind of proceeding –oral or written, concentrated or not concentrated- has to be followed, and in which kinds of disputes. It is what happens in some systems, as for instance in Italy, but this is a wrong approach to a complex and difficult problem. The experience of more mature systems, as for instance England and

Germany, is that the judge should decide case by case, playing an important managerial role, how the single litigation should proceed in the most efficient and adequate way. Then it would be up to the judge to decide, considering the specific features of the single case, whether a simple and oral preparatory hearing is adequate or if a written preparation is necessary, whether the witnesses should be examined orally or written testimonies may be sufficient to prove the facts, and whether the conclusive discussion of the case in view of the final decision deserves an exchange of written briefs or may be performed by means of oral closing speeches. Correspondingly, the main standard should be flexibility of the forms of litigation, under the careful control and the active management of the judge.

ORALIDAD Y ESCRITURA COMO FACTORES DE EFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL*

(VERSIÓN ABREVIADA)

MICHELE TARUFFO

Catedrático de Derecho. Università di Pavia (Italia)

I. INTRODUCCIÓN

Tratar el ya clásico e interminable problema de la oralidad y la escritura en el proceso civil desde el punto de vista de la eficiencia tiene un lado positivo y otro negativo. El lado positivo es que, desde una perspectiva instrumental como ésta, a uno se le permite –o eso espero– dejar de lado los mitos que resultan inherentes a ese tema desde hace por lo menos un siglo. Digo *mitos* en plural porque, cuando menos, existen dos: el mito *positivo*, según el cual la oralidad se considera un valor óptimo básico, una especie de panacea que debería resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil; y el mito *negativo*, por el que la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debería reducirse al mínimo indispensable, o incluso, posiblemente, anularse. No tengo nada contra los mitos en general: son parte de las culturas y, junto con las ideologías (y a menudo confundidos con ellas), nos proporcionan la base de todo tipo de constructos sociales y legales. No obstante, también pueden erigirse como poderosos óbices que entorpecen la comprensión adecuada de las maquinarias procesales.

En los tiempos que corren, por otro lado, lo que necesitamos son menos mitos y más eficiencia. Entre las numerosas razones que lo justifican, existe una especialmente importante que va a incrementar su relevancia a corto plazo: en un mundo globalizado y globalizante, con toda una serie de fenómenos económicos, financieros y jurídicos de extrema complejidad que están creando una red transnacional o supranacional de relaciones, la eficiencia es quizás el valor más importante. Más concretamente, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones.

Sin embargo, cuanto mayor importancia se procura a la eficiencia, tanto más difícil resulta definir lo que significa pensar en un sistema judicial eficiente. Por otro lado, hablar de la oralidad y de la escritura como factores de eficiencia de las resoluciones judiciales resulta probablemente imposible si no se define antes lo que entendemos por eficiencia en el proceso civil. De hecho, desde la perspectiva que adoptamos, la oralidad o la escritura se consideran medios, mecanismos dedicados instrumentalmente a conseguir precisamente ese propósito.

II. CONCEPTOS DE EFICIENCIA

Un primer paso hacia la comprensión de lo que queremos decir al hablar de *eficiencia* en el proceso civil consiste en preguntarnos *para qué* esa eficiencia. El paso se justifica por el mero hecho de que la eficiencia, por sí misma, es un concepto instrumental: resulta sensato, por tanto, preguntarnos por qué, y a la vista de qué

* Traducido del inglés al español por Esther Monzó (Universitat Jaume I, España).

resultado final, debería ser eficiente un mecanismo procesal. De hecho, sólo si decidimos eso previamente podremos cuestionarnos qué proceso sería eficiente. Yendo un poco más allá, podríamos también preguntarnos si la oralidad y la escritura pueden considerarse factores de eficiencia, y en qué condiciones.

Para plantearnos una posible respuesta, deberíamos definir los objetivos de las resoluciones judiciales, puesto que a la luz de ellos podremos situar debidamente el problema de la definición de la eficiencia procesal. La tarea, como todo el mundo sabe, es harto complicada, y no podemos aspirar a completarla en estas líneas. No obstante, simplificando profundamente, podemos expresar una distinción general en los siguientes términos: el objeto de los procesos civiles puede ser *a*) una resolución de conflictos pura o *b*) una resolución de conflictos mediante decisiones justas.

La opción *a* implica que el objeto del proceso se cumple en cuanto se da conclusión a la controversia entre los litigantes. Se trata de una cuestión de hecho que depende de un cierto número de condiciones, aunque el aspecto más relevante sea que el fondo y la calidad de la decisión final no es lo importante: una decisión errónea o incluso ilegal puede poner fin a la disputa entre las partes si, por la razón que sea, ninguna de ellas quiere proseguir con la acción.

La opción *b* supone que el objeto del proceso es poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos, certeros y ecuanímenes. Desde esta perspectiva, el fondo y la calidad de la decisión adquieren una relevancia extrema, puesto que determinan el núcleo auténtico de los propósitos del proceso. Estos propósitos podrían conseguirse o no, pero en todo caso deberían orientar y determinar el funcionamiento de los mecanismos judiciales.

Si nos acogemos a la definición *a*, parece coherente pensar que la eficiencia debería definirse básicamente en términos de velocidad y costes reducidos. Cuanto más rápida y barata sea la resolución del conflicto, tanto más eficiente se entenderá el proceso. Desde este punto de vista, podríamos considerar que los procesos judiciales, en términos generales, tienden por sí mismos a ser muy poco eficientes: con frecuencia no son precisamente rápidos, y a menudo resultan bastante caros. Por ello, podríamos pensar en distintas técnicas para solucionar conflictos de modos mucho más eficientes: según Rawls, “la justicia procesal pura” era la de las loterías, y lanzar una moneda al aire es un modo extremadamente rápido y barato de decidir lo que sea. Podría incluso ser justo, en aras de la igualdad, puesto que cada parte tiene el 50% de probabilidades de ganar. No se trata de ninguna paradoja. La solución aleatoria de conflictos no es lo único que se propone en ocasiones: el hecho es que si la calidad de la resolución no es relevante, porque el objetivo auténtico es poner punto final al litigio, los métodos más eficientes serán los que maximizan las ventajas en términos de tiempo y dinero. Así, éstos deberían ser los valores centrales de la cuestión.

Si, por el contrario, optamos por la definición *b*, el tema se complica: por un lado, incluso en este caso el tiempo y el dinero que se requieren para alcanzar la solución del conflicto son importantes, puesto que malgastarlos va en detrimento de la eficiencia de todo proceso judicial; por otro lado, los factores relacionados con la calidad y el fondo de la decisión final deberían tenerse igualmente en cuenta. Para poder ser ecuaníme, una decisión debe fundamentarse sobre la presentación adecuada, completa y justa que de los aspectos jurídicos de las alegaciones realizan ambas partes, así como en una resolución certera, completa y posiblemente veraz sobre los hechos, basada en un examen justo de las pruebas. En este supuesto, un sistema judicial es eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero

también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes.

Ambas ideas de lo que es la eficiencia son razonables, y podrían considerarse dos caras de una misma moneda. Sin embargo, pueden ser contradictorias, puesto que un proceso rápido y barato podría conllevar soluciones incompletas o incorrectas, mientras que una decisión justa puede requerir tiempo, dinero y una actividad judicial por parte de los litigantes y del propio tribunal. Por tanto, dentro de la perspectiva *b*, una elección radical puede considerarse errónea si opta por escoger una de las caras y excluir por completo la otra: es probable que para conseguir una solución justa no tengamos más remedio que llegar a un compromiso de equilibrio entre estas dos ideas de eficiencia mutuamente excluyentes. Por un lado, deberíamos considerar que entre estas nociones existe una relación de proporcionalidad inversa y complementaria: si un sistema maximiza su eficiencia en términos de rapidez y reducción de costes, lo más probable es que la minimice en cuanto a la precisión y ecuanimidad de la solución del conflicto; por el contrario, si se potencia la eficiencia entendida como una decisión precisa y ecuaníme, es probable que se minimice la reducción de inversión en tiempo y dinero.

III. ¿EFICIENCIA DE QUÉ?

Un proceso civil es una maquinaria de una complejidad extrema: hablar de su eficiencia como un todo unitario obligaría al investigador a restringirse a sólo unas pocas obviedades generales e inútiles. Lo dicho es especialmente aplicable al contexto actual, en el que la eficacia debería discutirse desde el punto de vista de una especie de evaluación comparativa de las ventajas e inconvenientes de la oralidad y la escritura. Por ello, y con el fin de conseguir un mejor nivel de análisis, parecen necesarias dos premisas, a saber: 1) el panorama puede reducirse dejando de lado la definición precedente *a* referida a los propósitos del proceso civil. Soy conocedor del hecho de que muchas personas están, más o menos conscientemente, a favor de esta definición, pero me inclino a pensar que resulta inadecuada y sustancialmente errónea. Por ello, haré uso del privilegio del informador, que consiste en escoger la perspectiva teórica que se considera de mayor provecho para sus propios fines. Por tanto, a partir de este punto, asumiré que el propósito del proceso civil es resolver disputas mediante decisiones precisas, completas y ecuanímes.

Con todo, todavía queda una premisa y ésta es que 2) la maquinaria del proceso civil puede estudiarse, en especial desde una perspectiva comparada, tratando distintos procesos, cuando menos distinguiendo algunos temas principales, que son: *a*) la presentación de la demanda; *b*) la práctica de las pruebas, y *c*) el examen de la causa al considerar la decisión final.

1. Una presentación eficiente de la demanda

Con la expresión “presentación de la demanda” me refiero a distintas actividades que ejecutan las partes (con la participación activa del juez o sin ella) con el propósito de definir y presentar sus propias “causas” al tribunal.

Un aspecto esencial de la presentación de la causa es la preparación preliminar de la misma. Esta preparación suele tener un objetivo doble: definir el asunto, a la vista de las pruebas y de los pasos procesales siguientes, y, siempre que sea posible, solucionar la disputa sin proseguir con el litigio.

En varios sistemas procesales, el juicio está claramente dividido en dos fases: una fase previa al juicio, que se dedica principalmente a seguir con la preparación de la

causa después de las primeras alegaciones, y una fase de juicio en la que se practican las pruebas y se llega a la decisión final.

En los sistemas modernos, la fase previa al juicio se ha convertido en la más importante del proceso, en esencia debido a su capacidad, por lo menos en Inglaterra y, hasta cierto punto, también en los Estados Unidos, para dar término al conflicto evitando el juicio y la sentencia. El tipo ideal de una fase previa al juicio deriva, principalmente, de la experiencia de los sistemas de derecho consuetudinario, aunque existen diferencias notables entre las fases previas americana e inglesa.

Según el Reglamento Procesal Civil (*Civil Procedure Rules*) inglés, promulgado en 1999, la fase previa al juicio puede adoptar formas distintas según el tipo de *vía* que el juez escoja para cada causa particular, lo cual se decide principalmente en función de su importancia y complejidad. En la *vía de escasa cuantía*, suele haber una sola vista, en la que los litigantes discuten la causa ante el juez, con el fin de conseguir una solución rápida a su conflicto. En este caso, la oralidad resulta eficiente porque ahorra tiempo y actuaciones procesales. En la *vía sucinta*, la fase previa al juicio presenta mayor complejidad, puesto que consiste principalmente en el intercambio de escritos y la proposición y práctica de pruebas documentales. En este caso, la escritura es eficiente para la preparación de la causa, y no suele haber ninguna vista. En la *vía múltiple*, que se emplea para causas de mayor importancia y complejidad, el juez goza de una discreción bastante amplia para dirigir la fase previa al juicio; con todo, la preparación de la causa suele realizarse por escrito, y sólo en causas de gran complejidad se celebra una vista especial, denominada *revisión previa al juicio (pre-trial review)*, con la finalidad de esclarecer y determinar las cuestiones procesales relevantes con vistas al juicio. Por tanto, a excepción de los litigios de escasa cuantía, la oralidad aparece en raras ocasiones en la fase previa inglesa, y el empleo de escritos y documentos se considera el modo más eficiente de preparar la causa.

La fase previa al juicio en el sistema americano cumple una serie de funciones entre las que se incluye la modificación de las primeras alegaciones, la proposición de la prueba documental y de cualquier otro tipo, así como una relación más completa y detallada de los hechos controvertidos. En los Estados Unidos, la fase previa al juicio es muy distinta entre una y otra causa: puede ser rápida y simple cuando la naturaleza de la demanda lo permite, pero también puede ser extremadamente compleja, dilatada, cara y gravosa en causas importantes y complejas. En relación con esto, existen dos aspectos importantes que merecen mención especial. En primer lugar, la fase previa al juicio, y en especial la proposición de las pruebas, son completamente dependientes de la iniciativa de las partes, las cuales determinan qué pruebas se proponen y cómo. En segundo lugar, pese a que algunos mecanismos de proposición (como las declaraciones, *depositions*) se practican de forma oral, el hecho es que la mayoría se presenta como escritos, esto es, como la propuesta y examen de distintos documentos. Por poner un ejemplo, una declaración puede prestarse mediante un interrogatorio oral (con la consiguiente toma de notas para el acta), pero también puede tomarse mediante los *interrogatorios escritos (interrogatories)* en los que el futuro testigo escribe sus respuestas a preguntas que se formulan también por escrito (véanse las normas 27(3), 30(4), 30(c) y (f) y 31 del Reglamento Procesal Civil Federal, *Federal Rules of Civil Procedure*). Además de la proposición, el resto de actividades procesales de los litigantes se lleva a cabo por medio de escritos que las partes intercambian y presentan al tribunal. Si el tribunal lo decide (queda a su discreción), la fase previa al juicio puede concluir en una *audiencia previa (pre-trial conference)* que, entre otras cuestiones, puede servir para programar y planificar el decurso del proceso, para mejorar “la calidad

del juicio mediante una preparación concienzuda”, y para facilitar el acuerdo entre las partes (véase la norma 16(a) y (b) del Reglamento Procesal Civil Federal). En esta audiencia, el tribunal desempeña la mayoría de sus funciones de dirección. No obstante, debería mencionarse que es, en esencia, el único momento de oralidad dentro de una fase preliminar del proceso que podría ser extremadamente compleja, pero que se ejecuta casi completamente de forma escrita.

En los sistemas modernos de enjuiciamiento civil, existe una gama de disposiciones que tratan la preparación del proceso en una fase anterior a la práctica de las pruebas. Tales disposiciones no pueden analizarse aquí en detalle, pero atender a algunos ejemplos puede ser útil para comprender que la oralidad y la escritura pueden desempeñar papeles distintos en este momento del proceso.

Un primer ejemplo de gran interés es el caso de España. Tras una larga tradición histórica en la que la escritura era la única forma para el litigio civil, la Ley de enjuiciamiento civil, promulgada en el año 2000, introdujo un cambio drástico en la estructura del proceso. El aspecto más importante es el de la *audiencia previa*, una audiencia preliminar en la que transcurren muchas actividades: intentos por lograr un acuerdo entre las partes, la resolución de cuestiones prejudiciales, modificaciones a las alegaciones, el esclarecimiento de los hechos contestados y no contestados, la proposición de pruebas y la determinación de su admisibilidad. En pocas palabras, debe efectuarse en la audiencia previa todo lo que sea necesario bien para dar fin inmediato a la causa o para esclarecer, simplificar y determinar los extremos de hecho y de derecho en los que haya controversia. En ese momento, todo es oral, esto es, todo se lleva a cabo mediante el debate y la argumentación verbal de las partes, con una participación activa del juez. En una vista de tanta importancia, la oralidad cumple un papel fundamental, y resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial: si todas las actividades que se ejecutan en la audiencia se llevasen a cabo mediante escritos y órdenes, se requeriría un gran volumen de tiempo. La eficiencia del sistema se ha comprobado en la práctica, puesto que existen datos estadísticos que muestran una reducción drástica de la duración de los procesos civiles en España. En lo que se refiere a este sistema, vale la pena mencionar también el *juicio verbal*, que se aplica en casos simples en los que la velocidad resulta especialmente importante: en una vista oral se llevan a cabo todas las actividades requeridas, incluyendo la práctica de la prueba, y la vista concluye con una sentencia final.

Un segundo ejemplo de gran interés, aunque en un sentido bastante distinto, es el que nos ofrece Alemania. El Reglamento Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung*, ZPO) asigna un papel central a la llamada *vista oral* (*mündliche Verhandlung*), esto es, al principio de oralidad en la preparación y discusión de la causa. La fase preparatoria puede adoptar dos formas distintas en función de la importancia y complejidad de la controversia: en procesos de menor importancia, la preparación se efectúa en una vista oral preliminar denominada *früher erster Termin* (‘primera audiencia previa’), mientras que otros procesos de mayor importancia y complejidad requieren una fase previa al juicio que se desarrolla por escrito (la llamada *schriftliche Vorverfahren*, ‘preproceso escrito’). La elección depende del juez, que dictamina en función de las particularidades de la causa y de la probabilidad de que una vista oral pueda llevar a la resolución del proceso. En la vista oral preliminar, los litigantes y el juez tratan todos los extremos vinculados a la causa, con el propósito de determinar las cuestiones de hecho y de derecho en controversia, con vistas a la fase de juicio. Cuando el juicio se prepara mediante escritos, todo resulta mucho más complicado: se produce un intercambio de correspondencia entre las partes y se presentan escritos al tribunal para esclarecer todo

lo necesario de cara al juicio. La preparación por escrito resulta más eficiente en causas complejas, puesto que permite que los litigantes desarrollen sus pretensiones y argumentos de un modo completo y detallado, y que se preparen adecuadamente para el juicio. Pese a la aseveración contenida en el ZPO § 128 I, sobre el carácter oral del proceso alemán, según Peter Gilles, la experiencia práctica muestra que el papel real de la oralidad se reduce a los mínimos: parece, por tanto, que el desarrollo procesal alemán es, de hecho, un *Aktenprozess*, esto es, un proceso compuesto principalmente por documentos, escritos y actas.

Un tercer ejemplo de interés es el de Italia. En teoría, un proceso civil debería desarrollarse de modo oral (artículo 180 del código procesal civil italiano), y las reformas recientes procuran llevar a la práctica este principio en la fase preliminar del proceso. Por desgracia, estas reformas se plasmaron de un modo tan equívoco que lo que se ha conseguido es precisamente todo lo contrario. El artículo 183 del código procesal, regula una vista en la que los litigantes (esto es, sus representantes legales) comparecen ante el tribunal para preparar la causa con vistas a la práctica de las pruebas. Sin embargo, las partes pueden modificar sus alegaciones, desarrollar sus argumentos y proponer nuevas pruebas mediante escritos que se presentan al tribunal tras la vista. Asimismo, tras la vista, el juez decidirá mediante un escrito la admisibilidad de las pruebas. En síntesis: la vista se dedica a planificar las fechas en las que deberán presentarse los escritos; el juez no ejerce ninguna función de dirección del proceso, y la preparación de la causa se realiza exclusivamente mediante escritos. Por tanto, no existe ningún esclarecimiento o simplificación de los extremos de hecho o de derecho que las partes desarrollan en sus alegaciones.

A partir de esta revisión limitada y esquemática, pueden derivarse comentarios bastante ambiguos y poco claros. Por un lado, parece que de hecho el proceso en causas de escasa cuantía o relativamente simples requiera alguna forma de preparación oral. Un debate oral es más rápido, menos caro y mucho más simple que una preparación por escrito, por lo que debería considerarse más eficiente. Los ejemplos de Inglaterra, España, Italia y otros países resultan bastante esclarecedores en este sentido.

No obstante, debería considerarse que esta eficiencia (que en esencia se plantea como ahorro de tiempo y dinero) conlleva ciertos costes si atendemos al desarrollo completo y justo de la causa, y, en consecuencia, también en lo que se refiere al alcance y la precisión de la decisión final. Si existe una razón para acudir a la oralidad en demandas de escasa cuantía se trata tan solo de que su núcleo es precisamente *escaso*, por lo que no merecen la preparación completa que requieren causas mayores. Debiera considerarse, sin embargo, que una demanda de cuantía pequeña puede ser compleja y muy importante desde el punto de vista de la base jurídica: en ese caso debería merecer la preparación completa y cuidada que probablemente no le proporcionará una vista oral.

Por otro lado, habría que tener en cuenta que la preparación oral en causas menores y simples ha tenido éxito en Inglaterra, España y, hasta cierto punto, Italia, pero que la práctica de Alemania y también de otros sistemas nos indica que incluso en esos procesos se prefiere la forma escrita. Por tanto, existen motivos para considerar que un escrito puede ser eficiente incluso en demandas de escasa cuantía. Encontramos una confirmación de este extremo en el reglamento europeo número 861 de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo para demandas transnacionales de escasa cuantía, en el que se regula un proceso simplificado basado en escritos.

Cuando consideramos procesos complejos e importantes, parece que la tendencia general es emplear mecanismos procesales complicados, articulados y esencialmente escritos. Esto resulta válido pese a las distintas diferencias que existen entre estos sistemas, en Inglaterra, los Estados Unidos, Alemania, Italia y muchos otros países. Parece que desde esta perspectiva, la excepción es meramente España, puesto que la preparación oral de la causa en la audiencia previa parece funcionar de un modo satisfactorio incluso en causas importantes y complejas. Aparte de este caso, la razón por la que se prefiere una preparación por escrito en litigios importantes queda bastante clara: el intercambio de un cierto número de escritos entre las partes, la presentación de tales escritos al tribunal, de peticiones por escrito al juez y la emisión de órdenes escritas parece asegurar un desarrollo completo, detallado, pleno y articulado de todos los asuntos relevantes (o incluso irrelevantes) del litigio. Desde este punto de vista, y asumiendo que se necesita una preparación pormenorizada del proceso, parece que la forma escrita resulta más eficiente.

IV. PRESENTACIÓN ORAL Y ESCRITA DE LAS PRUEBAS

La presentación oral o escrita de las pruebas también es un tema clásico de la teoría procesal, principalmente en el campo de los sistemas procesales de Derecho civil. En los sistemas de Derecho consuetudinario, nunca se ha tratado verdaderamente como objeto de reflexión, por un motivo muy obvio: en la medida en que el modelo del proceso civil angloamericano se concentra en un juicio con jurado, la oralidad de la práctica de las pruebas constituía una necesidad empírica. En los sistemas de derecho civil, por el contrario, la tradición desde la época del proceso romano-canónico se basaba esencialmente en el uso de pruebas escritas, mientras que las pruebas orales se practicaban sólo en un número reducido de ocasiones. Incluso los testigos declaraban por escrito, esto es, por medio de actas que generalmente tomaban secretarios judiciales o notarios. Como reacción a esta praxis tradicional, la cual conllevaba litigios gravosos, dilatados y formalistas, el propósito primordial de muchos reformistas fue, cuando menos hasta el final del siglo XIX, la introducción de la oralidad en la práctica de las pruebas. No obstante, la realidad de facto, considerada a la luz de la eficiencia procesal, requiere una comprensión más profunda y algo distinta.

En primer lugar, debe considerarse que en todos los sistemas modernos de litigio, una forma muy frecuente de demostrar los hechos en disputa es la práctica de la prueba documental. En la mayoría de causas vinculadas al Derecho de sociedades, mercantil, financiero y de contratos, las pruebas más típicas se conforman de una colección más o menos amplia de documentos; las pruebas documentales son asimismo frecuentes en otros tipos de causas, como las vinculadas al Derecho de familia, responsabilidad civil, etc. Además, casi todos los medios *atípicos* de prueba, que se admiten en la mayoría de sistemas procesales, son, de hecho, papeles escritos.

Un segundo factor que merece tenerse en cuenta podría definirse como la transformación de pruebas orales en documentos escritos. Esta transformación puede tomar, al menos, dos formas principales distintas. La primera es una cuestión de necesidad. Como veremos en breve, la práctica oral de las pruebas se basa en la asunción de que quien juzga los hechos se forma sus propias impresiones sobre los mismos por medio del contacto directo con el testigo, y así toma sus decisiones directamente a partir de esas impresiones. Con todo, algo así puede ocurrir sólo si la resolución sigue de forma inmediata a la práctica de las pruebas (y, por supuesto, cuando quien deba decidir sea la persona que asistió a la misma). Estas condiciones se cumplen en algunos casos, pero no se dan en muchos más. Si la práctica de las pruebas no se concentra en una sola vista, y si la sentencia no se pronuncia de forma inmediata

al fin de la misma, las pruebas originalmente orales se transforman en pruebas escritas. Resulta obvio que esto ocurre cuando las personas que toman la resolución final no son las mismas que las que han asistido al examen de los testigos, porque se ha cambiado de juez durante el proceso o porque se acude a un tribunal de apelación: en todos estos casos, las pruebas disponibles son, de hecho, escritas.

1. Contacto directo con las pruebas

Si dejamos de lado los problemas relacionados con los métodos del interrogatorio de testigos, podemos centrarnos ahora en el aspecto que parece ser la base de todo tipo de prueba oral, esto es, el contacto directo e inmediato entre quien debe juzgar los hechos y el testigo. La visión tradicional es que, si el juez sólo puede leer el acta escrita del interrogatorio que lleva a cabo otra persona, no podrá apreciar la fiabilidad de lo que dijo el testigo ni determinar su credibilidad. Por el contrario, según se dice, el contacto directo y personal de quien debe examinar los hechos y el testigo, lo cual se da únicamente en el contexto de un interrogatorio oral, permite que se evalúen las respuestas y se desarrolle un interrogatorio completo y concienzudo, y que se estime asimismo la credibilidad del testigo: por tanto, quien examina los hechos se encuentra en una posición ideal para determinar el valor probatorio de la prueba testifical.

Es lo que se suele decir y asumir: que la práctica oral de las pruebas resulta infinitamente más eficiente que su práctica a través de un acta escrita. Pese a que sea tradicional y ampliamente aceptada, esta creencia común no está exenta de dudas. Una de ellas es que se basa en una especie de psicología *amateur*, según la cual quien juzga los hechos es capaz de determinar la credibilidad del testigo con una mera observación directa de su conducta, de su *lenguaje corporal*, de sus modos de hablar, de contestar, de su asertividad o de su timidez, entre otras cuestiones. En síntesis, la observación directa de la conducta verbal y física del testigo debería facultar a quien juzgará los hechos para establecer si el testigo ha dicho la verdad o no. Sin embargo, todo el mundo entiende hasta qué punto resulta incierto e incluso insólito este tipo de análisis psicológico que se le exige al juez de los hechos. La mayoría de jueces no tienen una formación especial en psicología del testimonio; en el mejor de los casos, algunas pueden haber tenido experiencias en su práctica judicial. Cuando se trata de jueces legas, la única base de su perspicacia psicológica son las generalizaciones *grosso modo* que nos brinda el sentido común (y que en la mayor parte de los casos se basan en prejuicios y predisposiciones). Desde este punto de vista, la práctica oral de las pruebas presenta una eficiencia dudosa como método para obtener información fidedigna de testigos creíbles. En cualquier caso, debe descartarse que el contacto directo del juez de los hechos con los testigos pueda conducir a una especie de pronóstico o de intuición subjetiva sobre si el testigo dijo o no dijo la verdad. En otras palabras, el contacto directo no debería constituir un medio de comprensión irracional e inescrutable de la mente del testimonio; por el contrario, debería proporcionar al juez la oportunidad de recopilar información para la evaluación racional de la credibilidad del testigo, basada en unos criterios racionales. De modo equivalente, el juez de los hechos debería ser capaz de justificar su evaluación en la opinión razonada que se incluye en la sentencia.

En lo que se refiere a la exhaustividad en la información de los hechos, ésta depende del método mediante el cual se realiza el examen. El juez que interroga a un testigo *ex officio* quizá no se sienta particularmente interesada en llevar a cabo un interrogatorio autónomo y concienzudo, y en muchos casos no tiene facultades para hacerlo. Por otro lado, las letradas que lleven a cabo el interrogatorio o el interrogatorio contradictorio quizá no estén particularmente interesadas por conseguir una relación verídica, completa y objetiva de los hechos controvertidos: su principal interés es ganar

el juicio y no determinar la verdad, lo que implica que ésta se encuentra entre los objetivos de la letrada sólo si resulta favorable a su cliente (y quizás ni siquiera en este caso).

Desde el punto de vista de la eficiencia *económica*, la práctica oral de las pruebas también suscita algunas dudas. Interrogar a un testigo suele requerir una cantidad bastante notable de tiempo, en especial en los interrogatorios contradictorios. Además, la preparación del interrogatorio exige tiempo de las letradas de los litigantes, ya sea para presentar al juez los hechos sobre los que debe interrogar o para preparar el propio interrogatorio. Todo ello comporta, en ambos casos, que se necesita tiempo y también dinero para pagar los honorarios de las letradas. Existen otros problemas asociados al tiempo y el dinero que surgen cuando el testigo vive lejos del tribunal (lo cual sucede con cierta frecuencia), puede que incluso en otro país, y o bien debe viajar a la sede de aquél o bien debe mediar un exhorto y la colaboración de otro tribunal.

Razones como éstas justifican una tendencia que va tomando cuerpo en distintos sistemas y que se muestra a favor del uso de testimonios escritos en sustitución de los orales. La práctica de las *declaraciones juradas (affidavits)*, esto es, de declaraciones por escrito en las que se contiene un testimonio, resulta frecuente en los sistemas de Derecho consuetudinario. Además, la norma 32(a) del Reglamento Procesal Civil Federal permite a las partes emplear como medios de prueba las declaraciones escritas que se hayan obtenido en el transcurso de la proposición de pruebas previa al juicio. Una posibilidad similar existe también en Inglaterra. De hecho, los testimonios escritos suelen admitirse con frecuencia. En los sistemas de Derecho civil, este recurso a testimonios escritos quedaba tradicionalmente excluido, pero ahora se admite como algo cada vez más común. Un ejemplo de gran relevancia de este fenómeno son los *attestations* que regulan los artículos 200-203 del código francés del proceso civil (*Code de Procédure Civile*). Otro ejemplo interesante es el alemán. El ZPO, § 377 n.º 3, dispone que el tribunal, a su propia discreción, puede decidir que se preste testimonio contestando a preguntas por escrito. En Italia, existen disposiciones similares en la regulación sobre arbitraje (véase el artículo 816 *ter*, párrafo 2, del código procesal civil), y ahora también en el artículo 9 del reglamento europeo sobre demandas transnacionales de escasa cuantía que ya he mencionado. Por tanto, debería tenerse en cuenta que el tipo oral tradicional para la práctica de la prueba testifical está perdiendo sus rasgos orales. Las razones de este cambio son simples y prácticas: en muchos casos resulta más rápido y menos gravoso emplear declaraciones por escrito en lugar de interrogar oralmente a los testigos. El interrogatorio oral tradicional todavía resulta provechoso, pero el problema surge a la hora de comprobar directamente la fiabilidad de la autora de las declaraciones: como norma, de hecho, el tribunal puede disponer el interrogatorio de los testigos siempre que el testimonio escrito no parezca satisfactorio en términos de credibilidad o fiabilidad. Por otro lado, los testimonios escritos suelen aceptarse cuando la cuestión sobre la que deben arrojar luz es bastante simple (como sucede cuando el problema se limita a confirmar la fecha o las condiciones de un contrato). Cuando deben establecerse hechos complejos por medio del conocimiento de personas que hayan tenido una apreciación directa de esos hechos y cuando su fiabilidad sea dudosa, el único medio disponible es el interrogatorio oral de los testigos.

V. EL MODELO IDEAL DE UN JUICIO ORAL CONCENTRADO

Como ya se ha dicho, la oralidad puede ser una forma eficiente para la práctica de las pruebas cuando se cumplen dos condiciones principales (además del contacto directo del juez de los hechos con las fuentes de prueba): la concentración y la resolución inmediata al final de la última vista.

La concentración del proceso, y en especial de la práctica de las pruebas, resulta indispensable para preservar el carácter oral de las pruebas. Ésta es la razón principal por la que los sistemas procesales orientados a poner en práctica el principio de la oralidad de las pruebas disponen una vista única y concentrada en la que deben practicarse sin interrupción todas las pruebas orales. Esto suele ocurrir tradicionalmente en los sistemas procesales del Derecho consuetudinario, pero no siempre sucede en la mayoría de los sistemas de Derecho civil (como Alemania y España, entre otros), en los que las pruebas deberían practicarse en una misma vista.

No obstante, en algunos sistemas, la práctica de las pruebas no se concentra: Italia se encuentra en los muchos ejemplos de esta situación. El hecho es que las pruebas se practican a lo largo de distintas vistas, con largas demoras (de meses, si no años) entre unas y otras: el proceso prosigue *a plazos*, de modo que cuando hay que interrogar a diez testigos pueden necesitarse tres o cuatro vistas y, quizá, un par de años. Sólo cuando el legislador pretende poner en práctica el principio de oralidad de un modo eficaz, sobre todo en aras de la velocidad, la norma es que todas las pruebas se presenten en una única vista concentrada: el ejemplo paradigmático, en el sistema italiano, lo ofrece el proceso laboral.

Cuando la práctica de la prueba no se concentra, las consecuencias no se limitan a una necesidad mayor de tiempo, con los óbices consiguientes para la eficiencia, sino que se provoca que el expediente escrito sea la única fuente disponible para quien deba juzgar los hechos.

Una decisión inmediata también constituye un factor importante de la oralidad: como ya se ha dicho, si la decisión sobre los hechos se toma meses o años después de la vista en la que se practicó la prueba, la auténtica fuente de la decisión será un acta escrita, y no una prueba oral. Por supuesto, ello implica una condición derivada, a saber: el juez de los hechos que toma la decisión final debe ser la misma persona que asistió a la vista en la que se interrogaron a los testigos. Resulta obvio, porque si no sucede de este modo, de nuevo, la fuente de la decisión final será un acta escrita.

Estas condiciones dan apoyo a la definición de lo que puede considerarse el *tipo ideal* de un proceso oral: una vista judicial en la que se concentran y ejecutan la mayor parte de las actividades procesales de forma oral, y que concluye con la decisión final. El modelo de esta vista es muy simple: *a)* puede empezar con una declaración de apertura en la que las letradas de las partes presentan y esclarecen su propia versión del pleito; *b)* sigue la práctica oral de las pruebas; *c)* las letradas llevan a cabo una discusión final de la causa, extraen sus conclusiones a partir de las pruebas, presentan sus alegaciones finales al tribunal y le solicitan una solución que consideren adecuada para la controversia. Tomando como base este paso, *d)* el tribunal pronuncia su sentencia final al término de la vista. En ocasiones este proceso puede incluir otros momentos, como puede ser el interrogatorio de las partes por la letrada contraria y los intentos del tribunal por promover un acuerdo, pero estos factores no modifican sustancialmente la estructura del modelo.

El modelo se sigue en muchos sistemas. Por descontado, en los países de Derecho consuetudinario, de acuerdo con una larga tradición basada en la presencia de un jurado: más que una elección teórica o política, el juicio oral y concentrado era una necesidad práctica de los procesos de esta familia jurídica. Hallamos una confirmación indirecta de este extremo en el hecho de que los juicios orales no se daban en los procesos de Equidad, que eran esencialmente escritos y no concentrados, primordialmente porque el jurado no existía. No obstante, en Inglaterra todo ha

cambiado en las últimas décadas y sobre todo con la reforma de 1999. Por un lado, el jurado civil ha desaparecido prácticamente desde hace décadas; por el otro, el nuevo Reglamento Procesal Civil introdujo reformas significativas en la fase previa al juicio, con la consecuencia de que éste suele ser muy simple: cuando sea necesario, el juez permitirá el interrogatorio contradictorio de un testigo si se cuestiona su credibilidad. Por lo tanto, la oralidad se reduce a los mínimos.

En los Estados Unidos, por el contrario, el pleito todavía sigue el modelo descrito: las letradas de las partes pronuncian sus alegatos de apertura, se interroga a los testigos, las letradas enuncian sus discursos de clausura y entonces el jurado (si es uno de los frecuentes juicios con jurado) da un veredicto.

El mismo modelo es válido también para algunos sistemas de Derecho civil, cuando el Derecho procesal se orienta a la puesta en práctica del principio de oralidad. Es, por ejemplo, el caso de España: el denominado *juicio* es una vista en la que se practican las pruebas y los litigantes desarrollan sus argumentos finales de cara a la decisión. Lo mismo ocurre en Alemania: la *audiencia principal* (*Haupttermin*) se corresponde perfectamente con el modelo: en primer lugar las partes presentan sus causas, entonces se practica la prueba oral y después las partes presentan los argumentos finales al tribunal. Incluso en algunos sistemas en los que la oralidad del proceso ordinario no suele asegurarse, el modelo se sigue en algunos procesos especiales: en Italia, por ejemplo, se utiliza para algunos procesos de especial importancia, como sucede con la jurisdicción social y mercantil.

Por otro lado, el modelo no se sigue en distintos sistemas que no adoptaron la estructura procesal tipo juicio. Además de varios países de América Latina, los ejemplos principales de esta tendencia distinta son los procesos ordinarios de Francia e Italia. En ambos países, el pleito no se concentra, y las pruebas se practican a lo largo de diversas vistas según cómo dirija la causa el tribunal. Cuando se han presentado todos los medios de prueba, la fase probatoria del proceso se cierra y el juicio sigue hasta su fin. En estos sistemas, el debate final de la causa puede regularse de distintos modos. En Francia, por ejemplo, existe una vista final especial que se dedica a la discusión oral de la causa (la denominada *débats*), en la que las letradas despliegan sus argumentos y conclusiones bajo la dirección del juez presidente (artículos 430 y 440 del código procesal civil francés). En Italia el juez programa una vista en la que las partes en último término pronuncian sus conclusiones. Tras esta vista, los litigantes presentan al tribunal un primer escrito final en el que se contienen todos sus argumentos en relación con los hechos controvertidos y los fundamentos jurídicos sobre los que cabe decidir; tras esto, cada parte puede presentar otro escrito con la contestación al de la otra parte. De este modo, la discusión final de la causa se realiza de forma escrita, y cada parte puede presentar dos escritos finales.

En vista de estos sistemas tan diferentes, y teniendo en cuenta principalmente la discusión final de la causa, pueden argüirse algunos comentarios en relación con la eficiencia. Por un lado, el modelo de vista tipo juicio que se ha descrito antes parece especialmente eficiente en términos de tiempo: la concentración de la práctica de las pruebas en una o diversas vistas continuadas no es meramente una condición necesaria para la puesta en práctica de la oralidad, sino también un medio para evitar retrasos y pérdidas de tiempo. En este modelo, la forma oral de la discusión final de la causa, de cara a una decisión inmediata, constituye una parte necesaria del sistema. Además, una discusión final en el contexto de una vista concentrada suele ser relativamente corta, y por ello también es eficiente en términos de tiempo. No obstante, esto no significa necesariamente que este sistema funcione bien en la práctica. De hecho, Peter Gilles, al

referirse a la situación alemana, afirma que la discusión oral suele evitarse, lo cual conlleva que la decisión se tome sobre la base de los escritos de alegaciones. Resulta eficiente en términos de tiempo, puesto que de este modo se ahorra el tiempo destinado a la discusión oral, pero podemos dudar que sea eficiente en términos de un tratamiento justo y adecuado de la causa. Esto resulta determinante para considerar no sólo los modelos abstractos que nos proporciona el Derecho, sino también, y especialmente, la puesta en práctica de dichos modelos.

VI. COMENTARIOS FINALES

A partir de la visión general y esquemática ofrecida en las páginas precedentes, podemos extraer algunos comentarios finales de carácter provisional. En primer lugar, debemos recalcar que en términos de eficiencia no se puede conceder una preferencia absoluta ni a la oralidad ni a la escritura. Por otro lado, cada uno de estos modos puede ser eficiente para unos propósitos y no para otros: la oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones adecuadas y verídicas sobre el fondo de la causa; la escritura puede ser eficiente también en términos de ahorro de tiempo y en especial para la preparación de causas complejas, pero no lo es cuando surge el problema de evaluar la fiabilidad de la prueba oral. En cualquier caso, parece inadecuado hablar del proceso civil en su conjunto en términos disyuntivos de formas orales o escritas: todos los sistemas actuales se apoyan en varias combinaciones de ambas, y a menudo dentro del mismo sistema hay tipos de procesos predominantemente orales o escritos.

Otra cuestión relevante es que la eficiencia de los mecanismos procesales orales o escritos debería considerarse en el contexto del tipo concreto de litigio que se sopesa. Si el valor primordial que pretende el legislador es la velocidad de la resolución de la controversia, y en consecuencia dispone un proceso concentrado, la oralidad es claramente la forma más eficiente: la concentración no permite el intercambio de escritos y apenas tolera el uso de pruebas escritas. En este caso, todo, desde la preparación del juicio a la práctica de la prueba y la discusión final, deberían ser orales. El *modelo ideal* que se describía anteriormente lo ilustra de forma clara. No obstante, todo cambia si no consideramos que la concentración sea una necesidad, puesto que se da prioridad a otros valores, que en consecuencia prevalecen sobre la velocidad de la solución del litigio. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el legislador tiene en cuenta razones políticas y da libertad a los litigantes para determinar el ritmo del proceso, puesto que los *valores contradictorios* se consideran más importantes que el interés *público* por la resolución rápida de las disputas: es el caso del proceso especial italiano en asuntos de Derecho societario, como también el de la proposición de pruebas en el sistema americano. En estas situaciones, la elección básica del legislador no es la eficiencia del sistema procesal sino la protección de la libertad de las partes para llevar a término su contienda sin normas restrictivas y sin que se asignen al juez facultades de dirección. Análogamente, no hay necesidad de oralidad, y el uso de escritos y documentos se convierte en la norma general.

Otra cuestión destacable es que la eficiencia de los mecanismos orales o escritos depende, por lo menos hasta cierto punto, del tipo de litigio. En muchos casos, se dispone una vista simplificada y concentrada tipo juicio para las demandas de escasa cuantía: la oralidad sirve a la simplificación y a la eficiencia entendida en términos de tiempo y dinero. La oralidad resulta asimismo eficiente para la preparación de causas sencillas, con independencia de la cuantía implicada, como sucede en la fase preliminar oral alemana. Sin embargo, en otras causas, el intercambio de escritos y la lectura de documentos puede resultar también eficiente teniendo en cuenta el factor tiempo. Por

otro lado, cuando los hechos y las bases jurídicas implicadas en una controversia son complejos, acudir a una preparación escrita suele ser la tendencia general. Los ejemplos son diversos, desde la práctica de pruebas americana a la vía múltiple inglesa, pasando por la fase preliminar escrita del Derecho alemán. La razón que subyace a esta tendencia resulta bastante clara: los escritos y los documentos parecen más eficientes si se pretende tratar con asuntos complejos de un modo completo, detallado y concienzudo; el que la preparación por escrito no sea eficiente en términos de tiempo y dinero puede no creerse especialmente relevante. Con todo, España proporciona un contraejemplo significativo, puesto que la oralidad se utiliza en todo tipo de controversias, tanto en la audiencia previa como en el juicio.

No obstante, desde esta perspectiva, el problema primordial parece ser el de adaptar el proceso a las necesidades de cada causa. La experiencia de sistemas más maduros, como pueden ser el inglés y el alemán, nos muestra que el juez debería decidir caso por caso, con lo que desempeñaría un importante papel de dirección, de modo que el litigio debería proseguir del modo más eficiente y adecuado. Quedaría a discreción del juez decidir, en función de las características de cada caso, si lo más adecuado es una vista preparatoria simple y oral, o si por el contrario se requiere una preparación por escrito; si los testigos deben interrogarse de forma oral o si los testimonios por escrito serían suficientes para demostrar los hechos; y si la discusión final de la causa previa a la decisión final merece un intercambio de escritos o puede realizarse con discursos orales. De modo análogo, lo más habitual debería ser la flexibilidad del litigio, bajo la cuidadosa supervisión y la dirección activa del juez.

INFORMES NACIONALES
NATIONAL REPORTS

PRIMERA PONENCIA

FIRST REPORT

ESPAÑA

LA FASE INTRODUCTIVA Y EL CONTRATO PROCESAL. INFORME NACIONAL

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valencia.

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene por objeto una descripción del modo en que el Derecho español regula la fase introductiva del proceso civil, esto es, las actuaciones a través de las cuales se aportan al proceso las alegaciones principales del actor y del demandado, y los medios de prueba de que intentan valerse. Se describirán también las instituciones que prevé el Derecho español para preparar el proceso civil, ya sea obteniendo datos necesarios para su iniciación, o solicitando actuaciones para la efectividad de la prueba que se pretende practicar en él. Finalmente, se apuntarán las distintas opciones de forma que ha combinado el legislador para configurar los procedimientos en los que se incardinarán todos esos actos procesales.

II. LA FORMULACIÓN DE LAS ALEGACIONES INICIALES DEL DEMANDANTE

1. El acto de la demanda. Requisitos de forma. Clases de demanda

En el Derecho español las alegaciones iniciales del demandante deben formularse en el acto de la demanda. Existen dos clases de demanda: la demanda sucinta, por la que principiará el juicio verbal (art. 437.1 LEC), y la demanda completa, que es la que debe interponerse en el juicio ordinario (art. 399 LEC). En ambos casos, la demanda reviste la forma escrita. En los juicios verbales en que se reclame una cantidad que no exceda de novecientos euros, la demanda podrá presentarse mediante unos impresos normalizados que se hallarán en el Tribunal correspondiente (art. 437.2 LEC).

2. Requisitos de contenido de la demanda

En la demanda deberán incluirse ciertas alegaciones relativas al cumplimiento de presupuestos y requisitos procesales. Pero el contenido esencial de toda demanda es la petición de determinada tutela judicial mediante sentencia, no siendo admisible ninguna demanda que se limite a solicitar la iniciación del proceso civil. Ahora bien, en función de la clase de demanda interpuesta, la carga de alegar los hechos fundadores de aquella petición, puede ser distinta. El acto de la demanda deberá pues contener:

a) La determinación del órgano jurisdiccional competente ante el que se presenta la demanda y las alegaciones que fundamentan esa competencia (art. 399.4 LEC), si bien lo relevante no es tanto la expresión del Tribunal en la demanda, sino la presentación de ésta ante el Tribunal competente.

b) Los datos y circunstancias de identificación del demandante, y el domicilio o residencia en que puede ser emplazado o citado (art. 399.1 LEC para el juicio ordinario y art. 437.1 LEC para el juicio verbal), con expresión de la concurrencia de los requisitos subjetivos necesarios para poder actuar en el proceso (capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y postulación,

indicando respecto a este último la identificación del abogado y procurador cuando intervengan - art. 399 apartados 2 y 4 LEC-).

c) La identificación del demandado, con expresión de los datos personales del mismo que se conozcan, y la indicación del domicilio o domicilios en que debe ser emplazado o citado (art. 399.1 LEC para el juicio ordinario y art. 437.1 LEC para el juicio verbal).

d) Las alegaciones relativas a la cuantía del objeto del proceso (art. 253 LEC) y a la determinación del procedimiento adecuado (arts. 254, 399.4 LEC).

e) Además y, fundamentalmente, la demanda debe contener la formulación de la pretensión procesal (“lo que se pida”, dice el art. 399.1 LEC para el juicio ordinario y el art. 437.1 LEC para el juicio verbal).

Partiendo de esos requisitos generales, la especialidad de la demanda completa consiste en que en ella debe formularse no sólo la pretensión procesal, con los hechos identificadores de la misma, sino también todos los hechos y fundamentos de derecho necesarios para la estimación de esa pretensión (art. 399.1 LEC). Por su parte, la particularidad de la demanda sucinta consiste en que la misma debe contener la formulación de lo que se pida (art. 437.1 LEC), es decir, la formulación de la pretensión procesal con los hechos identificadores de la *causa petendi*. Todos los demás hechos necesarios para la estimación de esa pretensión no existe la carga de alegarlos en la demanda sucinta, y podrán alegarse en el acto de la vista del juicio verbal (art. 443.1 LEC)³⁶¹.

3. Carga de acompañar a la demanda determinados documentos

En el Derecho español, el actor tiene la carga de acompañar a la demanda dos clases de documentos: unos de naturaleza procesal, dirigidos a acreditar la concurrencia de presupuestos procesales, y otros de naturaleza material, dirigidos a demostrar los hechos relevantes en los que fundamenta su pretensión.

En el primer grupo se incluyen los documentos que acreditan la representación con la que el litigante actúa (legal o voluntaria), la representación procesal del Procurador cuando intervenga y dicha representación no se otorgue ante el Secretario del Tribunal (apud acta), y los que acrediten el valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y de procedimiento (art. 264 LEC).

En el segundo grupo se incluyen los documentos en que la parte fundamenta su derecho y otros instrumentos que pretendan hacerse valer en el proceso como medios de prueba: medios de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido, certificaciones registrales, informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados y dictámenes periciales (art. 265 LEC).

³⁶¹ Entendemos que en la demanda sucinta deben alegarse como mínimo los hechos identificadores de la pretensión porque si el demandante no compareciera al acto de la vista y el demandado alegara que tiene interés legítimo en la continuación del proceso con sentencia sobre el fondo (art. 442.1 LEC), el proceso podrá continuar, y ello sólo será posible si la pretensión está identificada. Con todo, la circunstancia de que el juicio verbal pueda comenzar con demanda sucinta no impide que el actor pueda presentar también en este procedimiento la demanda completa (art. 443.1 LEC).

Con esta segunda carga, el Derecho español optó por exigir que todos aquellos medios de prueba que consten físicamente en un documento u otro instrumento, y que obren ya en poder de la parte (art. 265.2 LEC), deban ser aportados al proceso con la demanda o con la contestación. De este modo, cada parte conocerá desde un primer momento, los medios de prueba con los que cuenta su adversario, y podrá valorar la conveniencia de seguir litigando o, según los casos, renunciar, allanarse, transigir o desistir. Con todo, esta regla general de aportación de documentos con las alegaciones iniciales, presenta ciertas excepciones, a cuyo amparo podrán aportarse documentos y otros instrumentos en momentos posteriores a la demanda y a la contestación, cuando concurren los presupuestos legales (arts. 265.2, 265.3, 270, 271.2 LEC)³⁶².

4. Modos de presentación de la demanda

El escrito que contiene el acto de la demanda y los documentos que deben acompañarla habrán de presentarse física o materialmente en el servicio común procesal creado al efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial (art. 135.1 LEC), no admitiéndose la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia (art. 135.2 LEC). El funcionario designado para ello dejará constancia en los escritos iniciadores del procedimiento de la oficina judicial ante la que se presentan y del día y hora de la presentación (art. 135.3 LEC), entregando a la parte un justificante de dicha presentación, o dejando constancia de la misma en la copia simple presentada por la parte (art. 135.4 LEC).

De otro lado, la ley 41/2007, de 7 de diciembre, reformó algunos preceptos de la LEC para contemplar la posibilidad de que la demanda y los documentos que deben acompañarla puedan presentarse electrónicamente, acreditándose dicha remisión con el justificante o recibo que genere el propio sistema electrónico (arts. 135.5, 162.2, 267, 268.1 LEC). Se trata, no obstante, de una posibilidad que sólo resultará operativa en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de los medios materiales necesarios para la remisión y recepción electrónica de documentos, y que dependerá pues, de la efectiva implantación de tales medios³⁶³.

III. LA FORMULACIÓN DE LAS ALEGACIONES INICIALES DEL DEMANDADO

1. La contestación a la demanda: requisitos de forma y tiempo

Aunque cabe que el demandado efectúe alegaciones para su defensa con carácter previo a la contestación (así: al plantear la declinatoria; en el procedimiento de medidas cautelares previas a la demanda; en la práctica de diligencias preliminares; en las actuaciones para el aseguramiento y práctica anticipada de medios de prueba), por regla general, las alegaciones iniciales del demandado deben efectuarse en el acto de la contestación a la demanda. En el

³⁶² Cabe apuntar que la LEC, en los arts. 328 a 334, regula el deber de exhibición de documentos, en cuya virtud, cuando una de las partes no pueda aportar un documento por estar en poder de las demás o de terceros, podrá solicitar la exhibición del mismo en el proceso. Se afirma que esta solicitud de exhibición deberá efectuarse en la demanda (art. 265.2 LEC) o en la audiencia previa si la relevancia del documento se pusiera de manifiesto a consecuencia de las alegaciones del demandado en ese acto (art. 265.3 LEC).

³⁶³ El sistema Lexnet para presentación de escritos y envío de notificaciones judiciales por medios telemáticos en el ámbito de la Administración de Justicia está regulado por el RD 84/2007, de 26 enero.

juicio ordinario, la contestación a la demanda reviste la forma escrita (art. 405 LEC), y deberá presentarse en el plazo de veinte días desde el traslado de la demanda al demandado (art. 404.1 LEC). En el juicio verbal, la contestación a la demanda se efectúa oralmente en el acto de la vista (art. 443.2 LEC).

2. Requisitos de contenido de la contestación a la demanda

Para exponer los requisitos de contenido de la contestación a la demanda, conviene diferenciar entre el acto de la contestación en el juicio ordinario (art. 405 LEC) y ese mismo acto en el juicio verbal (art. 443.2 LEC).

A) Contestación a la demanda en el juicio ordinario

En la contestación a la demanda del juicio ordinario el demandado deberá incluir ciertas alegaciones relativas al cumplimiento de presupuestos procesales. Y así, deberá expresar el órgano jurisdiccional al que se dirige ese acto - aunque lo relevante es la presentación del escrito ante él-, y las alegaciones que fundamenten esa competencia; los datos y circunstancias de identificación del demandado, y las alegaciones relativas a la concurrencia de los requisitos necesarios para poder actuar en el proceso válidamente (capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y postulación - art. 405 que remite al art. 399 LEC-).

Además de lo anterior, el contenido esencial de la contestación a la demanda está integrado, y salvo la posibilidad de allanamiento a la que luego me refiero, por la formulación de la defensa del demandado. Ésta puede presentar dos modalidades: una defensa procesal, consistente en alegar excepciones procesales y demás alegaciones que impidan la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (art. 405.3 LEC), y una defensa material dirigida a obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión (art. 405.1 LEC).

La defensa procesal consiste en alegar la falta de presupuestos procesales, la concurrencia de impedimentos procesales, o la existencia de defectos en el acto de la demanda. No obstante, entre las defensas procesales no podrá incluirse la excepción relativa a la falta de jurisdicción y de competencia en todas sus modalidades, o la atribución del asunto a arbitraje, pues estas cuestiones deberán impugnarse por medio de declinatoria, con carácter previo a la contestación (arts. 63, 416.2 LEC).

Por su parte, la defensa material puede consistir en oponerse a la demanda, en el sentido de negar los hechos alegados por el actor, o en formular objeciones a la demanda, esto es, alegar unos hechos distintos de los alegados por el actor y dirigidos a la desestimación de la pretensión (excepciones materiales - art. 405.1 LEC-).

La oposición a la demanda deriva de la carga del demandado de manifestarse en la contestación sobre los hechos alegados por el actor (art. 405.2 LEC). El demandado podrá admitirlos - la prueba de los mismos será inadmisibles (art. 281.3 LEC)-, podrá negarlos - se convertirán en hechos controvertidos necesitados de prueba para que puedan fundamentar la sentencia (art. 428.1 LEC)-, o podrá optar por el silencio o las respuestas evasivas, en cuyo caso el Tribunal podrá entender que se produce una admisión tácita de los hechos que son perjudiciales al demandado (art. 405.2 LEC).

Además, en la contestación, el demandado “expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente” (art. 405.1 LEC).

En la contestación, el demandado puede también formular una nueva pretensión procesal que se dirigirá frente al demandante inicial - y eventualmente frente a otros sujetos- para que se tramite acumuladamente en el procedimiento iniciado por el demandante inicial, y ello lo hará por medio de la reconvención (art. 406 LEC).

En fin, en la contestación a la demanda - también en momentos posteriores-, el demandado puede manifestar su conformidad con la pretensión procesal planteada por el demandante, reconociendo que debe ser estimada, y produciendo como efecto, si se cumplen los requisitos y presupuestos procesales, la finalización del proceso mediante sentencia estimatoria de la pretensión (allanamiento - arts. 21 y 405.1 LEC-).

La contestación a la demanda es el momento preclusivo para la formulación de las alegaciones del demandado. Con posterioridad a ese momento, no podrá formular nuevas alegaciones salvo que puedan ampararse en alguna excepción a la preclusión (art. 412 LEC). Ello conduce a que en la contestación, el demandado deba formular las defensas materiales en acumulación eventual a las defensas procesales.

B) Contestación a la demanda en el juicio verbal

En el juicio verbal, la contestación a la demanda debe efectuarse en el acto de la vista. A tal efecto, el demandado tendrá una primera intervención en la que podrá formular las defensas procesales que estime oportunas (art. 443.2 I LEC), excepto la relativa a la falta de jurisdicción o de competencia que habrá de alegar por medio de declinatoria (art. 443.2 II LEC), y sólo si las defensas procesales se desestiman (art. 443.4 LEC), se le concederá una segunda oportunidad de intervenir para formular las defensas materiales. No obstante, si el demandado pretende formular reconvención en el juicio verbal, ésta sólo se admitirá si ha sido notificada al actor al menos cinco días antes de la vista (art. 438.1 II LEC), y siempre que tal reconvención sea admisible atendiendo al objeto del juicio verbal (art. 438.1 I LEC).

3. Carga de acompañar a la contestación determinados documentos

El demandado tiene la carga de presentar junto con la contestación tanto los documentos procesales (art. 264 LEC) como los documentos y demás medios relativos al fondo del asunto (art. 265 LEC). Ahora bien, el modo de aportarlos será distinto en función de la forma de la contestación. En el juicio ordinario, el demandado deberá aportar los documentos procesales y los relativos al fondo del asunto con el escrito de contestación (arts. 264 y 265.1 LEC). En cambio, en el juicio verbal, el demandado deberá aportar los documentos procesales cuando comparezca al acto de la vista (art. 264 LEC), mientras que los relativos al fondo del asunto deberá presentarlos cuando se le dé la oportunidad de contestar sobre el fondo, una vez desestimadas, en su caso, las defensas procesales (arts. 265.4, 443.4 LEC).

IV. ACTUACIONES JUDICIALES AL COMIENZO DEL PROCESO

Según el art. 410 LEC “La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”. Partiendo de ello, existen algunas actuaciones judiciales que pueden ser previas a la iniciación del proceso civil, otras que pueden realizarse por el Tribunal inmediatamente después de la interposición y, en su caso, admisión de la demanda, y otras que sólo tendrán lugar después de la admisión de la demanda pero en determinados procesos.

1. Actuaciones previas a la interposición de la demanda

a) Previamente a la iniciación del proceso, el que pretenda incoarlo, puede solicitar la práctica anticipada de algún medio de prueba (art. 293.1 LEC), o la adopción por el Tribunal de medidas de aseguramiento de la prueba (art. 297.1 LEC). En ambos casos, dichas actuaciones deberán practicarse en un momento anterior al de la práctica de la prueba según la regla general, esto es, antes del acto del juicio si el procedimiento que se sigue es el juicio ordinario, o antes del acto de la vista, si se sigue el del juicio verbal (art. 294.2 LEC). Estas solicitudes podrán presentarse también por cualquiera de las partes durante el curso del proceso (arts. 293.1 y 297.1 LEC).

b) Si el demandante ha solicitado la práctica de alguna diligencia preliminar (art. 256 LEC), las actuaciones del Tribunal para resolver sobre la procedencia de dicha diligencia (art. 258 LEC), sobre la oposición del requerido para la práctica de la misma (art. 260 LEC), o sobre la ejecución de la propia diligencia preliminar (art. 261 LEC), serán en todo caso, previas a la iniciación del proceso que se pretende preparar con esa diligencia.

c) También son actuaciones previas al proceso las solicitudes de medidas cautelares presentadas antes de la demanda cuando concurren razones de urgencia o necesidad (art. 730.2 LEC).

d) Es posible que antes de la iniciación del proceso, el futuro demandante intente la celebración de una conciliación con la parte contraria y en presencia del juez, con el objeto de solucionar la controversia y evitar el proceso. En el proceso civil español la conciliación judicial preprocesal tiene hoy carácter voluntario, y por tanto el futuro demandante no está obligado a intentar la conciliación antes de presentar la demanda (arts. 460 a 480 LEC 1881).

2. Actuaciones relacionadas con el control de admisión de la demanda

En supuestos de suspensión del trámite de la demanda, cuando ésta adolece de algún requisito subsanable o cuando a la misma no se acompañan los documentos procesales exigidos por la ley (art. 264 LEC), el Tribunal concederá plazo a la parte para que subsane los defectos, y sólo si se produce la subsanación, se procederá a la admisión de la demanda³⁶⁴.

³⁶⁴ Son supuestos de suspensión del trámite de la demanda: art. 31.1 LEC, por la falta de firma del abogado; art. 68.2 LEC cuando falta la diligencia de reparto de asuntos; art. 73.4 LEC en supuestos de indebida acumulación de acciones; art. 254.4 LEC cuando el procedimiento indicado en la demanda no es el adecuado por razón de la cuantía y no existen en la demanda elementos suficientes para calcularla correctamente; art. 275 LEC ante la falta de presentación de copias de los escritos y documentos; art. 35.7.2 de la Ley 53/2002, cuando no se acompañe a la demanda el justificante de pago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional

3. Actos excepcionales posteriores a la admisión de la demanda en cualquier procedimiento: la resolución de la declinatoria

La alegación consistente en denunciar la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal en todas sus modalidades, así como la atribución del asunto a arbitraje, no puede efectuarse por el demandado en la contestación a la demanda, sino mediante un acto previo a la contestación como es la declinatoria. El escrito de la declinatoria deberá presentarse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en el juicio ordinario, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista en el juicio verbal, produciendo el efecto de suspender el curso del procedimiento principal hasta que sea resuelta la declinatoria (art. 64.1 LEC).

4. Actos posteriores a la admisión de la demanda que se producen en determinados procesos según materias litigiosas

En el juicio verbal, el art. 441 LEC contempla una serie de actuaciones judiciales que son previas a la celebración de la vista, pero que se practicarán sólo en aquellos procesos que se prevén en ese artículo³⁶⁵.

V. LA PRIMERA AUDIENCIA ORAL ANTE EL TRIBUNAL

Se ha advertido que la preclusión de las alegaciones iniciales que se produce con la demanda y con la contestación (art. 412.1 LEC) presenta ciertas excepciones que permiten formular alegaciones - y aportar medios de prueba relativos a las mismas- en momentos posteriores a esos actos de alegación (arts. 412.2, 269.1 LEC). Sea por el tratamiento de estas excepciones a la preclusión, sea por el cumplimiento de otras finalidades relativas a la fijación del objeto del proceso, describiremos el modo en que se desarrolla en el proceso civil español la primera audiencia oral ante el Tribunal, distinguiendo para ello entre los dos procedimientos ordinarios que contempla la LEC.

1. La audiencia previa en el juicio ordinario

En el juicio ordinario, la primera audiencia oral ante el Tribunal está constituida por la audiencia previa al juicio. Esta audiencia se celebrará una vez concluida la fase de las alegaciones iniciales, es decir, interpuesta por completo la pretensión procesal, contestada la demanda, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos para ello (art. 414.1 LEC).

Para la celebración de esta audiencia, las partes deberán comparecer a la misma personalmente o representadas por procurador - que deberá contar con poder especial- y asistidas de abogado (art. 414.2 LEC). En el supuesto de que el demandado haya sido declarado en rebeldía (art. 496 LEC), el proceso deberá continuar, pero al demandado rebelde no se le convocará al acto de la audiencia

³⁶⁵ En concreto son: procesos para recobrar la posesión de bienes adquiridos por herencia (art. 250.1.3º LEC); procesos sumarios para decretar la suspensión de una obra nueva (art. 250.1.5º LEC); procesos para la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 250.1.7º LEC); procesos sumarios en caso de incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de contratos inscritos en el Registro de Venta a plazos de bienes muebles (art. 250.1.10º LEC); procesos en que se ejerciten acciones basadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio (art. 250.1.11º LEC).

previa (art. 497.1 LEC). No obstante, la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo expresa disposición legal en contrario (art. 496.2 LEC).

Por lo que respecta al contenido de este acto, la audiencia previa no tiene como finalidad la práctica de la prueba - que se efectuará, en su caso, en el acto del juicio-, sino que cumple una función preparatoria del posterior y eventual acto del juicio.

En efecto, la audiencia previa cumple una primera finalidad de evitación del acto del juicio por cuanto en ella las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin al litigio, o pueden presentar al Tribunal el acuerdo al que ya hubieran llegado (art. 415.1 LEC). Descartado el acuerdo de las partes, la audiencia proseguirá para cumplir la finalidad de preparar el acto del juicio. Esta función comprende diversas actuaciones:

a) De un lado, la eliminación de los obstáculos procesales (art. 416 LEC), esto es, la resolución de las cuestiones procesales que haya podido plantear el demandado en la contestación, el demandante en la audiencia previa, o las planteadas de oficio por el Tribunal (art. 416 LEC).

b) De otro lado, en la audiencia previa, las partes pueden, excepcionalmente, formular alegaciones y aportar medios de prueba que no pudieron aportar con los actos iniciales de alegación. La ley admite, en este sentido, alegaciones complementarias en relación con las expuestas por la parte contraria, alegaciones aclaratorias de las ya efectuadas, o la formulación de alguna petición accesoria o complementaria. También podrán las partes alegar hechos relevantes para fundamentar sus pretensiones que hayan acaecido después de la demanda y de la contestación, o que siendo anteriores a esos momentos, fueran desconocidos por la parte. Finalmente, podrán también aportarse en la audiencia previa documentos y dictámenes cuya presentación en este momento se justifique en atención a las alegaciones complementarias, aclaratorias y ampliatorias (art. 426 LEC)³⁶⁶.

c) En la audiencia previa, cada parte se pronunciará sobre los documentos, dictámenes e informes aportados por la parte contraria, manifestando si los admite

³⁶⁶ Hay que apuntar que si tras la audiencia previa del juicio ordinario, ocurriese o se conociese por las partes algún hecho relevante para la decisión del pleito, podrá ser alegado en el acto del juicio, antes de que comience la práctica de la prueba (art. 433.1.II LEC). Si la parte contraria no admitiera ese hecho, la prueba del mismo podrá proponerse en ese momento del juicio, si pudiera procederse a su práctica inmediata (art. 286.3 LEC). En otro caso, la prueba se practicará como diligencias finales (art. 435.1.3º LEC). De otro lado, si el hecho nuevo o desconocido hubiera ocurrido o se hubiera conocido una vez iniciada la práctica de la prueba en el acto del juicio, pero antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, podrá alegarse mediante el escrito de ampliación de hechos (art. 286.1 LEC), del que se dará traslado a la parte contraria para que se manifieste sobre el hecho. Si lo negara, la prueba sobre el mismo, podrá practicarse como diligencias finales (art. 435.1.3º LEC). En fin, si se tuviera conocimiento de una sentencia o resolución administrativa decisiva para la resolución del proceso en fecha no anterior al momento de las conclusiones, podrá presentarse incluso dentro del plazo para dictar sentencia (art. 271 LEC).

o impugna o reconoce, o si propone prueba acerca de su autenticidad (art. 427 LEC).

d) La audiencia continuará para que las partes procedan a fijar los términos de la controversia, es decir, a concretar los hechos admitidos y los controvertidos (art. 428 LEC). A la vista del objeto de la controversia, el Tribunal podrá exhortar de nuevo a las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio (art. 428.2 LEC).

e) Existiendo hechos controvertidos, se procederá a la proposición y admisión de los medios de prueba (art. 429.1 I LEC). Propuesta la prueba por las partes, el Tribunal podrá advertirles de la insuficiencia de los medios de prueba propuestos en relación con ciertos hechos, dándoles la oportunidad de complementar la proposición de prueba (art. 429.1 III LEC).

f) Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, el Tribunal procederá a señalar la fecha del juicio, salvo que éste no sea necesario por estar todos los hechos admitidos y quedar reducida la discrepancia a las cuestiones jurídicas (art. 428.3 LEC), o por ser la única prueba admitida de carácter documental (art. 429.8 LEC), supuestos ambos en los que el Tribunal podrá dictar sentencia tras finalizar la audiencia previa.

2. El acto de la vista en el juicio verbal

En el juicio verbal, la primera audiencia oral ante el Tribunal está constituida por el acto de la vista. Presentada por el actor la demanda, el Tribunal, previo examen de su jurisdicción y competencia, dictará auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado, y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora (art. 440.1 LEC). La vista del juicio verbal es un acto complejo en el que de manera concentrada se practican distintas actuaciones:

a) En primer lugar, se dará la oportunidad a las partes para que, en el caso del actor, complemente la demanda sucinta o ratifique la demanda completa (art. 443.1 LEC), y, en el caso del demandado, conteste a la demanda oponiendo, en primer lugar, las defensas procesales (art. 443.2 LEC).

b) En segundo lugar, y previa contradicción de las partes, el Tribunal deberá resolver las cuestiones procesales que se hayan podido plantear, excepto la relativa a la falta de jurisdicción y de competencia que hubo de resolverse previamente (art. 443.3 LEC).

c) Descartadas las cuestiones procesales, la vista continuará para que las partes procedan a fijar los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones.

d) Existiendo hechos controvertidos, se procederá a la proposición y admisión de los medios de prueba, pudiendo el Tribunal advertir de la insuficiencia de la prueba propuesta y dando la oportunidad de complementarla. Admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se procederá a su práctica en el mismo acto de la vista (art. 443.4 LEC).

e) Concluida la práctica de la prueba, o tras las alegaciones de las partes cuando ésta no fuera necesaria (por estar todos los hechos admitidos o por ser la única prueba admitida de carácter documental), se dará por concluida la vista, y el Tribunal dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes (art. 447.1 LEC).

3. Las posibilidades de que el proceso civil finalice sin audiencia oral ante el Tribunal

En el Derecho español, las partes no pueden acordar la forma y la ordenación de los actos que componen el procedimiento, sino que éste está regulado por la ley, y a tal regulación deben ajustarse tanto las partes cuanto el Tribunal (art. 1 LEC). Además, los dos procedimientos ordinarios creados por la LEC prevén la celebración de - al menos- una audiencia oral ante el Tribunal. Es cierto que en algunos supuestos que apuntaré, el proceso puede finalizar sin audiencia oral ante el Tribunal, o sin que se desarrollen por completo las actuaciones orales previstas por la ley. Pero ello no será debido a un acuerdo de las partes para modificar el curso del procedimiento, sino a actos, hechos o circunstancias que determinarán una terminación anormal del proceso.

A) Terminación del proceso por actos dispositivos del objeto del proceso

En primer lugar, el proceso puede finalizar sin audiencia oral, en virtud de los actos de disposición de las partes sobre el objeto del proceso (allanamiento, renuncia, transacción, desistimiento).

B) Terminación del juicio ordinario sin celebración del acto del juicio

En segundo lugar, en el juicio ordinario, pueden plantearse dos supuestos en los que no será necesaria la celebración del acto del juicio para la práctica de prueba.

Uno de ellos es una manifestación del principio de aportación de parte. Y así, cuando en la audiencia previa las partes no lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio, pero estén conformes con todos los hechos, quedando reducida la discrepancia a las cuestiones jurídicas, no será necesaria la celebración de juicio para la práctica de prueba (art. 281.3 LEC), pudiendo el Tribunal dictar sentencia tras la audiencia previa (art. 428.3 LEC). En todo caso, será necesaria la convocatoria de la audiencia previa.

De otro lado, cuando todos los medios de prueba propuestos por cada parte consistan en documentos y otros instrumentos aportados al proceso con la demanda o la contestación (art. 265 LEC), el Tribunal deberá convocar a las partes a la audiencia previa para cumplir las finalidades que a la misma atribuye la ley, pero después de esa audiencia oral, no será necesaria la celebración de juicio para la práctica de prueba, pudiendo pasar el Tribunal a dictar sentencia (art. 429.8 LEC).

C) Terminación del juicio verbal sin necesidad de que continúe el acto de la vista para la práctica de medios de prueba

En el juicio verbal, admitida la demanda con los documentos que a ella debe acompañar el demandante, el Tribunal deberá convocar a ambas partes al acto de la vista (art. 440.1 LEC) para que en ella se practiquen las actuaciones previstas por la ley: formulación o complementación de las alegaciones iniciales de las partes, resolución de cuestiones procesales, y fijación del objeto de la controversia. Pues bien, si existiendo hechos controvertidos, la única prueba admitida es la de documentos y éstos no han sido impugnados, no será necesario continuar el acto de la vista para practicar otros medios de prueba (art. 429.8 LEC); y, de otro lado, si todos los hechos son admitidos por las partes, y la controversia se centra en cuestiones jurídicas, no será necesario continuar el acto

de la vista para la práctica de prueba, pudiendo el Tribunal dictar sentencia de inmediato (art. 428.3 LEC).

Adviértase que, en ambos casos, aunque no sea necesaria la continuación de la vista para la práctica de prueba (art. 447.1 LEC), sí es necesaria la iniciación de la misma para dar la posibilidad al demandado de contestar a la demanda, y, en su caso, debatir las defensas procesales. Téngase en cuenta, con carácter general, que en el juicio verbal, el acto de la vista debe ser convocado en todo caso, pues la citación para la misma constituye el acto del llamamiento del demandado al proceso, presupuesto básico para posibilitar la defensa del demandado y su actuación en el proceso.

D) La inexistencia de audiencia oral en los procesos monitorios

En los procesos especiales de estructura monitoria (proceso monitorio y proceso monitorio cambiario), tras la admisión por el Tribunal del acto por el que se solicita determinada tutela judicial (petición en el proceso monitorio - art. 814 LEC- y demanda sucinta en el cambiario -art. 821 LEC-) se requerirá al deudor para que, en determinado plazo, pague al peticionario o formule escrito de oposición en el que alegue las razones por las que no debe la cantidad reclamada (art. 815.1 LEC para el monitorio y art. 824 LEC para el cambiario). Pues bien, en la hipótesis de que el deudor no pague ni formule oposición, el Tribunal dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada (art. 816.1 LEC para el monitorio y art. 825 LEC para el cambiario), encontrándonos ante unos procesos especiales de declaración que se tramitarán totalmente por escrito y que finalizarán sin audiencia oral ante el Tribunal.

VI. LA PREPARACIÓN DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

En el proceso civil español no existe una “formal” fase preparatoria del proceso civil, anterior a la formulación de la pretensión procesal, que se celebraría entre las partes - asistidas por sus abogados-, y con la eventual intervención del Tribunal para auxiliar en ciertos casos a las partes.

La regulación más próxima en lo que a preparación del proceso civil se refiere - entendiéndose por tal la obtención de datos y fuentes de prueba necesarios para la iniciación y prosecución del proceso, y que pueden estar en poder de la parte contraria-, está integrada por las diligencias preliminares que contemplan los arts. 256 a 263 LEC. Estas actuaciones son previas al proceso civil, y están destinadas a contar con la colaboración del Tribunal para que, con su fuerza conminatoria, la parte que pretende iniciar el proceso civil pueda conocer ciertos datos que no puede obtener por sí misma. La regulación de estas diligencias en el Derecho español se caracteriza por ser un sistema cerrado, en el sentido de que sólo pueden solicitarse las diligencias que contempla la LEC (art. 256 LEC) - y otras leyes especiales- y con las limitaciones impuestas por esas normas. No obstante, existen algunos supuestos de diligencias preliminares que se regulan con mayor indeterminación, y que permiten al solicitante obtener cierta información del futuro y eventual demandado, o de otras personas que pudieran tener relación con los hechos en que se fundamentará la pretensión.

Esto ocurre con:

a) La diligencia que prevé el art. 256.1.6º LEC para preparar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, con el

objetivo de concretar a los integrantes del grupo de afectados, diligencia en la que el Tribunal podrá adoptar las “medidas oportunas”.

b) La diligencia prevista por el art. 256.1.7º LEC para preparar un proceso civil por infracciones a derechos de propiedad intelectual o industrial cometidas a escala comercial, y que consiste en un interrogatorio al posible autor de la infracción - o a otras personas que hayan podido participar en la cadena de producción y distribución de mercancías ilícitas-, sobre los nombres y direcciones de las personas que participan en esas actividades ilícitas y sobre las cantidades obtenidas por tales actividades, pudiendo extenderse esta diligencia al requerimiento de exhibición de documentos relativos a los datos sobre los que versa el interrogatorio.

c) La diligencia que contempla el art. 257.1.8º LEC para preparar la misma clase de procesos del apartado anterior, y que consiste en un requerimiento de exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable.

También en este contexto de preparación del proceso civil - entendida ahora tal preparación como la realización de actuaciones necesarias para que sea posible o útil la actividad probatoria en el posterior proceso civil-, cabe situar las solicitudes de práctica anticipada de medios de prueba (art. 293.1 LEC), y las solicitudes de aseguramiento de fuentes de prueba (art. 297.1 LEC).

En el primer caso, se trata de solicitar la práctica de un medio de prueba en un momento anterior a aquél que sería el momento ordinario, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no podrán realizarse en el momento procesal generalmente previsto (arts. 293 a 296 LEC).

En el segundo caso, la parte solicita del Tribunal que adopte las disposiciones o medidas necesarias para evitar que, conductas humanas o acontecimientos naturales, puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, de manera que resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla (arts. 297 y 298 LEC).

Las solicitudes de práctica anticipada y de aseguramiento de prueba pueden ser presentadas por el futuro demandante antes de la iniciación del proceso civil, o bien por cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso. No obstante, si se ha practicado prueba anticipadamente antes del inicio del proceso y el solicitante de la misma no iniciara el proceso en el plazo de dos meses, los resultados de esa prueba anticipada dejarán de tener valor probatorio (art. 295.3 LEC); asimismo, quedarán sin efecto las disposiciones acordadas por el Tribunal para el aseguramiento de fuentes de prueba (art. 297.1 LEC) si el proceso para el cual se acordaron tales disposiciones no se iniciara en el plazo de veinte días desde que se acordaron.

Debe finalmente apuntarse que la preparación del proceso civil - entendida aquí como actividad de las partes destinada a fijar los hechos controvertidos y los admitidos, o a concretar los medios de prueba de que intentan valerse-, no tiene lugar en el Derecho español en una fase previa o anterior al proceso, sino una vez iniciado éste, y ya sea en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 428.1 y 429.1 LEC) o en el acto de la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC). Ello con la matización, ya conocida, de que el Derecho español establece - como regla

general- el criterio del desvelamiento inicial de los medios de prueba, al exigir que los documentos y otros instrumentos que pretendan hacerse valer en el proceso como prueba, sean aportados al proceso con la demanda o con la contestación (art. 265 LEC).

VII. LA DIVERSIDAD PROCEDIMENTAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

1. La diversidad de procedimientos y los criterios de determinación del procedimiento adecuado

En el Derecho español actual existe una diversidad de procedimientos para la tramitación del proceso civil de declaración. Se distingue así entre procesos declarativos ordinarios - previstos para tramitar cualquier pretensión procesal que no tenga prevista por la ley una tramitación especial- y procesos especiales - regulaciones de actos procesales y de su interrelación con una ordenación distinta a la de los procesos ordinarios, y que se prevén por la LEC para tramitar ciertas clases de pretensiones procesales civiles (procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores; procesos para la división judicial de patrimonios; procesos monitorio y cambiario)-.

Pertencen a la clase de procesos declarativos ordinarios, el juicio ordinario y el juicio verbal. La determinación de cuál de ellos es el adecuado para tramitar una cierta pretensión procesal se efectúa por la ley atendiendo a criterios cualitativos - que tienen carácter preferente (art. 248.3 LEC) y que se centran en aspectos del objeto del proceso-, y a criterios cuantitativos que atienden a la cuantía de la pretensión procesal calculada según las normas que establece la propia ley (arts. 251 y 252 LEC).

2. El carácter legal e indisponible del procedimiento en el Derecho español

En el proceso civil español, tanto la forma -oral o escrita- de los actos procesales cuanto la ordenación de los mismos en el procedimiento son aspectos regulados por la ley, y no pueden ser modificados por acuerdo de las partes (art. 1 LEC). La posibilidad de que las partes configuren el procedimiento está prevista en el Derecho español para el procedimiento arbitral (art. 25 Ley 60/2003 de arbitraje) siempre que se respeten unas garantías fundamentales (art. 24 Ley de arbitraje). Y, de otro lado, se admite el acuerdo de las partes para actuaciones puntuales del proceso de declaración (p. ej. designación de perito - art. 339.4 LEC-) y del proceso de ejecución (acuerdos sobre el modo en que se procederá a la realización forzosa de los bienes embargados - arts. 636.1, 640, 641 LEC-). Pero, en general, no es admisible un acuerdo de las partes que tenga como objeto la forma de los actos procesales y el desarrollo del procedimiento. Es cierto que las partes pueden provocar una terminación anormal del proceso en virtud del poder de disposición que tienen sobre el objeto del proceso (art. 19.1 LEC); y se ha visto también cómo el proceso puede finalizar sin necesidad de que se desarrollen por completo las actuaciones orales previstas por la ley. Pero, en todo caso, se tratará de supuestos a incardinar en una ordenación procedimental establecida por la ley.

3. La forma oral o escrita de los actos procesales

El proceso civil español que reguló la LEC de 2000 optó por exigir la escritura en aquellos actos procesales que requieren seguridad y fijeza, y que son relevantes para la constitución del proceso (alegaciones iniciales), estableciendo la

oralidad en aquellos otros que precisan la percepción directa del juez con las partes y con los medios de prueba (audiencia previa, acto del juicio, vista). En concreto:

a) En el juicio ordinario, se exige la escritura para los actos de proposición del objeto del proceso y de formulación de las alegaciones básicas de las partes (demanda - art. 399 LEC- y contestación -art. 405 LEC-); y para evitar dilaciones indebidas en el proceso, las aclaraciones y modificaciones que la ley permite realizar a las partes deberán efectuarse oralmente en la audiencia previa (art. 426 LEC), eliminándose con ello la dispersión temporal que supone el establecimiento de nuevos plazos procesales para la presentación de otros escritos (p. ej. réplica). Fijadas por escrito las alegaciones iniciales, la ley establece la oralidad para la audiencia previa al juicio (art. 414 LEC) y para el acto del juicio (art. 431 LEC) - en el que se procederá a la práctica de la prueba y a la formulación oral de las conclusiones-.

b) En el juicio verbal - procedimiento reservado para la tramitación de objetos procesales aparentemente más sencillos- se exige la escritura para el acto inicial de proposición del objeto del proceso (demanda sucinta: art. 437 LEC), estableciéndose la oralidad para el resto de actos que integran este procedimiento: complementación de la demanda sucinta en el acto de la vista, contestación a la demanda por el demandado en ese mismo acto (art. 443.2 y 4 LEC), y desarrollo de la vista.

4. El proceso telemático en el Derecho español

Se apuntó que la reforma de la LEC por la ley 41/2007 reguló la posibilidad de que los escritos iniciadores del proceso, así como los documentos que a tales escritos deben acompañar, se presenten electrónicamente (arts. 135.5, 267, 268.1 LEC), si bien la efectividad de tal reforma depende de la implantación en los órganos jurisdiccionales de los medios materiales necesarios para el envío y recepción electrónica de escritos y documentos. La citada reforma puede verse como un primer paso hacia la configuración del proceso telemático, pues el resto de actuaciones que conforman el proceso civil deberán seguir realizándose - por regla general- en la sede del órgano jurisdiccional. Para que todos estos actos (audiencia previa, acto del juicio, acto de la vista) pudieran celebrarse electrónicamente sería preciso que la ley contemplara la posibilidad de que se practicasen por medio de videoconferencia (art. 229.3 LOPJ). Existe alguna previsión de la misma para ciertas actuaciones del proceso penal (arts. 306, 325, 731 bis Lecrim³⁶⁷), pero no existe regulación alguna para el proceso civil.

Ciertamente, en los supuestos en los que el proceso civil pudiera desarrollarse predominantemente por escrito - al no ser precisa la práctica de medios de prueba en el acto del juicio o en el de la vista-, la presentación de los escritos y documentos por las partes, podría efectuarse electrónicamente. Pero ya se ha advertido de la necesidad de convocar el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario o el acto de la vista en el juicio verbal, por lo que no puede afirmarse la posibilidad actual de un proceso seguido completamente por escrito y a través del envío telemático de documentos.

³⁶⁷ RD de 14-09-1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ENGLAND
THE INTRODUCTORY PHASE AND THE PROCEDURAL CONTRACT –
ENGLAND AND WALES

DR. STEFAN EINHAUS
LL.M. (London). Rechtsanwalt

I. COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS

Proceedings are started in the High Court and the county court when the court issues a claim form at the request of the claimant, CPR 7.2(1). The court issues the claim form by affixing the court seal, CPR 2.6(1)(a). For the purposes of limitation of actions, the claim is brought on the date the claim form as issued was received in the court office, PD 7 para. 5.1.

Claimants must use the official forms available at the Court Service website³⁶⁸ (e.g. practice form N1 for standard procedure, form N208 for the simplified Part 8 procedure). Contrary to what had been intended by Lord Woolf in his final report³⁶⁹, there is not one single claim form for any claim in any court. However, most claim forms follow a similar pattern and a claim made on the wrong form is not struck out if the defendant has been given all the information required to understand what the claimant is seeking.³⁷⁰ The claim is always brought by the court issuing a claim form.

II. CONTENT OF THE CLAIM FORM

The claim form should in particular enable the court and the parties to identify and define the real issues in dispute and enable the court to allocate the case to the appropriate track and to give appropriate case management directions. As all statements of case, the claim form is subject to judicial scrutiny. Thus, the court may strike out a statement of case (CPR 3.4) and may require the parties to provide further information, CPR 18.1.

The claimant must provide his own and the defendant's name and address, brief details of the claim and the value of the claim. The claimant may provide with the claim form the particulars of claim.

The claim form and the particulars of claim if provided separately must be verified by a statement of truth signed by the claimant or his legal representative PD 22 para. 3.1. A false statement made in a document verified by statement of truth may lead to a liability for contempt of court, CPR 32.14.

The claim form should state the full name of each party, PD 7 para. 4.1(3), PD 16 para. 2.6. However, a party is sufficiently identified if it becomes clear who is party to the proceedings and who not.³⁷¹ The claim form must also include

³⁶⁸ www.hmcourts-service.gov.uk/HMCSCourtFinder/FormFinder.do

³⁶⁹ Lord Woolf, Access to Justice – Final Report, Chapter 12 para. 3.

³⁷⁰ *Hannigan v Hannigan* [2000] 2 F.C.R. 650 (CA).

³⁷¹ *Bloomsbury Publishing Group Ltd v News Group Newspapers Ltd* [2003] EWHC 1205 para. 21 (ChD).

address at which the claimant resides or carries on business PD 16 para. 2. An incomplete address will not delay issue of the claim form but its service. If the claimant is claiming in, or the defendant is being sued in, a representative capacity, the claim form must state what that capacity is CPR 16.2(3) and (4).

Under the heading brief details of the claim, the claimant is to provide a concise statement of the nature of the claim (CPR 16.2(1)(a)), i.e. tort, breach of contract or other civil wrong complained of.³⁷² The claimant should specify the remedy he seeks, CPR 16.2(1)(b). However, the court may grant any remedy to which the claimant is entitled, even if that remedy is not specified in the claim form, CPR 16.2(5).

The claim form must contain a statement of value where the claimant is making a claim for money, CPR 16.2(1)(c). The term claim for money includes both specified and unspecified amounts. The purpose of the rule is both to avoid ambiguity and to enable the court to allocate the case to the appropriate court and track. The statement of value does not restrict the court's power to give judgment for a higher amount to which it considers the claimant to be entitled, CPR 16.3(7).

The particulars of claim may be set out in the claim form or in a separate document either accompanying the claim form or served and filed separately CPR 7.4, PD 16 para 3.1 and 3.2. The particulars of claim must contain in particular a concise statement of the facts on which the claimant relies, CPR 16.4(1)(a), PD 16 para. 3.6(1). For specific types of claims further information is required, CPR 16.4(1)(e), PD 16 para. 3.6(2), 4.1 et seq.

A claimant who intends to recover success fees or insurance premiums³⁷³, before starting the proceedings must file a notice of funding of claim (form N251) with the claim form, PD 43–48, para. 19.2(2).

III. ISSUING A CLAIM ELECTRONICALLY AND ELECTRONIC PROCEDURE

By CPR 7.12, a practice direction may make provision for a claimant to start a claim by requesting the issue of a claim for electronically. Two such practice directions have been issued.³⁷⁴ In 2001 Money Claim Online (“**MCOL**”) was introduced³⁷⁵ and in 2006 Possession Claims Online (“**PCOL**”)³⁷⁶

MCOL enables claimants to request the issue of a claim form by Northampton County Court online via the Court Service website, CPR 7.12, PD 7E para. 1.2(1) and 1.4. The claim must be for a fixed amount of money which is less than £ 100,000 including court fees and any solicitors' costs' (PD 7E para. 4(1)(a)) and against no more than two persons (PD 7E para. 4(4)). Particulars of claim must be set out in the claim form and in no more than 24 lines totalling no more than 1080 characters (including space and punctuation), PD 7E para. 5.2.

³⁷² White Book Service 2007, para. 16.2.1.

³⁷³ Compare CPR 43.2.

³⁷⁴ PD 7E (Money Claim Online) and PD 55B (Possession Claims Online).

³⁷⁵ www.moneyclaim.gov.uk.

³⁷⁶ www.possessionclaim.gov.uk.

The claim is printed, issued and served by the Northampton Court in the usual way. Claims will proceed in that court unless transferred to another court, PD 7E para. 1.4. Where the claim is defended or a hearing becomes necessary, claims are transferred to the defendant's home court, PD 7E para. 14.

Where a claim has been issued electronically, the claimant may file electronically a request for judgment in default, judgment on acceptance of an admission of the whole of the amount claimed or the issue of a warrant of execution. He is able to view an electronic record of the progress of the claim, PD 7E para. 1.2(2).

PCOL was introduced for possession claims of residential property. Claims may be brought by a landlord against a tenant, solely on the ground of arrears of rent or by a mortgagee against a mortgagor, solely on the ground of default in the payment of sums due under a mortgage. The only remedy available is for payment of arrears of rent or money due under a mortgage, interest and costs, PD 55B para. 5.1(2) and (3).

IV. THE DEFENDANT'S RESPONSE

A defendant to a claim is not required to react before service of the particulars of claim, CPR 9.1(2).

Upon service of the particulars of claim, the defendant may admit the claim by filing a form of admission (CPR 9.2(a) and Part 14), contest the claim by filing a defence within 14 days of service of the particulars of claim (CPR 9.2(b) and Part 15), or file an acknowledgment of service if he needs more than 14 days to prepare the defence, or wishes to contest the jurisdiction of the court (CPR 9.2(c) and Part 10).

The defendant does not have to file an acknowledgment of service as a prerequisite to filing a defence if he files a defence within 14 days of service of the particulars of claim, CPR 15.4(1)(a). If he files an acknowledgment of service, a defence must be filed within 28 days of service of the particulars of claim, CPR 15.4(1)(b).

V. CONTENT OF THE DEFENCE

With the particulars of claim, the defendant receives a response pack containing forms he may use for the purpose of his defence, PD 15 para. 1.3. The defence must be verified by a statement of truth, CPR 22.1(1)(a), PD 15 para. 2.1, PD 16 para. 11.1.

The defence must state which of the allegations in the particulars of claim are admitted, which are denied and which allegations the defendant is unable to admit or deny, but requires the claimant to prove, CPR 16.5(1). Every allegation made in a claim should be dealt with in the defence, PD 16, para. 10.2.

Where the defendant denies an allegation he must state his reasons for doing so; and if he intends to put forward a different version of events from that given by the claimant, he must state his own version, CPR 16.5(2).

A defendant who fails to deal with an allegation but has set out in his defence the nature of his case in relation to the issue to which the allegation is relevant, shall be taken to require that allegation to be proved CPR 16.5(3).

Where the claim includes a money claim, a defendant is taken to require that any allegation relating to the amount of money claimed be proved unless he expressly admits the allegation, CPR 16.5(4)

Subject to the above provisions, a defendant who fails to deal with an allegation is taken to admit that allegation. r. 16.5(5)

If the defendant disputes the claimant's statement of value he must state why he disputes it; and if he is able, give his own statement of the value of the claim, CPR 16.5(6).

VI. CASE MANAGEMENT AT THE PRELIMINARY STAGE

Upon issuing the claim form, the court will send a notice of issue to the claimant³⁷⁷, open a court file³⁷⁸ and assign the case to a master as the procedural judge responsible for managing the claim.³⁷⁹

Since a claimant is in principle free in which court to issue proceedings, one of the first case management decisions is often to transfer the case to the most appropriate court.

Upon receipt of the defence, the court will serve allocation questionnaires on each party unless this has been dispensed with, CPR 26.3(1). The questionnaires enable the court to allocate the case to one of the three case management tracks (small claims track, fast track, multi-track).³⁸⁰

The procedural judge will decide on track allocation when the defendant has filed an allocation questionnaire, or when the period for filing the allocation questionnaire has expired, whichever is the sooner, CPR 26.5(1). At the same time the court will give first case management directions.

The directions given by the court depend on which track³⁸¹ the case is allocated to and the circumstances of the case. Standard directions are compiled in the appendix to PD 28.

Only in multi-track cases pre-trial hearings are not the exception.³⁸²

VII. IS THERE A FORMAL DISTINCTION WITH A PREPARATORY PHASE, A PREPARATORY HEARING OR COMPARABLE INSTITUTIONS?

There is a distinction between trial and the pre-trial phase. While the pre-trial phase is in principle a written procedure, preparatory hearings may be held if the court considers this necessary.³⁸³

³⁷⁷ Compare Queen's Bench Guide 2007, para. 4.1.6.

³⁷⁸ Compare Queen's Bench Guide 2007, para. 6.2.4.

³⁷⁹ Compare Queen's Bench Guide 2007, para. 6.2.1.

³⁸⁰ See below 0.

³⁸¹ See below 0.

³⁸² See below 0.

³⁸³ See below 0.

VIII. IS THERE A PREPARATORY PHASE BETWEEN THE PARTIES (INCLUDING THEIR LAWYERS) (DISCOVERY MODEL)?

To promote early settlement and a quick identification of relevant issues, pre-action protocols approved by the Head of Civil Justice have to be observed by all prospective parties before a claim form is issued. In cases not covered by any protocol, the parties are expected to act reasonably in exchanging information and documents relevant to the claim and generally in trying to avoid litigation, PD Protocols, para. 4.

Non-compliance with the prescribed pre-action procedure can be taken into account by the court during proceedings and may lead to cost sanctions, CPR 3.1(4) and (5), CPR 3.9(e) and CPR 44.3(5)(a).

The court may, by CPR 31.16 order pre-action disclosure where applicant and respondent are likely to be parties to subsequent proceedings and certain conditions are satisfied.

IX. HOW AND WHEN DOES THE FIRST ORAL HEARING BEFORE COURT TAKE PLACE?

On the small claims track the first oral hearing is normally the final hearing. However, the court may hold a preliminary hearing for the consideration of the claim in certain circumstances, CPR 27.6(1).

On the fast track, normally trial will be the first oral hearing, but the court may hold preparatory hearings if it considers this necessary, CPR 28.5(3), PD 28 para. 6.3. On the multi track, preparatory hearings are the rule.

Under the CPR, there are four types of procedural hearing: allocation hearings, case management conferences, pre-trial reviews and pre-trial directions hearings.

At an allocation hearing, CPR 26.5(4), held at the allocation stage, the procedural judge will consider which track will be most suitable for the case and give first case management directions.

Case management conferences, CPR 29.3(1)(a) serve to ensure that the real issues between the parties are identified and to give the parties opportunity to propose directions for the management of the case. They may be held by the court immediately after a case is allocated to the multi-track or at any time thereafter. Where the court contemplates an order for the evidence on a particular issue to be given by a single expert, or that an assessor should be appointed, PD 29, para. 4.13, provides that the court must list a case management conference unless the parties have consented to the order in writing.

Pre-trial directions hearings, CPR 28.5(3) and 29.6(3) serve the purpose of completing preparations for trial and being able to fix the date of the trial.

Pre-trial reviews, CPR 29.3(1)(b), take place about eight to ten weeks before trial. They provide a further opportunity to ensure compliance with earlier case management directions and may help in promoting settlement.

X. WHAT WAYS ARE THERE TO TERMINATE PROCEEDINGS WITHOUT AN ORAL HEARING?

If the defendant admits the claim, CPR Part 14, or fails to reply, CPR Part 12, the claimant can request that judgment for the amount claimed be entered.

This is done as an administrative act by the court without a hearing. The claimant may file a notice of discontinuance CPR Part 38. The parties may settle the claim before an oral hearing.

CPR 27.10 provides that, on the small claims track, the court may, if all parties agree, deal with the claim without a hearing.

XI. ARE THERE DIFFERENT TYPES OF PROCEDURE, E.G. DEPENDING ON THE VALUE OF THE CLAIM OR THE SUBJECT MATTER OF PROCEEDINGS?

While the claim form issued pursuant to CPR 7 is the normal way to start proceedings, another way to start proceedings, the simplified procedure under CPR 8, is available where the nature of the relief or remedy sought, or the lack of factual dispute, would make the standard procedure unnecessarily cumbersome.

There are several modifications to normal procedure depending on the subject matter of proceedings. Thus for example, in certain claims under the Consumer Credit Act 1974, a modified procedure applies as set out in PD 7B, para. 5.

Claims brought under the normal procedure pursuant to CPR 7.2(1) are allocated to one of three different tracks pursuant to the allocation rules established in CPR 26.6. The small claims track is, in the main, the normal track for claims which have a financial value of not more than £ 5,000, the fast track is the normal track for defended actions of a value between £ 5,000 and £ 15,000 if the court considers that the trial is likely to last for no longer than one day and that there will be only limited oral expert evidence at trial. The multi track is the normal track for all other claims.

The procedure under the small-claims track is designed to enable litigants to conduct their case without legal representation, PD 26, para. 8.1. It enables the court to decide straightforward cases without the need for substantial pre-hearing preparation and the formalities of a traditional trial.

A number of important rules and procedures have no application on the small claims track. By rule 27.2 CPR, in particular, the normal rules on disclosure and inspection (CPR, part 31), the normal rules on evidence (CPR, parts 32, 33 and 35) and hearings (CPR, part 39) are declared inapplicable.

The procedure is largely within the court's discretion. CPR 27.8 provides that "the court may adopt any method of proceeding at a hearing that it considers to be fair" and that "hearings will be informal". Cases are normally heard in the judge's room or chambers and in fact it is possible for a hearing to take place anywhere, for example at a party's home or business premises.³⁸⁴

Multi track procedure reflects the fact that a large variety of cases are allocated to this track, from straight forward cases with a value of more than £ 15,000 to highly complex commercial cases, PD 29 para.3.2(1). Courts manage cases flexibly according to their specific needs, PD 29 para. 3.2(2)). In simpler cases courts give standard case management directions without the need for hearings, in complex cases the courts may convene several directions hearings in the form of case management conferences and pre-trial reviews.

³⁸⁴ Madge, Nic: Small claims in the county court, Civil Justice Quarterly (2004) 201, 205.

Under fast track procedure, the court will set out a timetable to be followed, with a fixed trial date or trial period no more than 30 weeks later, CPR 28.2.

XII. CAN THE PARTIES, ALONE OR BY AGREEMENT, INFLUENCE THE ORAL OR WRITTEN NATURE OF PROCEEDINGS?

CPR 27.10 provides that, on the small claims track, the court may, if all parties agree, deal with the claim without a hearing.

XIII. IS THERE ROOM FOR AGREEMENTS BETWEEN THE PARTIES AND THE COURT ON THE PROCEDURE TO BE FOLLOWED?

In principle, the parties may dispose of their procedural rights but not of the jurisdiction of the court.³⁸⁵ The CPR afford the court the duty to manage cases (CPR 1.4) in order to further the overriding objective (CPR 1.1), i.e. in particular to save time and costs.

Accordingly, a party wishing an extension of a time limit (whether by consent or otherwise) has to apply to the court under CPR 3.1(2)(a).

While the power of the parties to change the procedural rules is thus strictly limited, the courts are very flexible and may adapt procedure at the application of the parties. Generally the courts seek the cooperation of the parties also in procedural questions.

Already in the allocation questionnaire the parties are asked to propose directions they consider appropriate for the management of the case. There it is also stated that the parties should agree directions to be given by the court wherever possible.³⁸⁶

The parties may consent to their case being allocated to a different track. Thus, while, by CPR 26.6(1) the small claims track is the normal track for claims not exceeding £ 5000, parties to larger claims may consent to the small-claims jurisdiction.³⁸⁷

After allocation, when the court fixes a case management hearing, it is the parties' duty to consider what directions the court should be asked to give and to make any application that may be appropriate to be dealt with at that hearing, PD 28 para. 2.5.

XIV. IS THERE CURRENTLY A REFORM-DISCUSSION ABOUT THE INTRODUCTORY PHASE OF CIVIL PROCEDURE OR MORE GENERALLY ABOUT WRITTEN AND ORAL PROCEEDINGS?

After the introduction of the Civil Procedure Rules in 1998 discussion on the changes introduced has continued but no fundamental changes to the current system are seriously considered.

³⁸⁵ *Kammins Ballrooms Co Ltd v Zenith Investments (Torquay) Ltd* [1971] AC 850, 860 (HL); *Republic of India v India Steamship Co Ltd* [1993] AC 410, 421, 424 (HL).

³⁸⁶ Form N150.

³⁸⁷ Madge, Nic: Small claims in the county court, *Civil Justice Quarterly* (2004) 201.

JAPAN

THE PRELIMINARY PHASE AND THE TRIAL AGREEMENT IN JAPAN

MANABU HONMA

Associate Professor. Asahi University of Gifu, Japan

I. INTRODUCTION

The Japanese Code of Civil Procedure (CCP) adopts the Principle of Orality in Art. 87. The history of the procedural Law indicates that the genuine Orality caused to delay the litigation³⁸⁸. On other hand, before the 1996 Reform, the Orality has become only a name, because the process degenerates into a mere exchange of brief. The 1996 Reform and 2003 Amendment seek to revive the Orality, in order to produce efficient proceedings. The present problem is accordingly how Orality and Writing take place for efficient Proceedings.

The main object of this paper is to demonstrate how Orality and Writing take place in the preliminary phase of Japanese Litigation and how the court and the parties influence on the course of the proceeding in Japanese Civil Procedure. This paper is organized as follows. I first provide an overview of Orality Principle and the problems before the 1996 Reform³⁸⁹ (II) . Then, I describe how Orality and writing take place in the preliminary phase of Japanese Civil Procedure(III). Finally, I describe the 2003 Amendment, namely the Schedule of Proceedings and Evidence-Gathering Procedure Based on Pre-Filing Notice(IV).

II. THE PRINCIPLE OF ORALITY AND THE PROBLEMS LEADING TO THE 1996 REFORM

1. The Principle of Orality

CCP Art 87(1) provides that all matters should be handled through Oral Proceedings before the court. That incorporates two principles as follows:

- (a) A judgment may not be rendered without the Oral Proceedings.
- (b) Only the materials presented in the Oral Proceedings, such as the allegations, the documentary evidence and the testimony, if any, can form the basis of judgment.

³⁸⁸ See MORIO TAKESHITA, “Koutou Benron no Rekisi-teki Igi to Shyourai-teki Tenbou (Historical significant and Overlook of the Oral Proceedings)”, in: MORIO TAKESHITA & AKIRA ISHIKAWA ed. *Kouza Minji-Soshou* Vol.4, Tokyo, 1959, p.1 (in Japanese)

³⁸⁹ For the general accounts of the 1996 reform of the Code of the Civil Procedure, see YASUHEI TANIGUCHI, “The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A procedure for the Coming Century?” *45 Am. J. Comp. L.*, 1997, p.767; SHOZO OTA, “Reform of Civil procedure in Japan”, *49 Am. J. Comp. L.*, 2001, p.561; KOICHI MIKI, “Roles of Judges and Attorneys Under the Non-Sanction Scheme in Japanese Civil Procedure”, *27 Hastings Int’l and Comp. L. Rev.*, 2003, p.31; for an outline of Japanese civil procedure, see HOUSOUKAI, *Outline of Civil Litigation in Japan*, Tokyo, 2002.

However there are two exceptions to these principles as follows³⁹⁰:

First, in terms of (a), the court may order a dismissal (nonsuit), or dismissal of an Appeal without the Oral Argument proceeding, although these are the normal judgments (see CCP Art. 87(3), 78, 140, 290 and 319).

Second, the exception in terms of (b) is “Chinjutu-Gisei”, as it is called (CCP Art. 158). This is the following system: when the plaintiff has defaulted and the defendant has appeared on the first date, the complaint may be considered as having been stated orally, in which case the defendant may present the allegation orally. When the plaintiff has appeared and the defendant has defaulted on the first date, the plaintiff may present the allegation orally. If the defendant has filed an answer with the court beforehand, the answer may be considered as having been stated orally. In addition, when the defendant has not filed an answer and does not appear on the first date but the plaintiff does appear, the defendant will be considered to have admitted the assertions of the complaint (CCP Art. 159(3)). Accordingly, this system functions substantially as the proceedings based on documents³⁹¹ (but *only on the first date* of Oral Proceedings).

Conversely, in the proceedings of the Summary Court, CCP Art. 158 applies not only on the first date of oral proceeding, but also on the all dates (CCP Art 277). This provision makes clear that the documents may dominate the proceedings of the Summary Court.

In terms of a proceeding, which ended with a ruling (“Kettei”), the court may decide to do an Oral Proceeding or not in order to proceed quickly (Art. 87 (1), “die facultative mündliche Verhandlung” in German).

What has to be noticed, however, is that there is no other exception the Code admits. Accordingly, the parties may not agree to go forward proceeding without Oral Proceeding³⁹².

2. Possibility of Written Supplements

The principle of Orality does not mean that the Code prohibits parties and courts from using a document in the proceedings. A document may be more useful to help define the issues and facts in the case than an oral statement. Accordingly, in order to supplement the principle of Orality with documents, the Code provides provisions as follows³⁹³. (a) The Code requires important procedural acts be in writing, for example, filing a plaintiff (CCP Art. 133 (1)),

³⁹⁰ TEIICHIROU NAKANO, KAORU MATSUURA & MASAHIRO SUZUKI ed. *Shin-Minji-Sosyuu-Hou- Kougi (Lecture of new Japanese Civil Procedure Law)* 2nd ed., Tokyo, 2006, p. 222 (in Japanese)

³⁹¹ See NAOTO KOMURO, “Koutou-Shugi no Genkai (Limit of the Orality Principle)”, 7 *Minji-Sosyuu-Zasshi*, 1961, p.57 (in Japanese)

³⁹² See MIKIO AKIYAMA, MAKOTO ITOU, SHINTAROU KATOU, HIROSHIGE TAKATA, TAKAHISA FUKUDA, KAZUHIKO YAMAMOTO ed., *Konmentaaruu Minj-Soshou-Hou II (Commentary of Civil Procedure Code II)*, Tokyo, 2006, p.187 (in Japanese)

³⁹³ Because this paper describes the preparatory stage of litigation, we are not concerned with provisions concerning the evidence examination stage.

rendering a judgment (CCP Art. 252) etc.. (b) Oral Argument shall be prepared for in writing (CCP Art. 161 (1), preliminary document). (c) A court clerk should make a Document, which records a progress of Oral Argument.

3. The Problems before the 1996 Reform

Orality is a principle of Japanese Civil Procedure as stated above. However the process under the Old Code degenerated into a mere exchange of legal briefs. There are several causes to this situation³⁹⁴. In most litigation, only facts-in-issue are described in a preliminary document; indirect facts are not. Consequently, litigation issues are not focused. On the other hand, parties presented entirely new arguments even after the examination of witness had finished. The preparatory oral proceeding and the preparation proceeding provided by the Old Code were seldom used, because any facts not produced in the proceeding were precluded³⁹⁵.

Confronted with this situation, practitioners contrived a procedure called “Benron-ken-Wakai” (Oral Argument combined with Settlement) where the preparation for evidence examination, settlement negotiations and substantial oral proceedings were conducted simultaneously in a closed room such as a judge’s chamber or a “settlement room”. This procedure had no statutory basis, and its legal character was very ambiguous.

To clarify the situation, the drafters of the Code decide to legally authorize “Benron-ken-Wakai”, but with necessary revisions. Namely, the Code introduced the Preparatory Proceedings for Oral Proceeding structured as a preparatory procedure. Accordingly, a settlement negotiation retreats behind a facade. This is a main point of a Improvement of Issue-Evidence Management Procedure (see detail on III3). In this way, the Code aims to create “Oral proceedings focused on Issue.” Taking these backgrounds into account, the third Chapter describes the structure of “Oral proceedings focused on Issue“ under the present Code.

III. THE REVIVAL OF ORAL PROCEEDINGS - THE STRUCTURE OF “ORAL PROCEEDINGS FOCUSED ON ISSUE”

1. Content of the Complaint, the written answer, and the preliminary document

In order to implement the “Oral proceedings focused on Issue”, it is important that both parties have a clear view of what is the issue and the necessary evidence in their litigation. A civil action is commenced by a plaintiff filing a document which is referred as a complaint with the courts (CCP Art. 133(1)). The Code requires the parties to make a written answer, preliminary document for preparing to the Oral Argument (CCP Art. 161(1)). Accordingly, the Code provides some provisions for the contents of the complaint, the written answer, and the preliminary document and for deadlines to submit these.

What has to be noticed is that suit may be instituted orally in the Summary Court by merely outlining the dispute (CCP Arts. 271, 273). Moreover,

³⁹⁴ See TOSHIO UEHARA, “Soshou no Junbi to Shinri no Jujitu (Preparation of a lawsuit and Enrichment of trial)”, in: TAKESHIT&ISHIKAWA ed., *Kouza Minji-Soshou Vol.4* , p.192 (in Japanese)

³⁹⁵ See Taniguchi, “The 1996 Code” *45 Am. J. Comp. L.*, 1997, p.770

allegation in the Summary Court need not be prepared by the preliminary document (CCP Art. 276(1)).

(1) A civil action is commenced by a plaintiff filing a complaint. A complaint shall specify the parties and contain allegations of the gist and grounds of the claim for which the action is instituted (CCP Art. 133(2). These are the preconditions of a complaint.). Whenever a complaint appears defective in terms of the precondition of a complaint, the presiding judge may order the plaintiff to correct it (CCP Art. 137). Failure to comply with the order results in the judge dismissing the complaint by another order (CCP Art.140).

The complaint in Japanese Law has the nature of the fact-pleading, and this nature is not new to our system. However, we should notice that the 1996 reform makes following provisions on the Rules of Civil Procedure³⁹⁶ (RCP); a complaint shall contain specific allegation of the fundamental facts, namely the facts from which the claim arises in law. Moreover, a Complaint should contain, with respect to the expected issues, allegation of the substantial evidentiary facts relevant to ultimate facts and clarification of the evidence in the plaintiff's possession (RCP Rule 53(1)). Furthermore, the plaintiff is required to attach to the Complaint such basic materials as copies of the material documentary evidence with respect to the expected issues (RCP Rule 53(2)). It makes thus a complaint useful in making issue and fact identification and clarification easier. However, these elements of a Complaint are not a precondition³⁹⁷. Accordingly, defectiveness in this regard does not result in the judge dismissing the complaint. Nevertheless, we should not overlook the fact that the fact- intensive nature of the Complaint will help to identify factual issues at the early stage of proceedings and hence move the case along quicker.

(2) When the complaint is served on the defendant, the litigation is pending ("Rechtshängigkeit"). A summons to the first date of Oral Proceedings is also usually served together with the complaint. Once a complaint and summons are served, the defendant is required to file an answer with the court.

An answer should contain the answer to the gist of the claim. In addition, the defendant should clarify which facts in the Complaint are admitted and which facts are denied. In the case of denials, the reason for them must be specified. Moreover, an answer should contain allegations of any affirmative defenses, and also, with respect to the expected issues, allegations of the substantial evidentiary facts relevant to the affirmative defenses and clarification of the evidence in the defendant's possession (RCP Rule 80(1)). Furthermore, the defendant is required to attach to the answer copies of the material documentary evidence with respect to the expected issues (RCP Rule 80(2)). These elements correspond to the content of the complaint and are intended to provide the court sufficient information in order to decide how the case should proceed toward efficient and adequate disposition.

In circumstances where the plaintiff needs to respond to the answer, a preliminary document is required. It must detail the facts that will be proven and

³⁹⁶ Rules of procedure are promulgated by the Supreme Court under Art 77 of Constitution. The Rules regulate clerical matters or implement the Code's provision.

³⁹⁷ In theory, these elements may be contained in a preliminary document.

the evidence that will establish the claim. Documents supporting claims must be submitted with these preparatory documents (RCP Rule 81).

A basic function of the preliminary document (including an answer) is to help define the issues and facts in the case. Accordingly, the documents must be served on the opposing party sufficiently in advance. Hence the Rule provides following provision: The Answer must be submitted in a timely way that permits the plaintiff time to prepare a response at the initial Oral Proceedings (RCP Rule 79(1)). Moreover, the presiding judge sets the date when the answering document is to be submitted (CCP Art. 162). Furthermore, the defendant is, in principle, required to send the answer to the plaintiff *directly* (RCP Rule 83 (1))³⁹⁸.

(3) All these things make it clear that the Code intends to provide for a decision on the first date of the Oral Proceedings how the case should proceed toward efficient and adequate disposition and to make the Issue-Evidence Management Procedure function well.

However, these rules concerning the contents of the preliminary documents, etc., are hortative provisions³⁹⁹. If the parties do not follow these rules, the intention of the Code is not fulfilled. Accordingly, the court in charge may, at any time, require the parties to clarify any vagueness in their allegations and urge them to supplement their allegations or evidence in order to lead the discussion to an expeditious clarification of issues (CCP Art 149). The court may authorize a court clerk to conduct such action (RCP Rule 63).

The Rules' deadlines for submitting preliminary documents, etc., are similarly hortative provisions⁴⁰⁰. However, the general provision of CCP Art.157 provides the court with authority to oversee compliance with these Rules.

(4) Moreover, the 2003 Amendment of the Code permits the court to allow parties to file pleadings and motions electronically (on-line), which the Code normally requires to be made in writing, but the Supreme Court must first identify the types of pleadings and motions and the courts in which this is permitted (CCP Art. 132.10). This permission is now entirely limited⁴⁰¹, it is

³⁹⁸ The defendant can send the answer etc. to the plaintiff by fax (RCP Rule47 (1)).

³⁹⁹ MICHIHARU HAYASHI, "Atarasi Minji-Soshou-Kisoku nituite (About new Civil Procedure Rule)", *Hanrei taimuzu No. 926*, 1997, p. 6; GENERAL SECRETARIAT OF SUPREME COURT, *Jyukai Minji-Soshou-Kisoku (Commentary of Civil Procedure Rule)*, Tokyo, 1997, p.176 (in Japanese).

⁴⁰⁰ MIKIO AKIYAMA, MAKOTO ITOU, SHINTAROU KATOU, HIROSHIGE TAKATA, TAKAHISA FUKUDA, KAZUHIKO YAMAMOTO ed., *Konmentaaru Minj-Soshou-Hou III (Commentary of Civil Procedure Code III)*, Tokyo, 2008, p. 431 (in Japanese)

⁴⁰¹ As this writing, the Supreme Courts has only permitted on-line filing in the Sapporo District Court, which is the only court that has the technological resource to implement this system. In terms of the types of pleadings and motions, the Supreme Courts has only permitted as follows: the motions for setting or changing the date of proceedings (CCP Art. 93(1) & (3)), the offer of evidences, expert evidences or inspections (RCP Rules 106, 129, 150), the offer of the entrustment of investigation (CCP Art. 186), the motion for the entrustment of

likely that this permission will be extended to other courts and other motions in the future.

Contrarily, the complete electronic proceedings are introduced in the summary proceedings for an order to pay debts (CCP Arts. 397-401).

2. “Tojisha-Shoukai” (Party Inquiry)

As stated above, the Japanese Civil Procedure requires the parties to include detailed information in the complaint, the written answer, and the preliminary document. In order to implement this requirement, it is necessary for both parties to know the facts and evidence, which support the opposing party’s claim or defense. Accordingly, the 1996 Code adopted “Tojisha-Shoukai” (Party Inquiry, CCP Art. 163), a method of obtaining information from the opposing party without intervention of the court. This method is basically modeled on the Interrogatories of the United States. After litigation has commenced, a party can make written inquiries to the opposing party about matters necessary for assertions or proof and directly request written responses within a reasonable period set by the inquiring party⁴⁰². Inquiries are, however, limited to matters needed to prepare the case or to proof in the case. The inquiry must be specific and not precise, cannot be insulting or embarrassing to the recipient, cannot be repetitive, may not ask for opinion, may not seek privileged data, and cannot require an overly costly or time-consuming response.

No sanctions are specifically provided against a party who refuses to answer proffered request⁴⁰³. It hoped that the bar would cultivate a mutual feeling of collegial obligation to cooperate, in accordance with the professional duty to clients, when one receives a request from another member of the profession⁴⁰⁴.

Such inquires could not be made before the initiation of litigation. In this sense, it was not sufficient for a plaintiff to get needed information in a timely fashion. The 2003 Amendment removes this problem (see **IV**).

3. Improvement of Issue-Evidence Management Procedure

(1) On the basis of the complaint, the written answer, and the preliminary document, the court decides how the case should proceed toward efficient and adequate disposition.

presenting documents (CCP Art. 226), the offer of description of evidence (RCP Rules 137, 148). Submitting the compliment and answer is not permitted yet.

⁴⁰² Some studies have claimed that this instrument is not used so often in fact. See, HROSHI TAKAHASHI, MIKIO AKIYAMA, TAKEHISA FUKUDA, KATSUMI YAMAMOTO, “Zadan-Kai Minji-Soshyouhou Kaisei 10nen –Sosite Aratana Jidai he, (Roundtable Discussion -10 years from 1996 reform, to new period)”, *Jurist No. 1317*, 2006, p. 22 (in Japanese)

⁴⁰³ However, it is possible for the court to form an adverse impression of the case or use its discretionary power if a party does not respond to the court’s urging to answer request.

⁴⁰⁴ If a lawyer does not faithfully answer an inquiry, he may be disciplined by the bar association (Law of Attorneys 58).

When the court finds any issue on the facts to be presented before it, the case will usually be shifted to the procedure for Issue-Evidence Management. The court incidentally may call for a conference on the course of the action before the Issue-Evidence Management procedure in order to clarify the relationship between the issues and the evidence, to make a schedule of case, or to discuss any matter on the course of the case to promote its expeditious disposition.

On the contrary, finding no issue on facts to be presented before the court⁴⁰⁵, the court may terminate the oral proceedings and render a judgment for the plaintiff instantaneously on the first date of oral proceedings (“Chyoushyo-Hanketu”, as it is called). This point clearly shows that the requirement of a written judgment is loosened. The court orally pronounces the main decision, and summarizes the reasons, and has a court clerk record the specification of parties, the claim, the main decision and summary of reasons into the court record, instead of making an original judgment in writing as is required generally (CCP Art. 254).

(2) In terms of the “Issue-Evidence Management Procedure”, there are three types, namely: “Junbiteki-Koutou-Benron” (Preliminary Oral Proceedings) (CCP Art. 164-167), “Benron-Junbi-Tetsuzuki” (Preparatory Proceedings for Oral Proceedings) (CCP Art. 168-174), “Shomen-ni-yoru-Junbi-Tetsuzuki” (Documents-Based Preparatory Proceedings) (Art. 175-178). The second one and third one are not (formal) Oral Proceedings. Preparatory Proceedings for Oral Proceedings may especially be conducted in a closed room such as a judge’s chamber or a “settlement room”.

The courts select the most appropriate procedure depending on the nature and facts of case, but the Documents-Based Preparatory Proceedings is the exception, due to the importance of having both parties’ present⁴⁰⁶. However, in this proceeding, a telephone conference system is available on this proceeding. Thus, a written element of this proceeding is downplayed. Therefore it is fair to say that the Code generally relies on an oral Issue-Evidence Management procedure.

It is the judge’s duty to structure proceedings. However, parties may influence the way the proceedings are structured. The Preparatory Proceedings for Oral Proceedings and the Documents-Based Preparatory Proceedings are commenced by the order of the court after hearing the view of the parties (CCP Arts.168, 175), because these proceedings are not Oral Proceedings, per se. Further the court must conclude the Preparatory Proceedings for Oral Proceedings, once the both parties make a motion to do so (CCP Art. 172).

(3) The Preparatory Proceedings for Oral Proceedings is the most popular of the three types of the Issue-Evidence Management Procedure and is used in an overwhelming majority of cases⁴⁰⁷. Because it does not constitute an

⁴⁰⁵ An example of this is a case in which the defendant admits or is regarded to have admitted the facts in the complaint.

⁴⁰⁶ See, YOSHIHIKO UMEMOTO, *Minji-Sosyohou (Civil procedure Law)* 3rd ed, Tokyo, 2007, p. 558 (in Japanese)

⁴⁰⁷ See, MASAYUKI SUGANO, “Sosyohu-Sokushin to Shinri-no-Juujitu (Producing the more quickly process and enriching the trial)”, *Jurist No. 1217*, 2006, p. 63 (in Japanese)

(formal) Oral Proceedings, the requirement of Orarity does not fulfill. CCP Art. 173 accordingly provides that the parties shall state the result of this proceeding at the first Oral Proceeding session after the preparation proceedings are concluded. At this point, the facts that need to be proven at the Oral Proceedings are designated (RCP Rule 89). However, it is said that this statement of the results is actually done without mentioning detail by simply referencing a document⁴⁰⁸. This situation is problematic in the sense that the Oral Argument should be substantial.

On the other hand, the main function of this procedure is substantially equivalent to (formal) Oral Argument. When the court holds this procedure, the parties may present their allegation orally and produce documentary evidence, which may be examined by the court. Moreover, the parties may move for various orders for production of documents and the court may rule on them. Furthermore, CCP Art 170 (5) provides that the provisions of (formal) Oral Argument apply *mutatis mutandis* to this procedure.

(4) Once the Issue-Evidence Management procedure is over, the case moves to the stage of examination of witnesses and/or parties. In contrast to the situation before the 1996 Reform, the Code provides that the Oral proceeding is divided into two stages. The first stage is the preparatory stage, and the second stage is the evidence examination stage of the litigation⁴⁰⁹. The following points describe this:

First, in terminating the Issue-Evidence Management procedure the court has to confirm with the parties the facts to be proved by the examination of persons, so as to ensure that the examination will be focused on the relevant issues (CCP Arts. 165 (1), 170(5), 177). When the court deems it appropriate, the court may require the parties to file briefs which summarize the result of the procedure or to put the confirmed facts into the record.

No materials presented during the dates for this procedure from the basis of judgment until they are presented by the parties in subsequent oral proceedings in the form of a statement of the result of this procedure (CCP Art.173).

Moreover, the parties are supposed to raise all contentions and factual issues at the preparatory stage of litigation. Failure to do so will require the failing party to explain the reasons for such failure (CCP Arts. 167, 174, 178). The Code does not provide for a preclusion penalty for failure to raise issues. However, the general provision of CCP Art. 157 provides the court with authority to preclude the introduction of matters not raised in a timely fashion where such failure can unduly delay the procedure applying to the case.

IV. THE 2003 AMENDMENT – SCHEDULE OF PROCEEDINGS AND EVIDENCE GATHERING PROCEDURE BASED ON PRE-FILING NOTICE

⁴⁰⁸ TAKAHASHI, AKIYAMA, FUKUDA, YAMAMOTO et al. “Roundtable Discussion“, *Jurist No 1317*, 2006, p. 22 (in Japanese)

⁴⁰⁹ Under the old Code, the Oral Proceeding is in theory divided two stags as well as the 1996 Code. However the lines between two stages were not fixed as the Code permitted the parties to submit new arguments and new evidence even afer the Preliminary stage had ended. .

(1) The Issue-Evidence Management procedure has helped to reduce the time that it takes to solve the average case⁴¹⁰. However, in complicated cases, such as medical malpractice, the Issue-Evidence Management procedure appears not to have reduced the time required. The 2003 Amendments seek to have all civil litigation resolved within two years of the filing of the complaint. The 2003 Amendments introduced also the Schedule of Proceedings (CCP Art. 147.3). If the court deems, because of the complex nature of case, it is necessary to set a schedule for the proceedings in order to realize a just and timely resolution, the court should fix a schedule after conferring with both parties. The schedule should include a time frame for Issue-Evidence Management Procedure, a time frame for the examination of witness and expected dates and times to terminate hearing and render judgment. Each procedural step should be carried out according to the schedule. If the court finds that it is necessary to enforce the schedule, it may set a deadline for producing allegations or evidence with regard to a specific matter. The court can also dismiss allegations or evidence due to a missed deadline if it finds that the violation may cause a significant delay in the progress of litigation (CCP Art.157.2). The Code provides no preclusion after the preparatory stage as mentioned above. In this sense, the Schedule of Proceedings goes further.

(2) In order to produce the efficient proceedings⁴¹¹ and to implement the Schedule of Proceedings, it would be best for the both parties to have clear view of how proceedings are to progress at the outset of the litigation. It is accordingly necessary for a potential plaintiff to undertake a potential means to obtain information from a named presumed defendant. However, under the 1996 Code, the Party Inquiry was available only after the initiation of litigation. There was also the Preservation of Evidence procedure (CCP Arts.234-242), but it was not enough⁴¹².

The 2003 amendments of the Code accordingly added on the new pre-filing Evidence Gathering procedure. Namely; a party makes inquires of the opposing party in writing about matters necessary for preparation of allegations or proof in future litigation without intervention of the court (CCP Art.132.2-132.3). This pre-filing Inquiry is modeled after post-filing Party-Inquiry procedure in CCP Art. 163 and it is limited by the nearly same constraints as post-filing Inquiry⁴¹³ (CCP Art, 132.2). Furthermore, the court may, upon a motion of a party, make pre-filing dispositions to collect evidence such as a request for presentation of a document, a request to government offices or other bodies for investigations, a request to experts for opinions etc, after hearing the views of the other party (CCP Art. 132.4).

⁴¹⁰ See, “Roundtable Discussion, Towards the Reform of the Code of Civil Procedure: Focusing on Tentative Proposal of Outline for the Reform of the Code of Civil Procedure”, *Jurist No. 1229*, 2002, p. 134 (in Japanese)

⁴¹¹ In order to make a detailed complaint which is required under “Oral proceedings focused on Issue”, the plaintiff must especially have a far greater knowledge of the facts of the case before instituting a suit.

⁴¹² This device can be used only when the possibility of interpolation or disappearance of material evidence is high.

⁴¹³ See III2

Because there is no pending proceeding, there needs to be some mechanism to initiate the pre-filing Evidence Gathering procedure. This instrument is initiated by a prospective plaintiff by sending a written notice to a prospective defendant.

In this procedure like the post-filing Party-Inquiry, there is no sanction against a party who refuse to answer proffered request.

V. CONCLUSION

The main points of this paper can be summarized as follows.

(1) Writing plays an important role in the “Oral proceedings focused on Issue”, in order to revive the Orality requirement and to produce more quickly proceedings. The fact intensive complaint (and answer) will help to resolve the course of a proceeding at an early stage, to identify factual issues at the same time and hence move the case along quicker. The Party-Inquiry and pre-filing Inquiry support this (see III1 & 2, IV(2)).

In terms of the three types of Issue-Evidence Management Procedure, we can say that the Document-Based Preparatory Proceedings is exceptional, and that the Code generally promotes the Oral Issue-Evidence Management Procedure. In addition, there is room for reconsidering a connection between the Preparatory Proceedings for Oral Proceedings and the principle of Orality (see III3).

(2) In order to implement the “Oral proceedings focused on Issue”, first of all, the parties or the lawyer make efforts to do so. The rules concerning the contents of the preliminary documents, etc., are hortative provisions (see III1 (3)). Moreover, the pre-filing Inquiry and Party-Inquiry have no sanction against a party who refuses to answer (see III2 & IV(2)).

(3) It is the judge’s duty to structure proceedings. However, parties can influence the structure of the proceedings. For example, the court hears the view of the parties, when the Preparatory Proceedings for Oral Proceedings and the Document-based Preparatory Proceedings begin. Moreover, the court must terminate the Preparatory Proceedings for Oral Proceedings, once both parties make a motion to close it (see III3(2)). The court also holds conferences on the course of action, and on the Schedule of Proceedings.

The Code does not provide for a preclusion penalty for failure to raise all allegations and defense at the preparatory stage of litigation (see III3(4)). The new Schedule of Proceedings goes significantly further than this. We can say that setting deadlines even for other aspects of the case should at least add to the psychological impact on parties and judges (see IV).

KOREA

MÜNDLICHE UND SCHRIFTLICHE ELEMENTE BEI DER KLAGEERHEBUNG NACH DER KOREANISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNG

JUR. JUNGHOO OH

Prof. Dr. Seoul National University

I. BESCHREIBUNG DER GRUNDSÄTZLICHEN FORM DER KLAGEERHEBUNG IM KOREANISCHEN RECHT

Da Korea im letzten Jahrhundert das deutsche Justiz- und Rechtssystem durch Japan übernommen hat und vor allem die koreanische Zivilprozessordnung unter allen Rechtsbereichen dem deutschen Gegenstück am meisten ähnelt, sind die koreanischen Vorschriften über die Klageerhebung im Grunde gleich wie die deutschen. So wird es genügen, die Unterschiede zwischen den beiden Zivilprozessordnungen zu beschreiben, um die grundsätzliche Form darzustellen.

1. Erhebung der Klage durch die Einreichung der Klageschrift

Der Kläger hat in Korea wie in Deutschland dem Gericht die Klageschrift einzureichen, aber der Zeitpunkt, wo die Klage als erhoben gilt, ist anders. Der deutsche § 253 Abs. 1 ZPO spricht aus, dass die Erhebung der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift) erfolgt. Der koreanische § 248 ZPO lautet: die Erhebung der Klage erfolgt durch die Einreichung der Klageschrift an das Gericht.

Obwohl die Erhebung der Klage gemäß des ausdrücklichen Wortlauts durch die Einreichung der Klageschrift erfolgt, tritt die prozessuale Wirkung der Klageerhebung, die Rechtshängigkeit der Streitsache, mit der Zustellung der Klageschrift ein(h.M.). Anders als die deutsche ZPO (§ 261 Abs 1), hat die koreanische ZPO keine Vorschrift, die den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt. Aber die Wissenschaftler und die Rechtsprechung sind darüber einig, dass nicht die Einreichung der Klageschrift, sondern deren Zustellung an den Beklagten die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Andererseits regelt die koreanische ZPO den Zeitpunkt des Eintritts der materiellrechtlichen Folgen der Klageerhebung nicht gesondert. Denn die Klageerhebung erfolgt doch durch die Einreichung der Klageschrift und die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung treten zu diesem Zeitpunkt ein.

Die koreanische ZPO regelt im § 259 als die Wirkung der Rechtshängigkeit nur, dass die Streitsache während der Dauer der Rechtshängigkeit nicht anderweitig anhängig gemacht werden kann. Dies entspricht dem § 261 Abs. 3 Nr. 1 deutscher ZPO.

2. Notwendiger Inhalt der Klageschrift

Der notwendige Inhalt der Klageschrift nach der koreanischen ZPO ist fast gleich wie der der deutschen ZPO. Der § 249 Abs. 1 koreanischer ZPO fordert als notwendigen Inhalt der Klageschrift die Bezeichnung der Parteien und, falls nötig, des gesetzlichen Vertreters, die Angaben des Klageantrags und des Klagegrunds,

während die Klageschrift nach § 253 Abs. 2 deutscher ZPO enthalten muß: 1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts; 2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag. Da die deutsche Prozessrechtslehre meint, die bestimmte Angabe des Gegenstandes in der Regel durch den Klageantrag kenntlich gemacht zu werden, besteht kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen in dieser Hinsicht. Und die Koreanischen Juristen bezeichnen das Gericht immer in der Klageschrift, obwohl es im § 249 Abs. 1 kZPO nicht ausdrücklich verlangt wird.

3. Prüfung der Klageschrift durch den Vorsitzenden

Einen augenfälligen Unterschied der koreanischen ZPO zur deutschen stellt die Prüfung der Klageschrift dar. Das Institut der Prüfung der Klageschrift stammt aus der japanischen Zivilprozessordnung.

Wenn die Klageschrift eingereicht wird, prüft der Vorsitzende des Prozessgerichts noch vor der Zustellung die Klageschrift danach, ob sie alle Angaben des notwendigen Inhalts enthalte. Wenn die Klageschrift nicht ordnungsmäßig ist, setzt der Vorsitzende dem Kläger eine Frist auf und ordnet durch Verfügung die Berichtigung und/oder Ergänzung der Klageschrift an (§ 254 Abs. 1 kZPO). Falls die Klageschrift innerhalb der Frist nicht berichtigt und/oder ergänzt wird, weist der Vorsitzende die Klageschrift (nicht die Klage!) durch Verfügung ab (§ 254 Abs. 2 kZPO). Gegen diese Verfügung findet sofortige Beschwerde statt (§ 254 Abs. 3 kZPO).

4. Ergebnis

Wie oben kurz beschrieben, erfolgt die Klageerhebung in Korea schriftlich. Die darauffolgende Phase, die Prüfung der Klageschrift, läuft meistens ebenfalls schriftlich. Die Verfügung zur Anordnung der Berichtigung und/oder Ergänzung der Klageschrift und die Abweisungsverfügung durch den Vorsitzenden sind in der Regel schriftlich, obwohl in der Wissenschaft die Meinung vertreten wird, für die Berichtigungs- und Ergänzungsverfügung genüge einfachere Form, beispielsweise telefonische Mitteilung. Für die Berichtigungs- und Ergänzungsverfügung wird aber in der Praxis ein Standardformular benutzt, daher läuft die Phase der Prüfung der Klageschrift gewöhnlich schriftlich.

Da die Prüfung der Klageschrift vor deren Zustellung durchzuführen ist und die Prüfungsbefugnis nicht dem Prozessgericht, sondern dem Vorsitzenden zusteht, kann keine mündliche Verhandlung stattfinden. Eine Möglichkeit, während der Klageschriftsprüfung den Kläger zu laden und zu hören, ist in der koreanischen Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Das statthafte Rechtsmittel gegen die Abweisungsverfügung ist sofortige Beschwerde, also in der Rechtsmittelinstanz um die Ordnungsmäßigkeit der Klageschrift ist eine mündliche Verhandlung gleichfalls nicht erforderlich.

II. AUSNAHMEN - MÜNDLICHE KLAGEERHEBUNG

1. Gesetz über das Verfahren in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit geringem Streitwert (unten als GeringSWG verkürzt)

Das GeringSWG enthält einige Sondervorschriften zu Vorschriften der koreanischen ZPO. Der Wert, der als "geringem Streitwert" gilt und die Anwendung dieses Gesetzes begründet, beträgt derzeit 20 Millionen koreanischen Won (ca. 20.000 \$ oder 12.000 Euro).

Nach dem GeringSWG kann die Klage mündlich erhoben werden (§ 4 Abs. 1, § 5 Abs. 2 GeringSWG). Die mündliche Erhebung der Klage erfolgt durch Erklärung zu Protokoll in der Geschäftsstelle des Gerichts (§ 4 Abs. 2 GeringSWG). Die beiden Parteien können auch freiwillig vor dem Gericht zum Termin erscheinen und über die Streitsache verhandeln (§ 5 Abs. 1 GeringSWG). Im letzten Fall wird die Klage durch mündliche Erklärung erhoben (§ 5 Abs. 2 GeringSWG).

Durchschnittlich beträgt die Quote der Streitigkeiten mit geringem Streitwert unter allen neuerhobenen Klagen über 70% (beispielsweise im Jahr 2006 75.1%). Aber die Möglichkeit der mündlichen Klageerhebung wird kaum in Gebrauch genommen. Denn das koreanische Gericht hält in der Geschäftsstelle ein Standardformular für die Klage bereit und versucht, den Kläger zu dessen Benutzung zu veranlassen, statt durch Erklärung zu Protokoll Klage zu erheben.

2. Fiktive Klageerhebung

A) Mahnverfahren

Nach der koreanischen Zivilprozessordnung gelten die Vorschriften über die Klage dem Mahnantrag entsprechend. Da die Klage, wie oben dargestellt, grundsätzlich schriftlich zu erheben ist, lässt sich die Auffassung vertreten, dass auch der Mahnantrag grundsätzlich schriftlich zu stellen sei. In der koreanischen gerichtlichen Praxis jedoch herrscht die gegenteilige Meinung: Anträge könnten bei fehlender besonderer Regel schriftlich oder mündlich gestellt werden (§ 161 Abs. 1 kZPO), der Mahnantrag kann also mündlich gestellt werden. Wenn später das streitige Verfahren eingeleitet wird, entweder durch die Erhebung des Widerspruchs (§ 472 Abs. 2 kZPO) oder durch den Antrag des Gläubigers im Fall, wo ihm durch Verfügung die Berichtigung der Schuldnerschrift angeordnet wird (§ 472 Abs. 1 kZPO), gilt die Klage als zum Zeitpunkt des Mahnantrags erhoben. Falls der Mahnantrag mündlich durch Erklärung zu Protokoll gestellt wurde und das streitige Verfahren später eingeleitet wird, gilt also der mündliche Mahnantrag als Klage.

B) Gerichtlicher Vergleich vor der Klageerhebung

Die koreanische Zivilprozessordnung kennt ausser dem Prozessvergleich einen "gerichtlichen Vergleich vor der Klageerhebung (wörtlich übersetzt. Dem Wesen nach eher 'ohne Prozess')". Die Parteien kommen vor ein Landgericht und schliessen einen Vergleich ab (§ 385 kZPO). Der gerichtliche Vergleich vor der Klageerhebung wird protokolliert (§ 386 kZPO) und hat wie der Prozessvergleich die Vollstreckbarkeit (§ 56 Nr. 5 koreanischer Zwangsvollstreckungsordnung). Der Antrag auf den gerichtlichen Vergleich vor der Klageerhebung kann mündlich oder schriftlich sein (§ 161 Abs. 1 kZPO). Wenn der gerichtliche Vergleich scheitert, können die Parteien die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragen (§ 388 Abs. 1). Dann gilt die Klage als zum Zeitpunkt des Antrags auf gerichtlichen Vergleich erhoben (§ 388 Abs. 2 kZPO). Falls der Antrag auf den gerichtlichen Vergleich vor der Klageerhebung mündlich war und nachher das streitige Verfahren eingeleitet wird, gilt der mündliche Antrag folglich als Klage.

C) Gesetz über das Schlichtungsverfahren in Zivilsachen

Der Antrag auf Schlichtung kann mündlich oder schriftlich gestellt werden (§ 5 Abs. 1 SchlichtungsG). Wenn die Schlichtung erfolglos ist, wird das streitige Verfahren eingeleitet. Dann gilt die Klage als zum Zeitpunkt des Antrags auf Schlichtung erhoben (§ 36 Abs. 1 SchlichtungsG). Der mündliche Antrag auf Schlichtung gilt im Fall der erfolglosen Schlichtung als Klage.

III. KLAGEÄNDERUNG, INTERVENTION ALS UNABHÄNGIGE PARTEI, WIDERKLAGE UND ZWISCHENFESTSTELLUNGSKLAGE

Die Änderung des Klageantrags ist schriftlich zu beantragen (§ 262 Abs. 2 kZPO). Die Änderung des Klagegrunds dagegen kann schriftlich oder mündlich beantragt werden.

Das Institut der Intervention als unabhängige Partei erlaubt dem Dritten, der den Streitgegenstand des Hauptprozesses ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt oder der durch das Ergebnis des Hauptprozesses sein Recht beeinträchtigt behauptet, in den Hauptprozess zu intervenieren. Der Intervenient kann seinen Antrag (seine Anträge) entweder gegen die beiden Parteien oder nur gegen eine Partei stellen (§ 79 Abs. 1 kZPO). Da die Intervention als unabhängige Partei der Natur nach eine neue Klage ist, ist sie durch die Einreichung der Klageschrift zu erheben.

Die Zwischenfeststellungsklage und die Widerklage sind, da sie selbstständige Klagen sind, schriftlich zu erheben.

Im Fall der Anwendung des GeringSWG können der Antrag auf die Änderung des Klageantrags, der Antrag des Intervenienten als unabhängiger Partei, die Zwischenfeststellungsklage und die Widerklage auch mündlich sein.

Übrigens, kann die Nebenintervention, die keine selbstständige Klage darstellt, schriftlich oder mündlich beantragt werden (§§ 72, 161 kZPO).

IV. EINE BESONDERE, KLAGEÄHNLICHE ART DES ENTSCHÄDIGUNGSANTRAGS - ADHÄSIONSPROZESS

Nach §§ 25 ff des Gesetzes zur Prozessförderung (unten als PFörderungsG verkürzt) kann im Verfahren vor dem Strafgericht vermögensrechtliche Ansprüche des Verletzten oder des Erben gegen den Täter geltendgemacht und entschieden werden. Die Entscheidung erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag des Verletzten oder des Erben.

Der Verletzte oder sein Erbe kann bis zum Ende der Verhandlung der ersten oder der zweiten Instanz den Entschädigungsantrag stellen (§ 26 Abs. 1 PFörderungsG). Der Entschädigungsantrag hat dieselben Wirkungen wie die zivile Klage (§ 26 Abs. 8 PFörderungsG), das bedeutet aber nur, dass durch den Antrag die Verjährung gehemmt, die Notfrist gewahrt wird. Die Geltendmachung desselben Anspruchs durch die Klageerhebung wird nicht durch Rechtshängigkeit gesperrt.

Das Gericht gibt dem Antrag im Urteil statt. Die Entscheidung über den Entschädigungsantrag ist vollstreckbar, und innerhalb des stattgegebenen Betrags kann der Verletzte seinen Anspruch nicht in einem anderen Verfahren geltendmachen. Der Angeklagte kann allerdings durch die Vollstreckungsklage die Umstände vor der Entscheidung über den

Entschädigungsantrag geltendmachen (§ 34 PFörderungsG), insoweit erwächst die Entscheidung nicht in Rechtskraft.

Der Verletzte oder sein Erbe und der Angeklagte können einen Vergleich abschliessen und lassen den Vergleich vor dem Gericht zu Protokoll nehmen. Dieser protokollierte Vergleich steht in Wirkungen dem zivilen Prozessvergleich gleich (§ 36 PFörderungsG).

Der Antrag auf Entschädigung ist schriftlich zu stellen (§ 26 Abs. 2 PFörderungsG). Hier ist die Möglichkeit eines mündlichen Antrags nicht vorgesehen.

V. EXKURS - PHASE NACH DER KLAGEERHEBUNG BIS ZUR MÜNDLICHEN VERHANDLUNG

1. Klageerwiderung

Die Vorschriften der koreanischen Zivilprozessordnung bezüglich der Klageerwiderung bilden noch einen Unterschied zu der deutschen ZPO.

Wenn der Beklagte sich gegen die Klage verteidigen will, hat er binnen einer Frist von 30 Tagen nach Zustellung der Klageschrift die Klageerwiderung einzureichen (§ 256 Abs. 1 S. 1 kZPO). Falls der Beklagte die Klageerwiderung nicht innerhalb der obengenannten Frist einreicht, gilt er alle den Klageanspruch begründenden Tatsachen gestanden und das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung das Urteil erlassen (§ 257 Abs. 1 kZPO).

2. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung

Ausser dem Fall der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ordnet der Vorsitzende die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung an (§ 258 Abs. 1 kZPO). Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung erfolgt dadurch, dass der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Prozessgerichts den Parteien Fristen zur Einreichung von vorbereitenden Schriftsätzen setzt und die Parteien dem Gericht vorbereitende Schriftsätze einreichen (§ 280 Abs. 1 kZPO). Während der Phase der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung kann der Vorsitzende einen Vorbereitungsstermin bestimmen und die Parteien laden, wenn er es für nötig hält (§ 282 Abs. 1 kZPO).

3. Ergebnis

Die koreanische Zivilprozessordnung regelt die Klageerwiderung gesondert von anderen vorbereitenden Schriftsätzen und sanktioniert ihr Versäumnis mit der Möglichkeit, ohne mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung läuft schriftlich, es sei denn, dass der Vorsitzende einen Vorbereitungsstermin für nötig hält. Im Verfahren vor dem Einzelrichter muss die Verhandlung nicht durch Schriftsätze vorbereitet werden (§ 272 Abs. 2 S. 1 kZPO), aber die Klageerwiderung ist in jedem Verfahren einzureichen.

Das bedeutet, der Zivilprozess in Korea läuft, wenigstens vor der Kammer, normalerweise noch lange nach der Klageerhebung schriftlich. Nach dem Abschliessen der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ist sofort der Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen (§ 258 Abs. 2 kZPO). Erst dann kommen mündliche Elemente im Prozess auf.

GREECE

SOME REMARKS CONCERNING THE PRE-TRIAL STADIUM AND THE PROCEEDING BEFORE THE COURT ACCORDING TO THE GREEK CODE OF CIVIL PROCEDURE

DIMITRIS N. MANIOTIS

Prof. Dr. Law Faculty of Democritos University / Komotini - Greece

I. THE DOMINANT ROLE OF THE PARTIES CONCERNING THE DISPOSAL OF THEIR RIGHT IN CIVIL PROCEDURE

One of the main principles of the Greek Civil Law is the freedom which enjoy the parties to dispose their rights. The private autonomy is subjected to the limitation of art. 281 gr. C.C. according which the exercise of a right in an abusive way is considered as unlawful.⁴¹⁴ The Greek Code of Civil Procedure respects the main principle of the Civil Law mentioned above. Therefore the parties have to undertake the initiative for the commencement of an action. The free disposition of the parties is provided by art. 106 gr. C.C. Proc. and goes hand in hand with the principle of private autonomy prevailing the Greek Civil Code⁴¹⁵. A court must not award the plaintiff's relief not formally requested not go beyond the request submitted. The plaintiff may withdraw the complaint and the defendant may acknowledge the claim (arts. 294, 296 and 298 gr. C.C. Proc.) or accept the truth of unfavorable facts (confession before the court, art. 352 gr. C.C. Proc.). That means that the parties have a dominant role for the commencement and the termination of a pending case.⁴¹⁶ The most prominent exception to the rule of the dominant role of the parties in civil proceeding is introduced by the rules regulating the administration of provisional remedies. For example according to art. 691 C.C. Proc. the judge acting on his own motion may select all the necessary material for the decision.

II. THE BEGINNING OF THE PENDENCY

For the commencement of an action the plaintiff has to bring a written complaint to the secretary of the court. The option of an oral commenced action is provided theoretically before the clerk of the Justice of the Peace. Before the same court the defendant is allowed to answer orally during the hearing without submitting written pleadings. Before the other courts parties have to submit written pleadings. As a rule parties do not have to disclose the means of proof. According to art. 463 gr. C.C. Proc. for the admissibility of attacks against document for falsity the party has to submit simultaneously the relative document of attestation and to nominate the witnesses and other means of proof. According to art. 468 § 1 gr. C.C. Proc. the party, who commences an action for small claims, has to refer with the submitted complaint to all the means of proof for the

⁴¹⁴ *M. Stathopoulos*, Contract Law in Hellas (in English, 1995), Nr 34.

⁴¹⁵ *P. Yessiou - Faltsi*, Civil Procedure in Hellas (in English, 1995), p. 46.

⁴¹⁶ For further details, *K. Kerameus*, Judicial Organization and Civil Procedure, in: *K. Kerameus, P. Kozyris*, Introduction to Greek Law (in English, 1988), p. 246.

establishment of the small claim. According to art. 444 Nr. 3 gr. C.C. Proc. mechanical portrayals are to be considered as private documents. Their authenticity can be established through any kind of electronic signature. Art. 444 Nr. 3 gr. C.C. Proc. can not lead to the acceptance of electronic documents of disposal, because art. 160§1 gr. C.C. provides the handwritten signature for documents of disposal and only the advanced electronic signature has been accepted as a means of equal validity (art. 3§1 Presidential Decree 150/2001). As long as infrastructure of the courts is available, no legal barriers can prevent the production of electronic procedural acts under the conditions mentioned above.

The clerk appoints date and time of the hearing and enters the case in the docket (arts. 215 and 228 gr. C.C.Proc.). After the action has been brought to the secretary of the court, who appoints a date and time of the hearing (arts. 215 C.C.Proc. and 226§1 C.C.Proc.), the litigation has to be considered as pending (art. 221§1a C.C.Proc.).

III. FORMAL REQUIREMENTS FOR THE ACTION

Actions have to fulfill the formal requirements provided for the procedural acts. The name of the court where the action is raised, names and domicile of the parties or their representatives, date and signature of the party's attorney (arts. 118 and 117 gr. C.C.Proc.) are some of the formal requirements for every procedural act also for the action.

According to art. 159 gr. C.C.Proc. violations concerning the formal prerequisites of procedural acts lead to their nullity. Procedural nullities are to be clearly distinguished from the void juridical acts. In contrary to the declaratory character of a judicial decision which determines the nullity of juridical acts, judicial decisions have to rescind void procedural acts. Until the nullity is invoked, the procedural act produces its legal effects.⁴¹⁷

With the exception of signature, which is to be considered as a ground of validity for each procedural act, the lack of the rest formal requirements has the "relative nullity" of the procedural act as a consequence.⁴¹⁸ In such a case the pronouncement of nullity depends on whether the lack of formal requirement for the procedural act has caused concrete irreparable "detriments" to the party who demands its nullity (art. 159 nr. 3 gr. C.C. Proc.).

IV. THE CONTENT OF THE ACTION

To the content of the action as a procedural document belong also the reference to the value of the object in litigation in disputes involving property and the grounds for the establishment of subject matter or territorial competence (art. 216§2b gr. C.C. Proc.). The judge exercising his duty for the collaboration with the parties (art. 227 C.C. Proc.) may invite the plaintiff to correct the omissions derived from art. 216§2 C.C. Proc.⁴¹⁹

⁴¹⁷ More about the topic s. *A. Sophialides*, Procedural Nullity (in Greek, 1991), pp. 291 ff.

⁴¹⁸ *K. Kerameus / D. Kondylis / N.Nikas* (G. Orfanides), Code of Civil Procedure. Article by Article Commentary (in Greek, 2000), art. 118 Nr.3

⁴¹⁹ *K. Kerameus /D. Kondylis/ N.Nikas* (K. Makridou), op. cit., art. 216 Nr.1.

According to art. 216§1 C.C.Proc. the complaint has to contain the grounds establishing the cause of the action and an unambiguous specification of the relief requested. Art. 216§1 gr. C.C. Proc. provides expressis verbis that the complaint must make a clear and unambiguous report of the facts which according to the substantive law support the action (art. 216§1a gr. C.C. Proc.) an exact description of the object in litigation (art. 216§1b gr. C.C.Proc.) and a certain relief (art. 216§1c C.C.Proc.). Failure to correspond to the duties mentioned in art. 216§1 gr. C.C.Proc. the complaint is to be rejected as inadmissible also on the court's own motion.

V. LEGAL CONSEQUENCES OF AN INSUFFICIENT REPORT OF FACTS

According to the Greek case law and doctrine the reference of the factual grounds in the complaint fulfils the requirement of art. 216§1a gr. C.C. Proc. under the condition that specific facts are reported, which have taken place in concrete place and time. Distinguishing the legal relationship in litigation from other sources of liability, the individualization, in other words, of the legal relationship, is not enough.⁴²⁰ An action which does not include sufficient concretization of the facts referred to is qualified as "vague" and is dismissed as inadmissible also on the motion of the court.⁴²¹

In the complaint all facts are to be reported, so that the conditions of the legal rules, which support the relief, are to be considered as fulfill. Otherwise the action is to be dismissed as legally unfounded. Examining the legal foundation of the action the judgment produces *res judicata* effect as any meritorious judgment under the condition that it is no longer subject to an ordinary method of attack. On the other hand a judgment qualifying an action as "vague" based on art. 216§1a gr. C.C. Proc. dismisses it as inadmissible on procedural grounds. It becomes *res judicata* only in connection with the decided procedural grounds.⁴²² A judgment with *res judicata* effect on procedural grounds does not preclude a subsequent action, "if this is relieved from the previous procedural effect".⁴²³

VI. NO ALTERATION OF THE FACTUAL BASIS AND THE REQUESTED RELIEF

Referring to legal aspects or arguments does not belong to the compulsory content of the complaint (*jura novit curia*). After the pendency has been entered the factual basis of an action can not be altered (art. 224 gr. C.C. Proc.) neither modification, as a rule, regarding the requested relief is allowed (art. 223 gr. C.C. Proc.). The plaintiff is not allowed to substitute with his pleading a "vague" report of facts contained in the complaint with a modified factual basis.⁴²⁴ The defendant needs sufficient time-space to prepare his answer. Therefore the inadmissibility

⁴²⁰ *G. Mitsopoulos*, Gedanken zu einigen wichtigen Problemen des Zivilprozessrechts, ZZP 1978, 121; *K. Kerameus*, Manual of Civil Procedural Law (in Greek, 1986), p. 206.

⁴²¹ *Faltsi*, op. cit. (note 2), p. 185.

⁴²² *Kerameus*, op cit. (note 7), p. 206/207; *Faltsi*, op. cit. (note 2), p. 185
note11.

⁴²³ *Faltsi*, op. cit. (note 2), p. 237.

⁴²⁴ *Kerameus*, op. cit. (note 7), p. 219.

connected with the alteration of the factual basis of an action contributes to the right of defense guaranteed by the Greek Constitution (art. 20§1)⁴²⁵.

VII. TYPES OF DEFENDANT'S NEGATIVE ANSWER (THE QUALIFIED DENIAL AND THE EXCEPTION)

The defendant, who comes to the hearing and decides to give a negative answer, can either deny the facts as reported by the plaintiff (art. 261 gr. C.C. Proc.) or exercise exceptions (art. 262 gr. C.C. Proc.) or counterclaims (art. 268 gr. C.C. Proc.). The denial of the claim may be based on new facts brought by the defendant (qualified denial, *negatio per positionem alterius*). The denial is accompanied by a relief with which is requested the dismissal of the action. In such a case the defendant referring to specific reasons tries to put the factual basis of the action in another context. According to art. 262§1 gr. C.C.Proc. a clear factual basis and a specific relief constitute also the prerequisites for an admissible exception.

The defendant is entitled to exercise counterclaim by commencing a cross action at the first hearing (art. 268 gr. C.C.Proc.). With the cross action the defendant has to make a clear and unambiguous report of the facts supporting his counterclaim. A connection between the counterclaim and the plaintiff's claim based on the substantive law is not required by the Greek Code of Civil Procedure. Special provision regulates the territorial competence for the cross action. Counterclaim has to belong to the subject matter competence of the same or of an inferior court in comparison to the subject matter competence provided for the plaintiff's claim (art. 34 gr. C.C. Proc.).

VIII. SOME REMARKS CONCERNING THE DISTINCTION BETWEEN THE QUALIFIED DENIAL AND THE EXCEPTION

Also the defendant who denies the causes of action in a qualified manner may give specific reasons by reporting facts. With both types of defense the defendant may allege that the plaintiff's right has never existed. Therefore the distinction between the qualified denial and the exception, although significant for the allocation of the burden of proof, is not theoretically always clear.

According to art. 338§1 gr. C.C.Proc. each party has to prove the facts which are required to support his independent claim or counter-claim. That means that the claim or counterclaim has to be based on independent cause both in factual and legal terms. Exceptions with their own legal and factual basis also have to produce directly separate legal consequences.

The defendant's answer to the action with its separate factual basis having no independent legal basis and producing no legal effects is to be qualified as *negatio per positionem alterius* because it is not sufficient to prevent the legal effects of the plaintiff's claim in the case that its legal prerequisites are present.⁴²⁶ If for example in the bowels of dead cattle were found certain amounts of poisonous substances and the impaired farmers commence an action against the

⁴²⁵ *D. Maniotis* The Principle of Keeping a Preparatory Stadium before the Trial (in Greek, 1994), pp. 123/124.

⁴²⁶ *G. Mitsopoulos*, Procedural Acts, Volume in Honor of *G. Rammos* II (in Greek, 1979), p. 641; *G. Nikolopoulos* About the Meaning and the Function of Exceptions (in Greek, 1987), p. 125.

producer of feeding products consumed by the cattle, the defendant may allege that noxious substances penetrated into the groundwater from a chemical factory. Such emissions have caused the damage. In this case the defendant denies the existence of the prerequisites for the establishment of the plaintiff's right. The defendant's answer produces no direct legal consequences. It is just a contradiction to the facts reported by the plaintiff by presenting another factual basis. The defendant alleges that another person is liable for the damages and denies his liability. He does not prevent the legal consequences of plaintiff's claim, because the nomination of the possible liable person done by the defendant has no direct legal effects. Besides it is possibly based on the same legal ground with the plaintiff's claim.

IX. THE ROLE OF THE COURT DURING THE PROCEEDING

In the frame of the principle of free disposition of the parties and the principle of party presentation (art. 106 gr. C.C.Proc.) the Greek civil judge emerges as a more or less passive figure, with authority mainly related to the application of legal norms.⁴²⁷ However the Greek Code of Civil Procedure does not ignore the principle of collaboration between the court and the parties. According to art. 236 gr. C.C. Proc. the court has the duty to intervene and help the parties to properly expose their factual statements. Scholars based on art. 236 gr. C.C.Proc. have formulated the opinion that the judge may help the party to convert a "vague" action to admissible.⁴²⁸ Such an opinion has to take into account the defendant's right of defense, as guaranteed by art. 20§1 of the Greek Constitution and comes in contradiction to art. 224 gr. C.C.Proc. as mentioned above.⁴²⁹ Besides art. 236 gr. C.C.Proc. has to be interpreted in the frame of the principle introduced by arts. 216§1 and 224 gr. C.C.Proc., according which the parties are free to determine the object in litigation.

The court has the authority to order the taking of evidence (art. 107 gr. C.C. Proc.), but the collection and presentation of facts belong to the duties of the parties. The court, in order to contribute to the acceleration of the procedure, may also order the procedural connection of several actions (arts. 218 and 246 gr. C.C. Proc.).

X. SERVICE OF THE SUMMONS AND THE PRINCIPLES OF CONCENTRATION AND OF THE ORAL PROCEEDING

The commencement of the action opens the preparatory stadium of the trial. Service of the summons is to be completed in a time limit of thirty days after the written complaint has been brought to the court. The same time limit is sixty days for persons residing abroad (art. 229 gr. C.C.Proc.). After the service of summons parties may present their factual or eventually also legal allegations by submitting pleadings.

At the end of the preparatory stadium before the hearing parties have to submit to the court with their pleadings all factual allegations (principle of concentration provided by art. 269 gr. C.C. Proc.). After the commencement of the action, which can take place without any previous notice to the prospective

⁴²⁷ *Faltsi*, op. cit. (note 2), p. 54.

⁴²⁸ *K. Makridou*, The "Vague" action, 2nd Ed. (in Greek, 1996), p.p. 244 ff.

⁴²⁹ *Supra* in text between the exponents Nr. 11 and 12.

defendant⁴³⁰, the parties are required to submit pleadings until a time limit before the hearing provided by the law. In a later time limit before the hearing each party may submit further pleadings for the denial or contradiction of his counter party's-allegations (art. 237 gr. C.C. Proc.). After this later time limit the preparatory stadium of the trial is terminated and the judge may inform himself concerning the concentrated party - allegations of the pending case. Exceptions to the principle of concentration are provided by art. 269 gr. C.C. Proc.. They concern mainly allegations considered any time on the court's own motion, also allegations submitted later due to justified subjective reasons. Art. 269 gr. C.C. Proc. introduces, therefore, the so called subjective preclusion concerning the delayed submitted factual allegations. Proceedings before the courts of first instance are oral (art. 270 gr. C.C.Proc.). The proceedings before the court of appeal as a rule are not oral. Oral proceedings are provided in the case of an attack on default judgments addressed to a court of appeal (art. 529§2 gr. C.C.Proc.). Cassation proceedings are also oral.

XI. THE ADMISSIBILITY OF PROCEDURAL CONTRACTS

The Greek Code of Civil Procedure consists of compulsory and facultative regulations. Rules regulating the territorial competence, which can be modified through procedural contracts (art. 42 gr. C.C.Proc.) are an example of facultative and not rigid regulations. According to the prevailing opinion procedural contracts are allowed in the frame of Greek Civil Procedural Law under two conditions. They do not have to contradict to compulsory rules i.e. rules concerning judicial powers and duties connected with the administration of justice. Therefore procedural contracts, with which the modification of the rules concerning the binding effects of judgment or the probative effect of documentary evidence is agreed, produce no legal effects.

The second condition refers to the disposition of the parties' procedural powers. Their contractual withdrawal from the power concerning the attack on judgment produces no legal effects, if it covers in abstracto every future controversy. In contrary the withdrawal from the power of exercising an appeal on an ad hoc final judgment is regarded as a rule as admissible. Therefore the contractual restraints from the parties' powers has to be agreed only when they can determine with accuracy the legal consequences of such a behaviour at the time of the agreement.⁴³¹

XII. SETTLEMENT IN LITIGATION

The Greek Civil Procedural Law encourages the tendency for conciliation with mutual concessions between the parties. Greek judges may be occupied with conciliation efforts even before the commencement of an action. Parties can take advantage of the conciliatory intervention by the justices of the peace (arts. 209-214 C.C. Proc.). The initiative for the introduction of such an attempt at conciliation belongs entirely to the parties. It results the pendency of the case.⁴³²

Mandatory attempt at conciliation is provided by art. 208 C.C.Proc., according which judges of the peace must attempt conciliation between the parties

⁴³⁰ *S. Kerameus*, op. cit. (note 3), p. 248.

⁴³¹ *Mitsopoulos*, op. cit. (note 13), p. 649.

⁴³² *K. Calavros*, Manual of Civil Procedure (in Greek, 2003), Nr. 5.

before any hearing of the case. Another case of mandatory conciliation is provided by art. 214a. C.C.Proc. for actions belonging to the subject matter competence of the three member courts of first instance. This last attempt has to be undertaken by the plaintiff's attorney under the penalty of inadmissibility of any further proceeding. The attorney's mandatory attempt at conciliation has to take place after the commencement of the action until the hearing of the case (art. 214a § 1 C.C.Proc.). During the concrete mandatory attempt at conciliation the dispute between the parties as a whole is examined (art. 214a § 4 gr. C.C.Proc.). According to the teleological interpretation of the rule also counterclaims belong to its subject matter.⁴³³ The attempt at conciliation provided in art. 214a gr. C.C. Proc. is permissive concerning the possible interventions or other incidental actions (art. 214a§10 gr. C.C.Proc.). In the case of necessary joinder of parties a unified conciliatory proceeding is necessary, when the matter in dispute refers to undivided rights.⁴³⁴

Although in recent years advocates are more engaged in extra judicial legal consultation, they show unwillingness to take advantage of the procedure for the mandatory attempt at conciliation in an effective manner. They may have the opinion that in this way they protect their professional reputation.⁴³⁵

The agreement for the settlement of the dispute closed by the parties after the conciliatory attempt of the judge, has the legal effect of a compromise in court (art. 212§4 gr. C.C.Proc.). Minutes are kept during the judicial attempt at conciliation (art. 212§1 gr. C.C.Proc.). They are regarded as enforceable instruments concerning the terms of the settlement.⁴³⁶ Minutes are also kept during the mandatory attempt at conciliation undertaken by the plaintiff's attorney (art. 214a§5 gr. C.C.Proc.). They are regarded as enforceable instruments after they are confirmed by presiding judge of the court at which the case is pending (art. 214a§6 C.C. Proc.). The judicial conciliation and the conciliation after the mandatory attempt of the plaintiff's attorney have no *res judicata* effect, because no judicial decision is required for their confirmation. Consequently they don't have to hinder the parties from bringing the same claim to a new trial, during which its substantive grounds are to be examined.⁴³⁷ The opinion mentioned above is not unanimously accepted.⁴³⁸ Anyway the public documents, in which the terms of the compromise are recorded, have a qualified probative weight according to the Greek law of evidence. Therefore the court has to accept in a future decision the facts as they are reported in the documents. The contract of compromise is regulated by art. 871 gr. C.C.. According to the rule the parties through compromise can settle their disputes about a legal relationship with mutual concessions. Therefore the compromise may be attacked on grounds of the

⁴³³ *Calavros*, op. cit., Nr. 21.

⁴³⁴ *Calavros*, op. cit., Nr. 17.

⁴³⁵ *K. Kerameus*, The Function of Conciliation as a Means of Avoiding Litigation and Settling a Dispute (in English), *Revue Hellenique de Droit Internationale* 1982-1983, p. 236.

⁴³⁶ *N. Nikas*, The Compromise in Court (in Greek, 1984), p. 179.

⁴³⁷ *Nikas*, op. cit., pp. 252/253.

⁴³⁸ *Faltsi*, op. cit. (note 2), p. 299.

substantive law. Such an opinion is also in accordance with art. 293 gr. C.C. Proc. The rule provides that compromise in court produces legal effects under the condition that it meets the prerequisites of both civil and procedural law. The compromise in court is a procedural act and at the same time a contract depending on the rules of the civil law.⁴³⁹ The same art. 236 gr. C.C. Proc., which introduces the principle of collaboration between the court and the parties as mentioned above, can stimulate the court to lead the parties to a compromise. However this duty is regarded as a *nobile officium*, because judges do not favor such an activity. Two reasons support this tendency: The overloaded dockets and the doubts concerning judicial impartiality provoked by any activation of the judges.⁴⁴⁰ On the other hand a successful conciliation led by the judge assumes that her/his personality is respected by the parties and has influence upon them.⁴⁴¹ Parties can respect the personality of the judges, if they trust their good judgment. That means that they have to be convinced that their cases are to be adjudicated by impartial judges with social experience. Parties with a strong belief upon the judicial impartiality can easily accept the active role of the judges concerning the conciliation of disputes. The methods of selection, promotion and control over judiciary can contribute essentially to the establishment of the confidence upon their impartiality.

XIII. CONCLUSIVE REMARKS

During the preparatory stadium of the proceeding before the court the Greek lawgiver through the interdiction of the alteration of the factual basis and the requested relief, the compulsory content of the action and the principle of concentration tries to give enough time to parties in order to be informed concerning the counter party's allegations and prepare their answer. Also the judge has the possibility to collaborate with the parties, the witnesses the experts etc. during the hearing, because she/he has enough time to get knowledge concerning the grounds of the case during the pre-trial stadium. Both reasons mentioned above contribute to the protection of the parties' hearing before the court as provided by the Greek Constitution (art. 20.). With art. 236 gr. C.C.Proc. which is to be combined with art. 106 gr. C.C. Proc. the principle of collaboration between the court and the parties, which protect the later from unexpected judgment and helps them to avoid the inadmissibility of their procedural acts, is to be understood in the frame of the principle of free disposition of the parties and that of party presentation. The Greek Code of Civil Procedure favors the settlement in litigation. Judges, attorneys and parties are reluctant to take advantage of such possibilities. A characteristic feature of the Greek Code of Civil Procedure is its rigid formality. Therefore procedural contracts are to be considered as admissible under specific conditions. With the relative preclusion of facts as provided by art. 269 gr. C.C.Proc. and the relative nullity of procedural acts as provided by art. 159 Nr. 3 gr. C.C.Proc. the Greek lawgiver takes into account the principle of equity (*aequitas*) and tries to balance the need for legal certainty with the need for the issue of meritorious judgments and the promotion

⁴³⁹ *Nikas*, op. cit (note 23), p. 393; *Kerameus*, op. cit. (note 7), p.p. 360/361.

⁴⁴⁰ *Kerameus*, op. cit, (note 22), p. 237.

⁴⁴¹ *Kerameus*, op. cit. (note 22), p. 237.

of the distributive justice. There are certain types of defendant's negative answer. The distinction between the qualified denial and the exception contributes to the allocation of the burden of proof according to art. 338§1 gr. C.C.Proc.

USA

CIVIL PROCEDURE IN THE USA ⁴⁴²

DR. JAKOB REINHARD, LL.M. (EMORY)

This paper focuses on the civil litigation rules of the Federal Court system set out in the Federal Rules of Civil Procedure (hereinafter FRCP) and the pertinent judiciary statutes for the Federal Courts set out in 28 United States Code. The separate state court system of the 50 states is not covered herein. Nevertheless, the fundamental principles and systemic concepts of civil litigation in the state courts resemble the model of the FRCP. It should be noted that issues of civil law are allocated by the Constitution of the United States primarily with the states. The legislative power of Congress is limited in this area.

The FRCP have been amended extensively in the last few years, the latest changes came into effect December 1, 2007.

The Federal Courts are courts of limited jurisdiction by origin and design. They derive their personal jurisdiction from the personal jurisdiction rules of the state where the Federal Court is located. Personal jurisdiction answers the question whether the defendant has sufficient contacts with the forum to justify the court exercising jurisdiction over the defendant or its property. The issue of personal jurisdiction is especially relevant for foreigners as defendants in American courts, as the lack of personal jurisdiction is an effective defense to obtain a dismissal of the suit.

The subject matter jurisdiction – i.e. what kind of civil disputes the Federal Courts may hear and decide – is limited to three categories: (i) exclusive jurisdiction, (ii) federal question jurisdiction and (iii) diversity jurisdiction. The two latter categories do not make it mandatory for plaintiffs to file suit in a Federal Court; a defendant only has the option to remove the suit to a Federal Court. State courts are courts of general jurisdiction, giving them the competence for any cause of action, if not exclusively in the domain of the Federal Courts.

Ad (i): this category encompasses certain subject matters, which – by nature and constitutional allocation – are vested in the federal system, e.g. admiralty and maritime matters, bankruptcy, patent and copyright, civil forfeiture, cases where the U.S. is a party or cases under Securities Exchange Act of 1934.

Ad (ii): when a lawsuit raises a federal law question to be answered in order to solve the legal dispute, then the plaintiff can file the lawsuit in Federal Court or the defendant has the option to move the suit to Federal Court by filing a motion in the state court where the case is pending. The cause of action may still be based on state substantive law, but may contain a substantial federal question. For the majority of cases brought under federal question jurisdiction, the suit arises under the federal law which creates also the cause of action. The federal question has to be presented in the claim for the court to be cognizant. A defense

⁴⁴² Literature: Reinhard, Klageerhebung und Beklagtenschutz im US-amerikanischen und deutschen Zivilprozess.

that raises a federal question does not create the federal question jurisdiction, even if the plaintiff anticipates and sets out such a defense in his complaint.

Ad (iii): here, the Federal Court has jurisdiction if the lawsuit involves a controversy between citizens of different states, a citizen of a state and an alien, or between a foreign state and a citizen of a state. The concept of diversity jurisdiction attempts to prevent bias against out-of-state parties in state courts by giving the out-of-state defendant the option to transfer the case from state court to Federal Court, but only if the amount in dispute is above a certain sum (presently USD 25,000). Obviously, the cause of action has to be based on state law and neither of the above mentioned categories applies. The protective effect is based on the juror pool of the Federal Courts, as the jury is the ultimate fact finder group in an eventual trial, if the parties do not waive the constitutional right to a jury trial. To reduce the above mentioned presumed bias against out of state defendants, the Federal Courts draw from a much larger geographical pool of potential jurors, making the Federal Courts the preferred forum in these instances.

However, Federal Courts abstain from exercising their jurisdiction, albeit the diversity jurisdiction applies here, in cases concerning domestic relations (e.g. custody of a child, alimony and support obligations) and core probate matters.

With the jurisdiction of the Federal Courts being limited to the above mentioned three categories, consequently, small claims courts exist – if at all – only in the state court system. To what extent states provide small claims courts is in the discretion of the legislature of the respective state.

Despite having personal and subject matter jurisdiction, a Federal Court may abstain from hearing the case in extraordinary or narrow circumstances. As Federal Courts apply state law in diversity cases, a lawsuit might force the Federal Court to solve an unclear or unresolved question of state law, thereby potentially interfering with the competence of state legislation or state courts.

The forum non conveniens concept is a defense motion, asking the court to dismiss the case because the lawsuit can be heard in another, more appropriate foreign forum. This defense is a useful defense tool if foreign plaintiffs try to avail themselves of the American court system, thereby hoping to benefit from the advantages of the American legal system for the plaintiff, procedural as well as substantive.

As a rule, judges at the Federal Courts are of a higher caliber and the jury for a potential jury trial is drawn from a larger geographical area, making Federal Courts the forum of choice for more sophisticated defendants.

The FRCP state explicitly that there is only one form of action – the civil action. Consequently, the FRCP do not provide for any separate modes or forms of civil procedure depending on subject matter or amount of dispute. It should be noted, though, that for bankruptcy cases a special court exists. However, in case of class actions, due to the inherent difficulties of such mass litigation, certain special rules apply to handle these categories of plaintiffs and provide additional protection against abuse, e.g. certifying of a class before the the case can proceed as class action under Rule 23 (c). Also, if several lawsuits are filed in different courts and these lawsuits have a common federal question, such lawsuits can be joined by application to a Multi-District Litigation Panel and transferred to one district court.

A complaint has to be filed in writing. This follows from the wording of Rule 4 (c) (1), which requires the summons to be served with a copy of the complaint. In addition, Rule 10 - Form of Pleadings – requires the complaint to be designated as such and state in the caption the court's name, a title and name all the parties. The substantive requirements for the drafting the complaint as such are set out in Rule 8. Pursuant to this rule, only short and plain statements of jurisdiction, of the claim stating that pleader is entitled to relief and a demand for the relief sought are required. As Rule 8 (d) (1) emphasizes, no technical form is required, a simple, concise and direct allegation is sufficient. Rule 9 – Pleading Special Matters – creates only a slightly higher standard for fraud and conditions of mind. With these rules for guidance, a plaintiff has to overcome only a rather low threshold for filing a complaint. Such unsophisticated standards serve as reminder of the fundamental decision to provide easy access to the courts due to the importance of courts in the common law system to create law and thereby supplement the legislation. The case law of the Supreme Court has consistently upheld the idea that Rule 8 embodies the concept of notice pleading and has refuted higher standards of pleading, with rare exceptions for special areas of law, e.g. securities and anti-trust. The purpose of weeding out frivolous or meritless claims is left to the rules of pleadings and motions, especially motions for summary judgment, as well as discovery. Only a fair notice for the defendant is required of what the plaintiff's claim is and the grounds upon which it rests.

Nevertheless, the FRCP attach some significance to the signature under any pleading pursuant to Rule 11. The signature is the certification of the attorney or unrepresented party that, inter alia, the pleading, written motion or other paper is not filed for improper purpose, any claim, defense or other legal contention is not frivolous and any factual contentions have evidentiary support. If the opposing party should determine that a pleading or motion is frivolous, the party may move for sanctions pursuant to Rule 11.

The filing of the claim and service of process on the defendant initiates the phase of pleadings and motions. This phase has potentially hearings concerning the motions of the parties over the briefs filed. The reaction of defendant is twofold: a reply and, if the complaint is deficient, certain motions to attack the complaint. It is possible to include the attacks on the complaint in the reply or file separate motions.

The defendant now has to use his reply and the legal instruments set out in Rule 12 to force the plaintiff to substantiate the claim or suffer a dismissal. Already in the reply, the defendant has to set out according to Rule 8 (c) certain affirmative defenses such as statute of limitation, laches, estoppel, accord and satisfaction, arbitration and award, assumption of risk, contributory negligence, discharge in bankruptcy, duress, failure of consideration, payment and res judicata.

The defendant has a variety of motions which are used to attack the complaint and obtain an early dismissal of the lawsuit. Rule 12 is – after the defenses set out in Rule 8 (c) – the earliest line of defense for a defendant to obtain a dismissal without entering the costly and time consuming phase of discovery. As the legal instruments of Rule 12 (b) do not involve any analysis of evidence beyond the facts set out in the respective briefs of the parties or only a very limited analysis of documentary evidence readily available and rely on questions of law to decide the case, a hearing without a jury as a fact finder is

sufficient for a judgment. For the purpose of such early judgments (the so-called summary judgments), the facts provided by the plaintiff are assumed as true and any question of doubt is solved in favor of the plaintiff. Now should all the facts as set out by the plaintiff, assuming they are true, fail to state a claim upon which relief can be granted, the claim is dismissed. The defendant is obliged to raise all possible defenses under Rule 12, if applicable, in the first motion, Rule 12 (g) (2). These defenses include lack of personal or subject matter jurisdiction, improper venue, insufficient process, insufficient service of process, failure to state a claim upon which relief can be granted or failure to join a party under Rule 19. The latter refers to cases where another party has to be joined in order for the court to accord complete relief or to protect the interests of the party to be joined or of the existing party. Pursuant to Rule 12 (i), the court must hear and decide any motion made pursuant to Rule 12 (b)(1)-(7). In the alternative, the court can decide to defer the decision until trial. Such a deferral, however, is practically never made in the case of lack of subject matter jurisdiction.

Electronic filing of briefs and documents: The FRCP do not explicitly prohibit such an approach. Electronic filing is based on local rules of the respective Federal District Court. Each Federal District Court has a certain limited competence to create local rules for the civil (and criminal) proceedings, which govern inter alia such issues as size and color of paper for briefs, number of copies to be filed and also the option of electronic filing. Whether electronic filing is possible in State Courts, should most likely depend on the state rules of civil procedure and the technical equipment of the relevant court.

Rule 16 is the pivotal regulation for active case management by the judge. This rule empowers the judge to schedule one or more pretrial conferences. The central purpose of these conferences is to expedite disposition of the action, establishing and continuing control so that the case will not protracted because of lack of management, discourage wasteful pretrial activities, improve the quality of the trial through more thorough preparation and facilitate settlement of the lawsuit. These conferences are compulsory and are scheduled either after consulting the parties and the attorneys or after receiving the parties' report pursuant to Rule 26 (f). This report under Rule 26(f) relates to a compulsory meeting of the parties to discuss the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities of a prompt settlement or resolution of the case, make arrangement for the different aspects of discovery, including a discovery plan pursuant to Rule 26 (f) (3). Fourteen days after the said inter-party conference, a report has to be submitted to the court outlining the plan.

Such a pretrial conference has to take place as soon as practicable, but no later than 120 days after any defendant has been served with a complaint or 90 days after any defendant has appeared, Rule 16 (b)(2).

During the discovery phase, the parties are in control. They conduct the gathering of evidence, review the documents, hearings of witnesses and experts. The judge is insofar involved as the parties can file motions during the discovery, typically to limit the access of opposing party to evidence or to access documents the opposing party refuses to provide etc. However, the judge still maintains an important role. For the discovery phase, case management by conferences is an important method for the judge to maintain control of the case and set out a schedule for the parties to further a speedy and comprehensive solution. It is possible for the judge to discuss stipulations of facts in such conferences pursuant

to Rule 16 to avoid unnecessary discovery and narrow down the factual disputes of the case. Such stipulations of facts might be considered as contracts between the parties. In addition, hearings may be necessary to decide on motions filed by the parties, especially if one party is not compliant with the production of evidence. As mentioned before, a discovery plan is drafted by the parties pursuant to Rule 26 (f) to set out issues of privileges concerning information, changes in timing, form or requirements for disclosure under Rule 26(a), the subjects on which discovery may be needed, when discovery should be completed and whether discovery should be conducted in phases or be limited or focused on particular issues, the topic of electronically stored information, what changes should be made in the limitation on discovery imposed under the FRCP.

If the lawsuit is not settled or otherwise terminated during the pleadings and motions phase or discovery phase, a final pretrial conference is scheduled to organize an efficient trial, especially with regard to the admission of evidence. This is intended to improve efficient allocation of resources of the court and parties to obtain the best effect for a swift solution of the dispute. Additionally, the judge is supposed to prevent abuse of litigation instruments, as parties can tend to wage a war of attrition by taking too much time and requesting excessive amounts of information. Due to the American Rule of Costs, time is a valuable commodity and extensive litigation can put a strain on financial resources of a party. Especially the discovery phase is often abused to pressure a party into settlement (the so called “nuisance value of litigation”).

The FRCP do not contain any provisions, which directly create obligations of the parties before a complaint is filed. However, the rules relating to discovery have certain elements, which have anticipatory effects for parties which have certain indications that a lawsuit may be filed or filing is intended concerning the preservation of evidence. Presently, this affects with heightened impact for the parties electronically stored data and documents. As companies create a huge amount of electronically stored data and documents, document retention and preservation of this type of documents is often enough essential for a lawsuit. Therefore, companies should implement a policy which prohibits document destruction, if a lawsuit is threatening or imminent – the so-called litigation hold, if a lawsuit is reasonably anticipated. The FRCP do not specify the exact moment when any routine document deletion policy has to be put on hold. The exact requirements of the issues related to the discovery and preservation of electronically stored information is presently hotly debated and already decisions were handed down to interpret the relevant FRCP regulations. Failure to comply which these demands regularly creates negative legal consequences for the culpable party, e.g. shifting the burden of evidence, negative presumption etc. Naturally, the intentional destruction of relevant documents, in what form whatsoever, when litigation is imminent is fatal for the position of a party, as proof of such behavior is sanctioned heavily by the court. In addition, Rule 26 (f) provides that parties are to confer no later than 100 days into litigation the electronic document discovery issues, including, but not limited to, the format in which electronic documents will be produced, the manner in which electronic documents will be preserved by the parties, and the assertion of privilege to protect electronically stored information.

The FRCP provide by their structure a detailed concept of pre-trial interaction of the parties. The phase of pleadings and motions as well as the

discovery-phase are intended to disclose the respective strengths and weaknesses of the parties as well as clarify the points of dispute. At the same time, these proceedings contain various elements which further settlements of lawsuits. This is evidenced by the fact that only a tiny fraction of all cases filed (3-5%) actually reach the “real” trial, i.e. hearing of the cases in front of a jury (or, if the parties waive the right to trial by jury, only a judge).

The above-mentioned waiver of jury trial by the parties is probably the most important aspect where a stipulation of the parties can influence the conduct of a trial.

Concerning the oral and written elements under the FRCP, there is at present no relevant discussion going on. However, the question of pleading standards, especially of heightened pleading standards for certain causes of action is a constant subject of legal debate. In some areas, the substantive law and case law have created – outside of the standards of the FRCP – specific heightened standards, e.g. securities fraud or anti-trust conspiracy. Outside these narrow areas, the Supreme Court has consistently refused to increase the standard for pleadings.

LATINOAMÉRICA

LA FASE INTRODUCTIVA Y EL CONTRATO PROCESAL EN EL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO

PIA TAVOLARI GOYCOOLEA

Universidad Alberto Hurtado. Chile

Estimado Prof. Dr. Dr. h. c. Leipold

Junto con agradecerle el cometido encargado, cumplo con dar respuesta a las preguntas que, a propósito del tema en cuestión, me ha formulado, todo desde la perspectiva del Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 1981, el Código Procesal Civil del Brasil de 1973, que ha sido objeto de innumerables reformas a partir de la década de los noventa, el Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno de 2006⁴⁴³, el Código Procesal Civil colombiano de 1970 y el Código Procesal Civil del Perú de 1992.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Tipo Procesal Civil para Iberoamérica (o Código Modelo), aprobado en las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Río de Janeiro en 1988, ha servido de fuente inspiradora de las distintas reformas de los sistemas procesales civiles⁴⁴⁴, ya que recoge y se inspira en avanzadas instituciones procesales⁴⁴⁵, entre ellas, la adopción del proceso por audiencias⁴⁴⁶ y

⁴⁴³ El Código de Procedimiento Civil chileno vigente responde aún al modelo fijado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, por lo que está estructurado de forma totalmente escrita. Una de las prioridades que se fijó el Ministerio de Justicia durante el gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos fue iniciar los estudios para reformar la legislación procesal civil vigente. Una comisión compuesta por destacados procesalistas designados en conjunto por el Ministerio de Justicia y la facultad de Derecho de la Universidad de Chile elaboró un proyecto que se presentó en mayo de 2005 al Ministerio de Justicia denominado “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”. A partir del mismo, se elaboró el Anteproyecto del Código Procesal Civil, entregado al Ministerio de Justicia en diciembre de 2006. Las referencias que se hacen en este trabajo al sistema procesal civil chileno, se hacen al contenido en este Anteproyecto de Código Procesal Civil.

⁴⁴⁴ Sólo un año después fue adoptado íntegramente por Uruguay a través del Código General del Proceso de 1989, parcialmente por el Código Procesal Civil peruano de 1992 e incorporado a través de las reformas al Código brasileiro a partir de 1994.

⁴⁴⁵ BERIZONCE, ROBERTO. *Bases y Principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988*, en *Proceso Civil, Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, 2007.

⁴⁴⁶ En las Quintas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Bogotá, Colombia, en 1970, (Tema II, Base 20) el Instituto

el establecimiento de una audiencia preliminar con múltiples finalidades (art. 301, 302) a cargo de un juez unipersonal. El Código Modelo establece un proceso de carácter eminentemente público, en que el juez está sujeto a control y en que las facultades dispositivas de las partes se encuentran limitadas. Esta es la razón por la que, en general, las partes en los procesos latinoamericanos no tengan una gran capacidad de influencia en la forma en que se sustanciará el proceso.

II. FORMA Y MODO DE INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

Tanto el Código Modelo como los sistemas procesales civiles iberoamericanos en general discurren sobre la base de un modelo de audiencias en que los actos de postulación son escritos, es por ello que tanto la demanda como la contestación se presentarán por escrito. La norma está contenida en el artículo 330 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina, el artículo 241 del Proyecto del Código Procesal Civil chileno y en el artículo 424 del Código Procesal Civil del Perú. Excepcionalmente en Chile, la Ley 19.968 de 2004 que regula los Tribunales de Familia contempla un procedimiento en que todas las actuaciones son orales, incluyendo la presentación de la demanda, que según dispone su artículo 56, en caso de presentarse de forma oral, será contenida en un acta escrita que para tal efecto levantará un funcionario del tribunal, la que será suscrita por la parte, previa lectura de la misma. Es lo que en Chile llamamos “principio de protocolización”.

III. EXIGENCIAS AL CONTENIDO DE LA DEMANDA

El artículo 110 del Código Modelo señala que la demanda deberá contener, salvo disposición expresa en contrario, la individualización del Tribunal y de las partes, la narración precisa de los hechos y la invocación del derecho en que se funda y los medios de pruebas pertinente, las peticiones o excepciones que se hacen valer, el valor de la causa, si fuera determinable y las firmas del actor o de su apoderado y del abogado.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina establece a su turno que la demanda debe contener la individualización de las partes, de la cosa demandada, la explicación de los hechos en que se funda, la exposición del derecho y, en términos claros y positivos, las peticiones que se deducen (artículo 330). Los hechos a probar deben ser introducidos por las partes al proceso a través de sus escritos de demanda, reconvención, contestaciones y excepciones y excepcionalmente al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, pues en palabras de Kielmanovich⁴⁴⁷, en el ordenamiento procesal argentino, el hecho no afirmado no existe. Las partes pueden presentar, de común acuerdo y de conformidad al artículo 336, la demanda y contestación de forma conjunta, ofreciendo la prueba en el mismo escrito.

Iberoamericano de Derecho Procesal proclamó que el Anteproyecto de Código de Proceso Civil Modelo para Iberoamérica que se elaboraría tendría como aspiraciones: “20. Debe procurarse la efectiva realización de los principios de publicidad, intermediación y concentración: para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz...”.

⁴⁴⁷ KIELMANOVICH, J. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, Tomo I, Art. 330, pág. 566, Buenos Aires, 2005.

El Código Procesal Civil brasileiro dispone que la petición inicial debe señalar el juez o tribunal a quien está dirigida, la individualización de las partes, los hechos y fundamentos de derecho de lo pedido, la especificación de lo pedido, el valor de la causa, las pruebas con que el actor pretende probar la verdad de los hechos alegados, el requerimiento para la citación del demandado (artículo 282).

El Código de Procedimiento Civil colombiano señala en su artículo 75 que la demanda debe contener la designación del juez ante quien se dirija, la individualización de las partes, de sus representantes en su caso, del apoderado judicial del demandante, lo pedido, los hechos que fundamenten la petición, los fundamentos de derecho, la cuantía si es necesario, la indicación de la clase de proceso a que corresponde la demanda, la petición de las pruebas y las direcciones para notificar a las partes.

El Código Procesal Civil de Perú, en su artículo 424 dispone que la demanda se presenta por escrito y que debe contener la designación del juez, la individualización de las partes, las peticiones que se hacen valer, con sus fundamentos de hecho y de derecho, el monto pedido, la indicación del procedimiento que corresponda, los medios probatorios y la firma del demandante y de su abogado.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno contempla en este sentido una novedad, por cuanto establece en su artículo 242 que la demanda debe contener, además de la designación del tribunal al que va dirigida, la individualización del demandante, pero incluyendo su teléfono o dirección de correo electrónico y la de su mandatario judicial. Continúa este artículo exigiendo la individualización del demandado, la narración de los hechos que configuran su pretensión y los medios de prueba pertinentes. Señala además que la demanda debe contener además las peticiones que formula, la cuantía si se puede determinar y las firmas del actor y abogado.

IV. ADMISIBILIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS Y DE UNA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO DE ESTA MISMA FORMA

El Código Modelo no regula la posibilidad de interponer una demanda a través de medios electrónicos ni de sustanciar el proceso de esa forma. La celebración de audiencias es obligatoria, de modo que ni aún mediando un acuerdo entre las partes puede sustituirse la oralidad como forma de expresión y dar paso a un proceso sustanciado de esta forma.

Ninguno de los códigos que han servido de fuente a este estudio contempla la posibilidad de interponer la demanda de forma distinta a su presentación por escrito, así como tampoco la posibilidad de la tramitación por medios electrónicos del procedimiento.

V. FORMA Y MODO DE LA PRIMERA ACTUACIÓN DEL DEMANDADO

El artículo 120.2 del Código Modelo dispone que el demandado debe pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de los documentos que a ella se hubieren acompañado y cuya autoría se le atribuye. Su silencio así como sus respuestas ambiguas o evasivas se tendrán como admisión de esos hechos y de la autenticidad de los documentos.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina dispone que el demandado tendrá un plazo, por regla general, de 15 días dentro del cual podrá contestar la demanda, reconvenir y oponer excepciones previas, de conformidad a los artículos 338 y 346.

El Código del Brasil, en su artículo 297, señala que el demandado podrá ofrecer, en un plazo de 15 días, en una petición escrita dirigida al juez de la causa, su contestación, excepción o reconvencción.

El Código colombiano contempla en su artículo 92 una contestación escrita que debe contener la individualización del demandado, un pronunciamiento sobre las pretensiones y hechos contenidos en la demanda, las excepciones que quiera hacer valer y un domicilio para sus notificaciones.

El Código del Perú dispone que el demandado debe, dentro del plazo previsto en cada procedimiento, debe simultáneamente contestar la demanda, reconvenir (artículo 443) y oponer excepciones (artículo 447).

El Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno establece que el demandado puede allanarse a la pretensión, plantear excepciones previas, contestar la demanda y eventualmente deducir reconvencción, de forma simultánea y en el mismo acto (artículo 256), en el término de emplazamiento, que será por regla general de 20 días (artículo 252).

VI. REQUISITOS DE LA RECONVENCIÓN

El Código Modelo dispone que la reconvencción sólo procede cuando el proceso admita expresamente su proposición o cuando de formularse en un proceso separado, procedería la acumulación. En cuanto a su contenido, debe estarse a lo dispuesto a propósito de la demanda.

El Código argentino señala que la reconvencción debe plantearse en el mismo escrito de contestación, en la forma prescripta para la demanda, y que será admisible si las pretensiones en ella deducidas derivaren de la misma relación jurídica o fueren conexas a las invocadas en la demanda (artículo 357).

El Código Procesal Civil brasilero establece que la reconvencción se debe presentarse de forma escrita, simultáneamente con la contestación, pero en piezas autónomas (artículo 299)

El Código colombiano dispone a su turno que la reconvencción debe interponerse durante el término del traslado a la demanda, reuniendo los requisitos de toda demanda y será admisible si, de formularse en proceso separado, procede su acumulación (artículo 400).

El Código Procesal Civil del Perú señala que el plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo (artículo 443).

Finalmente, el Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno se encarga de señalar en su artículo 264, que la reconvencción debe presentarse por escrito en la contestación de la demanda y cumplir con los mismos requisitos establecidos respecto de la demanda. Al respecto, cabe señalar que el Código de Procedimiento Civil aún vigente en Chile señala como único requisito a la admisibilidad de la reconvencción el de la competencia del tribunal para conocer de ella.

VII. ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL AL INICIAR UN PROCESO

Para contestar esta interrogante es necesario remitirse a lo señalado a propósito de la audiencia de conciliación y de la audiencia preliminar en las preguntas siguientes (VII y IX).

VIII. ¿EXISTE UNA SUBDIVISIÓN FORMAL DEL PROCESO, ESPECIALMENTE, UNA FASE PREPARATORIA, UNA AUDIENCIA PREPARATORIA O SIMILAR?

El Código Modelo se elaboró a partir de la idea matriz de una audiencia preliminar cuya finalidad puede resumirse, según sus propios redactores⁴⁴⁸, en una función conciliadora, una función saneadora, establecer el objeto del proceso y de la prueba y una función ordenadora, especialmente de cara al diligenciamiento de la prueba. En la audiencia preliminar se ratificará la demanda y contestación, así como la reconvencción y su contestación si fuere el caso. Se podrán alegar hechos nuevos si no modifican lo señalado en la pretensión o defensa hechas valer o aclararlos si son oscuros o dudosos. El demandante deberá contestar las excepciones opuestas por el demandado y éste las opuestas por el demandante a la reconvencción. El tribunal realizará una tentativa de conciliación. Se recibirán a prueba las excepciones opuestas y se dictará una sentencia interlocutoria para sanear el proceso, resolviendo los problemas planteados por las excepciones propuestas y nulidades denunciadas o advertidas y decidiendo sobre todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. En la audiencia preliminar finalmente se fijará el objeto definitivo del proceso y de la prueba, los medios de prueba de que las partes se harán valer, rechazando los inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiendo la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, se recepcionará la prueba que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y se fijará otra audiencia complementaria para la recepción del resto de la prueba. Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, se refieran a hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia.

El Código argentino contempla también una audiencia preliminar que presidirá el juez de forma indelegable. En ella invitará a las partes a una conciliación o a solucionar el conflicto de otra forma, resolverá la oposición a la apertura a prueba en su caso, oír a las partes y fijará los hechos controvertidos sobre los que versará la prueba, recibirá la prueba confesional, proveerá las pruebas que considere admisibles, concentrará en una audiencia la prueba testimonial y, si procediere, decidirá que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho, con lo que la causa quedará concluida para definitiva (artículo 360).

El Código Procesal Civil de Brasil contempla una audiencia con finalidad saneadora, cuyo objeto es que el juez decida sobre la legitimación de las partes y la representación; cite, en su caso, a los litisconsortes necesarios y al ministerio público, oiga al actor y le permita aportar pruebas (que se aportan con la demanda y contestación) en caso que en la contestación se aleguen hechos extintivos; verifique sobre la existencia del interés legítimo (económico y moral) declare las nulidades insaneables, etc. Este despacho saneador o audiencia preliminar está regulada en el artículo 331 del Código del Proceso Civil brasileiro, que señala que

⁴⁴⁸ MARTÍNEZ, O. La audiencia preliminar. Libro de Ponencias de las XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, La Plata, Argentina, Abril de 1994, págs. 181 a 218.

ésta se verificará en un plazo de 30 días y que deben comparecer las partes, pudiendo hacerlo representadas. Si no es posible llegar a una conciliación, el juez fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones pendientes y determinará las pruebas que serán producidas en una audiencia que fijará para tal efecto. Si el pleito no admite la transacción, o su obtención aparece como improbable, el juez podrá sanear el proceso y ordenar la producción de la prueba⁴⁴⁹.

El Código Procesal Civil colombiano contempla en su artículo 101 una audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación del litigio.

El Código Procesal Civil del Perú proclama que opuestas excepciones y tramitadas, el juez cita a una audiencia de saneamiento procesal o despacho saneador (artículo 449) a la que el juez puede llamar si opuestas excepciones no las ha declarado infundadas. En la audiencia de saneamiento se rendirá la prueba luego de lo cual el juez, absuelto el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, pudiendo prescindir de los medios probatorios pendientes de actuación y pudiendo oír los informes orales de los abogados, resolverá la excepción y saneará el proceso. El Título V del Código Procesal Civil del Perú, a partir del artículo 465, establece el Saneamiento del Proceso, posibilitando al juez, de oficio, aún en rebeldía del emplazado, declarar la existencia de una relación jurídica válida o, en su defecto, la nulidad y conclusión del proceso, precisando sus defectos, o la concesión de un plazo, si los defectos fueren subsanables. La resolución que declara concluido el proceso o la que concede el plazo para subsanar los defectos es apelable con efecto suspensivo. Una vez subsanados los defectos, citará a una audiencia de conciliación (artículo 468).

El Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno dispone una audiencia preliminar (artículo 267) a la que deberán comparecer las partes personalmente o representadas. En ella se ratificarán la demanda y contestación, y en su caso, la reconvencción y contestación de la misma. El tribunal llamará a las partes a conciliación respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. Se recibirá la causa a prueba sobre las excepciones previas a la demanda y reconvencción, si hubieren hechos a probar, se recibirá la prueba en esa audiencia. Para resolver los problemas planteados por las excepciones opuestas o las nulidades denunciadas o advertidas, el tribunal dictará una sentencia interlocutoria para sanearlos, así como también para resolver toda cuestión procesal que obstare a la decisión de mérito. En la audiencia preliminar se fijarán los hechos a probar, se determinarán las pruebas que deban rendirse al tenor de lo propuesto por las partes en sus escritos y lo que propongan en la audiencia al referirse a hechos nuevos o a rectificaciones. Se determinará en la audiencia aquellas pruebas que se excluirán del juicio por ser manifiestamente impertinentes, las que acrediten hechos públicos y notorios, las sobreabundantes o aquellas obtenidas con infracción a las garantías constitucionales. Se recibirá la prueba anticipada que sea necesaria rendir en ese momento y se fijará la fecha de la audiencia del juicio. El tribunal decretará en la audiencia preliminar las medidas cautelares que procedan y resolverá las incidencias que las partes planteen. Al término de la audiencia preliminar, si no se produjo conciliación, el juez dictará una resolución fijando el objeto del juicio, los hechos que se dan por acreditados, las pruebas que se rendirán y aquellas que se

⁴⁴⁹ Ley Nro. 10.444, de 07.05.2002.

hayan excluido, individualizará a testigos, peritos y partes que deban ser citados a declarar.

IX. ¿EXISTE UNA FASE PREPARATORIA ENTRE LAS PARTES, REPRESENTADAS POR SUS ABOGADOS, SIMILAR AL MODELO DEL DISCOVERY?

No, ni el Código Modelo ni los códigos procesales a que hace referencia esta presentación no contemplan regulación alguna respecto a una fase preparatoria entre las partes similar al discovery.

X. ¿BAJO QUÉ CIRCUNSTANCIAS Y DE QUÉ FORMA SE PRODUCE LA PRIMERA AUDIENCIA ANTE EL JUEZ?

Antes de iniciar cualquier proceso, el Código Modelo obliga al futuro demandante a pedir audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado⁴⁵⁰. Luego, según lo ya señalado en el epígrafe N° 6, cita a una audiencia preliminar, audiencia que también contemplan el resto de los sistemas procesales civiles señalados.

En la audiencia preliminar del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (artículo 360) el juez podrá invitar a las partes a una conciliación o proponer modos alternativos de solución de conflictos. Recibirá la eventual oposición de las partes al auto de apertura a prueba, debiendo resolverla de inmediato. Una vez oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio y sobre los cuales versará la prueba. El juez debe proveer en la audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrar, en lo posible, en una sola audiencia la prueba testimonial. En la misma audiencia decidirá si la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho, con lo que la causa quedará concluida para definitiva. Si en la audiencia las partes manifiestan que no tienen prueba a producir, o que ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la prueba documental ya agregada y no cuestionada, la causa quedará conclusa y el juez llamará autos para sentencia.

El Código Procesal Civil del Brasil dispone en su artículo 331 una audiencia de conciliación en caso de versar el juicio sobre derechos disponibles, y en caso de que la conciliación no se produzca, el juez fijará los puntos controvertidos y determinará las pruebas que deberán ser producidas, designando una audiencia de instrucción y juzgamiento si es necesario.

El Anteproyecto de Código chileno contempla una audiencia de juicio, a la que citará el juez al término de la audiencia preliminar, en caso de no haberse producido conciliación, en la que deberá rendirse toda la prueba que no se hubiere rendido con anterioridad, luego de lo cual, las partes, de forma breve, en el tiempo que les indique el tribunal, formularán las observaciones que les merezca la prueba y sus conclusiones (artículo 270, 326).

La audiencia de juicio que contempla el Código Procesal Civil colombiano tiene lugar una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición. El juez

⁴⁵⁰ Salvo en los casos contenidos en el artículo 264, esto es, (1) aquellos procesos que no se tramiten por la vía ordinaria, (2) los procesos de jurisdicción voluntaria y (3) los procesos en los que la ley excluya la conciliación.

tiene el deber de examinar antes de la audiencia, la demanda, excepciones previas, contestaciones y pruebas presentadas y pedidas.

El Código Procesal Civil peruano dispone que, una vez declarado saneado el proceso o subsanados sus defectos, el juez cita a audiencia de conciliación (artículo 468). Si no se logra la conciliación, (artículo 471) el juez con lo expuesto por las partes, en la misma audiencia, enumerará los puntos controvertidos, especialmente aquellos que serán materia de prueba. Admitirá los medios probatorios ofrecidos y su actuación en su caso y fijará una audiencia de prueba en un plazo no mayor a 50 días desde la audiencia de conciliación. Si considera que la cuestión debatida es sólo de derecho, o habiendo hechos controvertidos, no se hace necesaria la prueba, o que ejecutoriada la resolución que declara saneado el proceso en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad, el juez puede juzgar anticipadamente la causa. (Artículo 473)

XI. ¿PUEDE TERMINARSE EL PROCESO SIN AUDIENCIA ENTRE LAS PARTES?

La excepción a la obligatoriedad de la audiencia preliminar viene dada por la posibilidad del juzgamiento anticipado contenido en el artículo 330 del Código Procesal Civil de Brasil, en virtud del cual conocerá el juez inmediatamente de lo pedido y dictará sentencia, si lo discutido fuere únicamente una cuestión de derecho o, habiendo controversia también en los hechos, no sea necesario producir la prueba en audiencia, cuando sobrevenga la rebeldía.

El Código del Perú contempla también la posibilidad del Juzgamiento anticipado del proceso en su artículo 473, cuando dispone que el Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia sin admitir otro trámite cuando, en caso de no haberse producido la conciliación, advierte que la cuestión debatida es sólo de derecho o, siendo también de hecho, no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno en la audiencia respectiva; o, ejecutoriada la resolución que declaró saneado el proceso, en los casos en que la declaración de rebeldía produce presunción legal relativa de verdad.

XII. ¿PUEDEN LAS PARTES INFLUIR EN LA FORMA ESCRITA U ORAL DEL PROCESO, YA SEA DE FORMA INDIVIDUAL, MEDIANTE UNA SOLICITUD, O MEDIANTE UN ACUERDO ENTRE AMBAS?

En general, en ninguno de los sistemas establecidos por los Códigos comentados pueden las partes influir en la forma escrita u oral en que se sustanciará el proceso.

XIII. ¿EXISTEN ACUERDOS ENTRE LAS PARTES Y EL TRIBUNAL SOBRE EL DESARROLLO DEL PROCESO, SIGUIENDO EL EJEMPLO DEL CASE MANAGEMENT?

No, los procesos civiles analizados no contemplan la posibilidad de acuerdos entre partes y tribunal tendientes a determinar la forma en que se desarrollará el proceso.

XIV. ¿EXISTE ACTUALMENTE UNA DISCUSIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA FASE INTRODUCTORIA O EN GENERAL SOBRE LA ESCRITURACIÓN O LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL?

Actualmente se encuentra en estudio el Anteproyecto del Código Procesal Civil chileno de 2006, que contempla un proceso estructurado sobre la base de audiencias orales y en la Argentina, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y

Comercial de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de A. M. Morello, I. Einsner, R. Arazi y M. E. Kaminker, de 1998.

CHINA

CIVIL PRE-TRIAL PROCEDURE IN CHINA

HONGLIANG WANG

Dr. Associate Professor, Law School of Tsinghua University, Beijing, China

There is no independent pre-trial procedure in Chinese laws, but there are pre-trial preparation rules. The pre-trial preparation rules as provided for in the *Civil Procedure Law* are simple, with a number of ambiguities, and many specific rules are determined by the internal court administrative rules⁴⁵¹. Moreover, the compass of competency (*Zuständigkeit*) of Judges is not generally or abstractly provided for in any statute or regulation. Thus, there is much free room left for the judicial trial reform in China. China has been carrying on the judicial trial reform in more than a decade, the pre-trial procedure is an integral part of it, and multimode pre-trial procedures are practiced within the framework of the *Civil Procedure Law*⁴⁵². So to speak, the trial practice is promoting the specification and regularization of the pre-trial procedure.

Due to the special development mode in China, this report firstly gives a brief introduction to the source of law of the civil pre-trial procedure, followed by a specific account of the pre-trial preparation rules; the third part of this report expounds on the judicial interpretations of the *Civil Procedure Law*, especially the rules on the pre-trial evidence discovery; the fourth part of this report introduces the specific reform measures for the pre-trial procedure taken by the Chinese courts; and lastly, this report also briefly introduces a plan on the civil procedure reform in China.

I. SOURCE OF LAW

China promulgated the *Civil Procedure Law (trial)* in 1982, which was replaced by the *Civil Procedure Law* in 1991. In 2007, the National People's Congress modified the provisions on retrial and execution in the Civil Procedure Law, and deleted the procedures for bankruptcy of a legal person enterprise for debt repayment, because an independent *Enterprise Bankruptcy Law* was promulgated in 2007.

In China, the legislative power and judicial power are not completely separated, and the Supreme People's Court may interpret, modify, and even directly make law by the so-called "judicial interpretation". As for the civil procedure law, the Supreme People's Court made judicial interpretation of the *Civil Procedure Law (trial)* and the *Civil Procedure Law* in 1984 and 1992, respectively; the Supreme People's Court promulgated the *Some Provisions on the Court Hearing in Formal Procedures Applicable to Economic Dispute Cases in the First Instance* in 1993 and *Some Provisions on Issues concerning the Reform*

⁴⁵¹ CAI, HONG, "Function, target and their realization for pre-trial preparation procedure", *Studies in Law and Business*, volume III, 2003, p. 103.

⁴⁵² WU, ZEYONG, "Justification of civil pre-trial preparation procedure", *Law Science*, volume I, 2005, P. 70-75.

of *Civil and Economic Trial Mode* in 1998. All these judicial interpretations involve the rules on pre-trial preparations. The policies issued by the Supreme People's Court are also legally binding, for example, the *Guideline on Five-Year Reform of the People's Courts* issued in 1999.

Finally, it is worth mentioning that the Supreme People's Court issued the *Some Provisions on Evidence in Civil Procedure* in 2001, which, for the first time, provide for the evidence exchange system before trial, limiting the scope of evidence collection by the court in its own capacity.

II. RULES ON PRE-TRIAL PREPARATION IN LAWS

1 Filing a lawsuit and accepting a case

A) Normally the complaint must be in writing. In accordance with Article 109 in the *Civil Procedure Law* in relation to ordinary procedure of first instance, when a lawsuit is filed, a motion of complaint shall be submitted to the people's court, and copies of the motion of complaint shall be provided according to the number of defendants. If the plaintiff has genuine difficulty in presenting the statement of complaint in writing, he may state his complaint orally; the people's court shall transcribe the complaint and inform the other party of it accordingly. Besides, Article 143 in the *Civil Procedure Law* provides the ways to file a lawsuit in Summary Procedure, "For simple civil cases, their plaintiffs may file their complaints orally."

In practice, the oft-seen oral complaints play a very important role, and it is emphasized that the judges must go among the people. That is, the judges should hold hearings outside the court among the people, especially in rural areas, because most peasants have difficulty in writing and are reluctant to litigate in court.

When filing an action, the plaintiff may decide whether to engage a lawyer to represent him. In the *Civil Procedure Law*, there is no provision that mandates the engagement of a lawyer (Rechtanwaltszwang).

There is no provision that a plaintiff may file a lawsuit or carry through litigation by electronic means, and there is no precedent in judicial practice.

B) In accordance with Article 110 in the *Civil Procedure Law*, a motion of complaint shall clearly set forth the following: (1) The name, sex, age, ethnicity, occupation, working unit, and address of parties or, if the parties are legal persons or organizations, their names and addresses and the names and positions of their legal representatives or principal leading personnel; (2) The claims of the lawsuit and the facts and grounds on which the lawsuit is based; and (3) Evidence and its source, as well as the names and addresses of witnesses.

C) China adopts the system of accepting a case by examination rather than by registration, unlike to Germany. After receiving the motion of complaint, the court shall make examination on it. The review is including two points: firstly, whether to comply with the important conditions of bringing a lawsuit, in accordance with Article 108 in the *Civil Procedure Law*: the plaintiff must be a person that has a direct interest in the case; there must be a definite defendant; there must be specific claim or claims, facts, and cause or causes for the suit; and the suit must be within the scope of acceptance for civil actions by the people's court and under the jurisdiction of the people's court where the suit is accepted;

secondly, whether there is lack in contents of motion of complaint. If filing a lawsuit is lack of important conditions or there is lack in contents of statement of complaint, supplement or modification shall be permitted (Article 111 in the *Civil Procedure Law*).

It is questionable that there is no specific provision in law on what degree is in examination when the court examines claims, which is under the specific mastering by each court and judge on a specific case, however, a formal examination is done under most circumstances. In fact, some courts carry out substantial examination; as a result, many cases are not accepted, leading to “difficulty in accepting a case”. Especially for the house removal cases involved in local stability and economic development, courts refuse them in the phase of accepting cases. Herein, the right to be heard of parties are restricted and harmed seriously.

At present, the scholarship circle holds criticism attitude to the practice of strict examination of reasons and basis. According to general theory in scholarship circle, a formal examination shall be made in the phase of accepting a case, and such substantial issues as whether the claims of case are supported shall be solved in the phase of trial.

When a people’s court receives a motion of complaint or an oral complaint and finds the complaint meets the requirements of a civil lawsuit after reviewing the complaint, the court shall accept the case within seven days and notify the parties involved; if the complaint does not meet the requirements of a civil lawsuit, the court shall, within seven days, make a ruling to reject the complaint. If the plaintiff does not agree with the ruling, he may appeal on the ruling (Article 112 in the *Civil Procedure Law*). In general, the case-filing tribunal is responsible for examination and acceptance of cases.

For the service of statement of complaint is completed by the people’s court, The people’s court shall deliver a copy of a motion of complaint to the defendant within five days from its acceptance of a case, and the defendant shall file a motion of defense within 15 days after receiving the copy of the motion of complaint. (Article 113 in the *Civil Procedure Law*).

2 Defense of defendant

A) The main way of the defendant state his first opinions is defense. When the defendant files a defense, the people's court shall send a copy of it to the plaintiff within five days from its receipt. Failure by the defendant to file a defense shall not prevent the case from being tried by the people's court. There are more circumstances without defense in practice.

B) There are no uniform provisions on the format and contents of defense. The common formats in practice mainly include two parts: basic circumstances and defense opinions of the party (his attorney), which are connected by using the similar expressions of “it is hereby the defense lodged by the defense party for the plaintiff brings a lawsuit of ”.

3 Pre-trial preparation

At present, the civil procedure scholarship circle consistently thinks there is no an independent pre-trial preparation procedure in China, but there is

preparation for trial, whose specific provisions are in Article 113, 119 in the *Civil Procedure Law*.

In sum, the court has the following preparation actions for the starting lawsuit: (1) servicing copy of motion of complaint and filing defense; (2) notifying the parties their relevant litigation rights and obligations and collegial panel members; (3) examining litigation materials; (4) investigating and collecting necessary evidences; (5) adding parties concerned.

A) After acceptance a case before trial in court, in order to ensure smooth development of trial in court, a series of litigation actions which must be carried out by the trial collegial panel are called to be “pre-trial preparations”, and it is a legal procedure⁴⁵³.

Firstly, the court must examine the formalities of bringing a lawsuit, for instance, whether the plaintiff delivered the copy of the motion of complaint according to the number of the defendant, whether the case acceptance fee is prepaid, whether the evidence documents listed in the motion of complaint are complete. In the case of incomplete formalities, the plaintiff may be required to supplement and correct them within a limited period.

Secondly, whether there are expressions doing harm to the personal rights and interests of the other party in the motion of complaint must be examined. If there is lack or error in content, the court may require and order the plaintiff to correct it in a limited period.

Thirdly, the courts service the notification of acceptance and the notification calling for responses to the action. The people's court shall, with respect to cases whose acceptance has been decided, inform the parties in the notification of acceptance and in the notification calling for responses to the action of their relevant litigation rights and obligations of which the parties may likewise be informed orally (Article 114 in the *Civil Procedure Law*). The courts shall service the copies of the motion of complaint and defense.

Fourthly, the judicial officers must carefully examine and verify the case materials and carry out investigations and collection of necessary evidence (Article 116 in the *Civil Procedure Law*). The judges shall know about the claims of the plaintiff and claims of the defendant rebuttal in accordance with the motion of complaint and defense provided by the parties, whether their fact and reason are proved by evidences or whether the parties need supplement. Herein, it has some characteristics of the written proceedings.

Finally, the necessary joint action parties are notified to participate in the litigation.

Some scholars hold criticism attitude on the rules of examining litigation materials before trial, thinking that the court carries out substantial examination of litigation materials before trial, and takes the examination result as the basis of

⁴⁵³ YE, ZIQIANG, *China Civil Procedure Law*, Beijing, 2004, p. 255.

substantial ruling, which is actually a process of written procedure in advance, resulting to first determination and later trial.⁴⁵⁴

B) Preparation for trial in court

Firstly, the parties and other participants in the proceedings shall be notified within three days after the members of the collegial panel are determined (Article 115 in the *Civil Procedure Law*). The parties are notified to appear in court in the form of notification or summons. Other participants in the proceedings are notified to appear in court in the form of notification.

Secondly, the bulletin is issued for the case of open trial.

C) Investigation and collection of evidence before trial

In accordance with the Civil Procedure law, the liability of investigation shall be borne by judges. The personnel sent by a people's court to conduct investigations shall produce their credentials before the person to be investigated. The written record of an investigation shall be checked by the person investigated and then signed or sealed by both the investigator and the investigated (Article 117 in the *Civil Procedure Law*). A people's court may, when necessary, entrust a people's court in another locality with the investigations. The entrusting people's court shall clearly set out the matters for and requirements of the entrusted investigations. The entrusted people's court may on its own initiative conduct supplementary investigations. The entrusted people's court shall complete the investigations within 30 days after receiving the commission in writing. If for some reason it cannot complete the investigations, the said people's court shall notify the entrusting people's court in writing within the above-mentioned time limit (Article 118 in the *Civil Procedure Law*).

The judges may determine whether to carry out appraisal or inspection, whether to connect with relevant unit, whether to need notify the third party to participate the litigation; If a party who must participate in a joint action fails to participate in the proceedings, the people's court shall notify him to participate (Article 119 in the *Civil Procedure Law*).

4 The principle of orality (Mündlichkeitsprinzip)

A) China has not the institution of the preliminary hearings (frühe erste Termine) like Germany and Japan, all cases in first instance, whether are in mediation, ordinary procedure or Summary Procedure, in principle, shall be tried in court, in order to guarantee the performance of substantial defense right. Only in the second instance procedure, may special cases be without trial in court. In accordance with Article 188 in judicial interpretation of the *Civil Procedure Law* of the Supreme People's Court, the people's court in the second instance may make a judgment or a written order directly in accordance with Article 152 in the civil procedure law in the following appeal cases, which are not necessary to conduct a trial in court: (1) the cases in the first instance are ruled to be refusal to accept a case, rejection of a complaint and objection to the jurisdiction of a court; (2) the appeal claims filed by parties fail to be supported evidently; (3) if the facts were clearly ascertained but the application of the law was incorrect in the

⁴⁵⁴ FAN, YUERU, *Establishment of civil pre-trial preparation procedure from the aspect of comparative law*; www.chinacourt.org/public/detail.php?id=18534, 15-04-2008.

original judgment;(4) if there was violation of legal procedure in making the original judgment, which may have affected correct adjudication, and the case remanded to the original people's court for retrial. However, for this system, general theories in China think it different with trial in writing, because the civil procedure law of PRC stipulates the inquiry to the parties and necessary investigation etc.

The cases which may be terminated without holding a court are as follows: the cases which is withdrawn by the plaintiff or may be considered as withdrawn by him, one of the parties died before trial in court, non-litigation procedures, examination procedure of objection to execution etc.

The time of the first trial in court is generally arranged by the case-filing tribunal of court, and some cases are arranged by electronic means, which is unnecessarily agreed by the parties as usual. When determining time, the court will consider actual circumstances of the court and judge in charge and the opinions of the parties. If the parties think the date arranged by the court is not proper, he may communicate and harmonize with the court and the other party.

B) There are two kinds of trial components of ordinary procedure (trial by collegial panel) and Summary Procedure (trial by sole judge) in the first instance procedure. Besides this, there are some special procedures in non-litigation cases, for example, the special procedure of Chapter 15, procedure for hastening debt recovery of Chapter 17, and procedure for publicizing public notice for assertion of claims enterprises of Chapter 18 etc in the *Civil Procedure Law*.

China has not established an independent litigation of small amount system, but such compensation cases and liabilities cases with clear fact, specific liabilities, not large compensation amount may apply to Summary Procedure, to some degree, which is playing the function of litigation of small amount.⁴⁵⁵

In accordance with Article 142 in the *Civil Procedure Law*, when the facts are evident, the rights and obligations clear and the disputes trivial in character, trying simple civil cases is applied. Herein, the Supreme People's Court took special promulgation of *Some Provisions on Trial of Civil Cases Applying to Simple Procedure*.

At present, there are about 6 million civil and commercial cases entertained every year in China, 80% of them applied to Summary Procedure⁴⁵⁶.

C) China has no system similar with the case management system, and the process and development of procedure may not be agreed by the parties and the court.

5 Brief review

A) The Civil Procedure Law distinguishes the phase of pre-trial preparation and trial in court, and there are only the difference of holding a court and failing to hold a court, but there are no difference of trial in written and oral

⁴⁵⁵ YE, ZIQIANG, *China Civil Procedure Law*, Beijing, 2004, p. 255. BI, YUQIAN, *Research and Legislation Proof of Civil Procedure*, Beijing, 2006, p. 923.

⁴⁵⁶ BI, YUQIAN, *Research and Legislation Proof of Civil Procedure*, Beijing, 2006, p. 556.

procedure, furthermore, all cases in the first instance are tried in court in general, however, a lot of cases are conclude by mediation, thus, there is no evident written procedure.

B) Article 12 in the *Civil Procedure Law* stipulates the principle of orality; parties to civil actions are entitled in the trials by the people's courts to argue for themselves. However, for the court may collect evidences in accordance with its will, failing to get information from the arguments of the parties and take it as basis of judgment, finally, the principle of orality is not realized⁴⁵⁷. Its fundamental reasons are: based on socialism national theory, under the influence of civil procedure law theories of the Soviet Union, the civil procedure law pursued the doctrine of function and power and the doctrine of national intervention, therefore, there are specific provisions on the principle of argument and the principle of disposition of the parties, but these principles are formalized ultimately⁴⁵⁸.

At present, the main problems with which China is faced are the non-independence and corruption of the judiciary. They are also the important causes for the reform of the pre-trial preparation rules. Procedural efficiency plays only a supporting role. So, it is not the principle of orality (Mündlichkeit), but is the principle of open trial (Öffentlichkeit) and division of work within the court that stand first in the reform.

C) In the phase of pre-trial preparation, under the action mode of super doctrine of function and power of judges, the parties fail to actively participate⁴⁵⁹, as well as, the court's strong function of examination makes the pre-trial preparation more similar with the written procedure. In China, the court especially is concerned about conclusion of a case by mediation. If the conclusion of a case by mediation is not successful, he will report to the superior and finally make a ruling by collective decisions. It is to say that the basis of final ruling doesn't come from the evidences and argument in court, besides, if the court actively collects evidences before trial (it is so especially before the issuance of *Evidence Rules*), he will make a conclusion before trial, which will lead to the trial in court is nominal and formalized⁴⁶⁰. Therefore, some scholars further think that since the trial in court loses its original meaning, its preparation phase is meaningless⁴⁶¹.

D) Furthermore, the phase of pre-trial preparation has the function of collecting evidence rather than the function of forming dispute points, and the parties are unfamiliar with the case, evidence, the opinions of the other party,

⁴⁵⁷ ZHANG, WEIPING, "Restatement of the principle of argument in civil procedure in China", *Chinese Journal of Law*, volume IV, 1996, p. 47.

⁴⁵⁸ ZHANG WEIPING, "Transformation of system and development of the civil procedure law in China", *Tsinghua Law Science*, volume IV, 2001, p. 2-5.

⁴⁵⁹ LI, SHUJIE, *Research of Civil Judicial Reform*, Xiamen, 2000, p. 124.

⁴⁶⁰ WANG, YAXIN, *Civil Procedure in Social Reform*, Beijing, 2001, p. 114.

⁴⁶¹ WANG, YAXIN, "Report of investigating operation of civil procedure in the first instance for middle people's courts", paper in Seminar on comparison of civil procedure law countries in August 2002 in Beijing; WU, ZEYONG, "pre-trial preparation procedure", cit. p. 70.

what's more, its aim to make preparation for trial in court, without the conciliation before court and alternative dispute resolution (ADR), which is a kind of waste of judicial resource⁴⁶².

E) Some scholars think the preparation for trial in court is the arrangement of evidence and dispute points, in order to make the confrontation in trial more efficient and order, thus, the judge cannot make substantial examination of the claims and evidences filed by the parties in the phase of pre-trial preparation, otherwise, it will weaken the confrontation⁴⁶³.

Moreover, the right to be heard to the parties (due process) is not ensured with regard to function in the phase of pre-trial preparation. It is especially important that the pre-trial preparation fails to play a role of accelerating trial and improving efficiency.

It is to be emphasized that there is no constitutional court in China at present, without any possibility of constitutional litigation. If the procedure of accepting a case infringes the parties' right of litigation in court based on the constitutional law, but the parties have no channel to carry out constitutional litigation.

III. TRANSFORMATION OF PRE-TRIAL PROCEDURE BY JUDICIAL INTERPRETATION OF COURT

For China is always pursuing the doctrine of super function and power, the courts enjoy for extensive rights and liabilities of collecting evidences. Paragraph 1, Article 65 in the *Civil Procedure Law* provides: The people's court shall have the right to make investigation and collect evidence from the relevant units or individuals; such units or individuals may not refuse to provide information and evidence. However, some units and individuals often refuse to cooperate in practice, resulting to the people's court failing to investigate evidences. Hereby, the Supreme People's Court issued Some Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Procedures (hereinafter referred to be *Evidence Rules*) in 2002, which weakens the function of investigating and collecting evidences based on function and power of the court, introduces the systems such as time limit of producing evidences and exchange of evidences, and provides relevant remedy rules for the system on discovery of evidence. The rules imposed a fundamental effect on the rules on pre-trial preparation of the court.

1 Limitation of the court's liability of investigation and producing evidence

In accordance with the *Evidence Rules*, the people's court is still responsible for collecting evidence, but which is restricted strictly. The scope of the people's court collecting evidence is limited as follows: (1)The facts that may injure the interest of the state, the public interest of the society or the lawful interest of other people;(2)The procedural matters that have nothing to do with the substantial dispute, such as adding parties concerned, suspending the litigation, ending the litigation, withdrawing, etc on the basis of authority of the courts. (Article 15 in the *Evidence Rules*).

⁴⁶² JIANG, WEI, *Civil Procedure Law*, Shanghai, 2002, p. 336; LIU MIN, *Civil Judicial Reform of China at Present*, Beijing, 2001, p. 252.

⁴⁶³ WU, ZEYONG, "pre-trial preparation procedure", cit. p. 70.

Besides, the people's court investigating and collecting evidences shall be based on the application of the parties concerned (Article 16 in the *Evidence Rules*). The scope of filing an application to the people's court for investigating and collecting evidences is: (1) The evidences applied for investigation and collection are the archive files kept by relevant organs of the state and must be accessed by the people's court upon authority; (2) The materials that concern state secrets, commercial secrets or personal privacy; (3) Other materials that cannot be collected by the parties concerned or the agents ad litem thereof due to objective reasons. (Article 17 in the *Evidence Rules*).

When the party or his attorney applies to the people's court for investigating and collecting evidence, he shall file a written application. The application shall clearly specify the basic information of the evidences, such as the name of the person investigated or the title of the entity, the dwelling place, the contents of the evidences to be investigated upon and collected, the reasons of why the evidences need to be investigated upon and collected by the people's court and the facts to be proved (Article 18 in the *Evidence Rules*).

The application of the parties concerned and his attorney thereof to the people's court for investigating upon and collecting evidences shall be filed at no later than seven days prior to the expiration of the term for producing evidences. If the people's court refuses to approve the application of the parties concerned or the agents ad litem thereof, it shall service a notice to them. The parties concerned and the agents ad litem thereof may file a written application to the people's court that accepts the application for reconsideration within three days after receiving the notice. The people's court shall give a reply within five days after receiving the application for reconsideration. (Article 19 in the *Evidence Rules*).

2. Procedure of evidence exchange

The preparation for litigation between the parties before formally holding a court is to exchange evidence under the direction of the court, without formal systematic arrangement similar with the discovery procedure in the United States. The evidence produced by the party is also produced to the court, and if the party desires to obtain the evidence in the other party's hand, he may apply to the court to collect evidence. However, there are similar effects and attempt in practice, for instance, collecting evidence from the other party's witness and making transcript of collecting evidence.

A) Liability of defense

In order to push the parties to produce evidence and carry out evidence exchange, Article 32 in the Evidence Rules providing the defendant's liability of defense. The defendant shall submit a written reply before the expiration of the prescribed time period, specifying his opinions concerning the facts and reasons on which the allegations of the plaintiff are based. However, failing defense won't lead to the result of losing-right in practice.

B) The system of time limit of producing evidence

The people's court shall service a notice for accepting the case and a notice for responding to the suit to the parties concerned, and at the same time service a notice for producing evidences to them. The notice for producing evidences shall specify the principle and requirements of distributing the burden of proof, the circumstances under which the parties concerned may plead the

people's court to investigate upon and collect evidences, the time period prescribed by the people's court for producing evidences and the harmful consequences for failure to produce evidences during the prescribed time period. The time period for producing evidences may be agreed upon by the parties concerned and be affirmed by the people's court. If the time period for producing evidences is designated by the people's court, the designated time period shall be not less 30 days, starting from the next day when the parties concerned receive the notice of accepting the case the notice for responding to the suit (Article 33 in the *Evidence Rules*).

The parties concerned shall submit evidential materials to the people's court within the time period for producing evidences; in case any party fails to submit evidences during this time period shall be deemed as giving up the right to produce evidences. The evidential materials submitted by the parties concerned beyond the time period shall not be cross-examined during the court hearing of the people's court, unless both parties agree to have the evidences cross-examined. In case any party makes additional or changes allegations or lodges a counterclaim, he shall do so prior to the expiration of the time period for producing evidences (Article 34 in the *Evidence Rules*).

If, in the process of litigation, the nature of the legal relations alleged by the parties concerned or the validity of the civil acts are inconsistent with the findings of fact made by the people's court on the basis of the facts of the case, the provisions of Article 34 of the present Provisions shall not be applicable, and the people's court shall inform the parties concerned that the allegations litigation may be changed. Where the parties concerned change their allegations of litigation, the people's court shall prescribe the time period for producing evidences anew (Article 35 in the *Evidence Rules*).

If it is difficult that the party submits the evidence within the time limit of producing evidence, he shall apply to the people's court for postponing the time limit of producing evidence within the time limit of producing evidence, after the permission of the people's court, the time limit of producing evidence may be postponed. If it is still difficult that the party produces the evidence within the postponed time limit, he may apply again to the people's court for postponing, whether it is permitted shall be decided by the people's court (Article 36 in the *Evidence Rules*).

C) Exchange of evidence

The people's court may organize the parties to exchange evidence before trial in court after the application of the party. With regard to the case with many evidences or complicated and difficult case, the people's court shall organize the parties to exchange evidences after the expiry of defense period before the trial in court (Article 37 in the *Evidence Rules*).

The time of evidence exchange may be agreed by the parties and approved by the people's court, or designated by the people's court. If the people's court organizes the parties to exchange evidences, the date of evidence exchange is the expiry of the time limit of producing evidence. If the party applies for postponing the time limit of producing evidence, which is permitted by the people's court, the date of evidence exchange is postponed correspondingly (Article 38 in the *Evidence Rules*).

The exchange of evidence shall be carried through under the direction of judge. In the course of evidence exchange, the judge shall record the undisputed fact and evidence of the parties into files; the disputed evidences classified in accordance with the fact needing to prove and the reasons of objection are recorded into files. The main issues disputed by both parties are determined by evidence exchange (Article 39 in the *Evidence Rules*).

After receiving the exchanged evidence from the other party, the party files the rebuttal and produces new evidence; the people's court shall notify the parties to exchange within the designated time. In general, the exchange of evidence does not exceed for two times, unless the people's court think it is surely necessary to carry through exchange of evidence again in the important, difficult case with specially complicated details (Article 40 in the *Evidence Rules*).

However, the parties basically submit the evidence to the court in practice rather than active discovery or production to the other party⁴⁶⁴.

D) Submission of new evidence

In accordance with Article 125 in the *Civil Procedure Law*, the parties may present new evidence during a court session. Therefore, the *Evidence Rules* provides the rules for the time limit of producing evidence, but there is an exception, when the party provides new evidence in the first instance, he may present it before holding a court or at the time of trial in court (Article 42 in the *Evidence Rules*). In accordance with Article 41 in the *Evidence Rules*, new evidences in the first instance are including: the evidence which is found newly after the expiry of the time limit of submitting evidence; if the party fails to produce the evidence within the time limit of submitting evidence due to objective reason, after the permission of the people's court, he still fails to submit the evidence within postponed time limit, the judge's discretion may be permitted to judge whether such evidence is new evidence according to Para 2 Article 32 in the *Evidence Rules*. As long as it is possible to lead to obviously unjust ruling if failing to try such evidence, the evidence provided by him may be deemed as new evidence. Therefore, there are no provisions on the system of proof losing-right as a result, and the system of the time limit of producing evidence loses its meaning.

When one party submits new evidence, the people's court shall notify the other party to present his opinions or submit evidence within a reasonable period (Article 45 in the *Evidence Rules*).

This judicial interpretation of the *Evidence Rules* transfer the matters in the trial procedure of evidence exchange to the phase of pre-trial, in order to determine the disputed points of the parties and speed up the trial procedure. However, due to the lack of the system of proof losing-right in juridical practice, the defendant often does not defend or fails to defend in time, and the parties are not willing to exchange evidence, therefore, the system of evidence exchange fails to reach its anticipative aims in practice.⁴⁶⁵

E) Remedy measures

⁴⁶⁴ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 582.

⁴⁶⁵ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 559.

It is necessary to pay attention to China has the provisions on “spoliation of evidence” rather than the procedure similar with discovery of evidence, i.e. if one party has evidence to prove the other party holding the evidence and refusing to submit to the court, and the content of the evidence is unfavorable to the party hiding the evidence, the court may make the presumption unfavorable to the hiding party when determining the fact (Article 75 in the *Evidence Rules*). Herein, some scholars think as the provisions are too general, the court shall examine whether the party to file the application has just reason so as to prevent this party from abusing the right⁴⁶⁶.

Where the holder of the evidence refuses to disclose or submit the evidence favorable to him, it is not applicable (Article 75 in the *Evidence Rules*).

IV. RULES FOR PRE-TRIAL PREPARATION IN JUDICIAL PRACTICE

After the mid 1990s, the courts in all places successively pushed the reform of trial way, there are many beneficial attempts on the phase of pre-trial preparation under the mode of confrontation⁴⁶⁷. Their focus is how to separate the pre-trial preparation and trial in court, involving in such issues as the subject and scope of pre-trial procedure. Through the system of evidence exchange, the parties also participate the phase of pre-trial. However, it is not involved in such issues of arrangement of disputed points, limitation of pre-trial procedure, and the doctoring of disposition of the parties etc.

The court has the difference between case-filing tribunal and trial tribunal. Both of them are composed of judges. It leads to conflict of functions between them. The judge staff has the difference between judge and assistant judge, in a broadly sense, the engrossment clerk and court policemen etc in court are also included.

They may specifically be divided into the following modes, however, it is necessary to pay attention to not only there are important differences among all modes, but also there is large difference in matters of pre-trial under the same mode.

1 Under the first mode, the case-filing tribunal is only responsible for the registration of accepting a case. When the case is registered, it will be transferred to the trial tribunal, and the service of documents and investigation and collection of evidence and so on are borne by the trial tribunal⁴⁶⁸. It is a traditional mode of internal labor division in the court, and consistent with the provisions in the civil procedure law.

2 Under the second mode, the case-filing tribunal is responsible for the pre-trial preparation, i.e. “large accepting a case mode”. The work of case-filing tribunal includes examining and entertaining a case, servicing statement of complaint and defense, notification of submitting evidence, exchange of evidence, investigation and collection of evidence, summons of holding a court, notification of presenting in court, arrangement of period for holding a court, deliberation and

⁴⁶⁶ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 592.

⁴⁶⁷ WANG, YAXIN, *Confrontation and Ruling: Basic Structure in Japan Civil Procedure*, Beijing, 2002, Chapter 3.

⁴⁶⁸ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 527.

announcement of ruling, conclusion of case and filing, administration of supervision and urge etc. It is to say, except trial, other matters are handled by the case-filing tribunal⁴⁶⁹. In pretrial preparation activity, case-filing staff and parties are responsible for preparation while the trial judge completely does not intervene so that trail staff is avoided meeting the parties and judicial corruption is avoided.

In some courts, case-filing tribunal is in charge of property preservation, advance execution, and with respect to cases under unique circumstances, if both parties come to reconciliation agreement after property is preserved, mediation may be adopted to conclude the case; and if the plaintiff withdraws the case, case-filing tribunal will make procedural determination.⁴⁷⁰

3 Under the third mode, in addition to case-filing tribunal, a specific preparation tribunal is established to be in charge of preparation activities. The whole process of civil procedure is divided into three steps, accepting a case, preparation and trial. After the case-filing tribunal finishes accepting and service, the litigation material will be sent to the preparation tribunal, which will prepare the trial: check the litigation material, determine, on the right day or next day, the engrossment clerk (the engrossment clerks are under the collective management of this tribunal) for trial after it is decided that the conditions for accepting are satisfied; with respect to the cases the trail date of which are not arranged by the case-filing tribunal (i.e. the plaintiff of case requests for preservation before the institution of action, the service can not be made to more than 3 defendants and the case that the defendant is missing and needs public announcement) determine the time and place for the first opening of trial, in charge of service and accept the defense, notify the concerned parties to present in court, notify both parties to exchange evidences before court, execute preservation before trial, implement the investigation, inspect, authentication, evaluation and audit if so requested by the plaintiff⁴⁷¹.

Also there are some courts that form a pretrial team with members from experienced judge or assistant judge from various trial tribunals, which is in charge of the pretrial preparation for complicated case or case of new type, especially in charge of organizing disputing points, guiding quoting of the parties and collecting necessary evidence based on its authority⁴⁷².

4 In the fourth model, the engrossment clerk is in charge of the pretrial activity, which is limited to accepting procedure, arrange the time for opening trial, dealing with litigation instruments. The bailiff, in some court, is in charge of servicing instruments and the tribunal for trial is in charge of collecting evidence and organizing evidence exchange⁴⁷³.

⁴⁶⁹ WU, ZEYONG, “pre-trial preparation procedure”, cit. p. 70; WANG, YAXIN, “*Research of preparation procedure in civil procedure*”, *China and Foreign Law Science*, volume II, 2000.

⁴⁷⁰ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 526.

⁴⁷¹ WU, ZEYONG, “pre-trial preparation procedure”, cit. p. 73.

⁴⁷² BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 545.

⁴⁷³ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 545, 527.

5 In the fifth model, the trial tribunal is in charge of the pretrial preparation while it is the assistant of judge rather than the judge himself who does the preparation. The assistant is in charge of the following pretrial activities: first trial and service, guiding quoting of the parties, adopt property preservation and evidence preservation measures, organizing evidence exchange and collect evidence in accordance with the request of the parties before trial or authority, mediate on behalf of the judge, arrange date for opening the trial, etc. Most of those activities are under the guide of the judge. And a summary shall be reported to the judge after the pretrial is completed⁴⁷⁴.

In addition to the practice model mentioned above, there are also suggestions to establish pretrial judge system and evidence preparation team⁴⁷⁵.

V. CONCLUSION AND MOTION TO THE RENOVATION OF PRETRIAL PROCEDURE

The civil procedure law of China is still in the phase of changes on the basis of Germany law, however, in recent years, more and more affected by American law, in addition to the need of socialism politics and stability, its legal system is showing obvious characteristics of mixed system. There still exist to a large extent unconformity, illogicality and no system in the aim, function, principle and contents. The people can only expect the future renovation on civil procedure can solve these problems and develop a perfect, unique and systemized civil procedure system.

As to the beginning stage of civil procedure, there are extensive motions and discussions in China, mainly discussing the role of the parties before trial (pretrial discovery), and the body presiding the pretrial procedure, the main scope involved in pretrial procedure, whether the judge can make material investigation before trial, evidence investigation and evidence exchange, pretrial meetings. Although the issue of written and oral form of civil procedure is not involved, the issue concerning right of defense and antagonism in trial procedure is involved.

For the amendment to the law in 2007 is only petty amendment and modification, at present, the Standing Committee of the National People's Congress is seeking the opinions on amendment. The whole amendment to the civil procedure law and formulation of civil compulsory enforcement law may exist, but without final conclusion.

⁴⁷⁴ WU, ZEYONG, "pre-trial preparation procedure", cit. p. 74. BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 544.

⁴⁷⁵ BI, YUQIAN, *Research and Legislation*, cit. p. 542.

TERCERA PONENCIA
THIRD REPORT

ITALIA

ORAL AND WRITTEN EVIDENCE IN ITALIAN CIVIL PROCEDURE LAW

PAOLO BIAVATI

Full Professor of Civil Procedure Law. University of Bologna

I. SHORT INTRODUCTION

The aim of this report is showing the reasons why writing is overcoming oral system in taking evidence in Italy. After a presentation of the rules about taking evidence in Italian Civil procedural code (*codice di procedura civile*, from now on c.p.c.)⁴⁷⁶, the report will point out the fields where judgments are more frequently delivered after written evidence only. At the end, two short paragraphs will deal with the perspectives of the European rules and informatics under the point of view of the issue in discussion.

It should be noted immediately that the main difference in the field of evidence deals with the role played by the judge in the search of proof. On the one hand, documentary evidence needs no effort of the judge, who receives the papers (or the objects) on his table and has only the task to distinguish the relevant and the not relevant materials. On the other hand, the measures of enquiry include all the situations, where the judge makes an activity in order to achieve evidence. In some cases, this work leads to oral evidence; in other cases, it leads to get written documents. The three possibilities (activity for oral evidence; activity for written evidence; documentary evidence) are to be considered separately.

II. ORAL EVIDENCE IN ITALY

Italian Code takes into consideration some different forms of oral evidence.

No deposition by the parties as witnesses is possible in Italy⁴⁷⁷. Yet, the judge may freely interrogate the parties, whose answers don't bear proof, but can only orient the conviction of the judge (so called *argomenti di prova*: art. 116 c.p.c). It should be observed that personal appearance of the parties, once compulsory, is now possible in ordinary proceedings only if all parties agree on it (art. 185 c.p.c.)⁴⁷⁸

This change in procedural law, introduced by the recent Italian reform in 2005, depends on the fact that in judicial praxis frequently all parties agreed not to

⁴⁷⁶ For a general survey about evidence in Italy, see, inter alia, COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Turin, 2004; VERDE, G., *Prova – Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1988, p. 579 ff.

⁴⁷⁷ See CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 2 volumes, Milan, 1974; DITTRICH, L., *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milan, 2000.

⁴⁷⁸ Personal appearance of the parties is still compulsory in labour proceedings (art. 420 c.p.c.)

appear personally and only lawyers were present at the hearing⁴⁷⁹. This also shows little trust in the oral management of the case.

The debate on the (oral and personal) participation of the parties at the hearing is still open in Italy. The idea is rather widespread, that the judge might obtain useful information from the parties by means of a direct interrogatory, while generally statements prepared by the lawyers hide truth behind well built arguments. Two objections contrast this position. In the first place, the role of lawyers is that of presenting the case, from the opposite points of view of the parties and the task of the judge is to carry out a confrontation of the two (or more) positions: the weak points of each party come out more through the statements of the counterpart than looking for discrepancies between a party and its lawyer. In the second (and, perhaps, more effective) place, direct interrogatories of the parties could achieve some results, if before the judge had studied the case carefully, which often is not possible, because of the overload of the Italian judges, in connection with the general problems of the judicial organization.

When the matter of the case consists in disposable rights, each party may get an oral declaration of the counterpart, in the form of an oath (*giuramento*)⁴⁸⁰ or a confession (*confessione*)⁴⁸¹, by submitting specific questions to the counterpart, who is compelled to answer personally and not by means of the representation of the lawyer. If a party admits issues of fact, which are object of such measure of evidence, the judge is bound to the contents of these declarations. In the case of oath (which is very rarely present in Italian proceedings), the declaring party achieves the goal to make ascertained the issues which it has stated and favourable to it; in the different case of confession, on the contrary, there are ascertained the issues admitted by the party, unfavourable to its interests⁴⁸². In both cases, the general rule of free conviction of the judge is broken: the reason of that depends on the power of the party on its disposable rights.

Evidence by witness is much more frequent⁴⁸³. Deposition by witness is always oral (save what will be pointed out in the following paragraphs). Witnesses are called to answer about specific issues of fact which are to be investigated, already fixed by the judge after the statements of the parties. Further questions may be asked by the judge or the representatives of the parties, through the judge, since lawyers are not allowed to interrogate witnesses directly.

Usually, the names of witnesses are pointed out by the parties and the judge admits those, whose knowledge of the issue seems to be relevant in the

⁴⁷⁹ About the Italian reform, see BALENA, G., *Elementi di diritto processuale civile*, 4th ed., II, Bari, 2007, p. 21 ff.

⁴⁸⁰ About oath, see BALENA, G., *Giuramento*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, sezione civile*, IX, Turin, 1993, p. 105 ff.

⁴⁸¹ About confession, see COMOGLIO, L.P., *Confessione – diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, Rome, 1988.

⁴⁸² See arts.

⁴⁸³ See TARUFFO, M., *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milan, 1988, p. 729 ff.

case. In some cases, the judge may call witnesses of his own motion (f.i., arts. 281-ter and 421 c.p.c.). Any way, the witness, once called in the proceedings, becomes common to the parties: if one party should give up the hearing of the witness that it has indicated, nevertheless the counterpart could insist on hearing the deposition.

Witness testimony may not be freely admitted. Besides the evaluation about the probable relevance or not of the witness' answers for the decision of the case, the judge must take into account some limitations introduced by the civil code (i.e., by the substantial law), based on the lack of trust of the legislator about witnesses. The main limitation is referred to the exclusion of oral witnesses if called to state the existence of agreements, contrasting to clauses included in written contracts (art. 2722 of the civil code)⁴⁸⁴.

III. ORAL SYSTEM, WRITING & MEASURES OF ENQUIRY

Italian civil procedure code also considers some measures of enquiry, which suppose the taking of evidence by an activity of the court, but whose result (directly or indirectly) is a written document.

First, the judge may appoint an expert with the task to prepare a written report about some issues relating to the proceedings, where technical experience and knowledge are needed (see arts.191 ff. c.p.c.) As a matter of fact, experts' reports are gaining more and more importance in modern proceedings and some further considerations will be made about this argument later.

Secondly, the judge may order a party to exhibit in court specific documents or even material objects (art. 210 c.p.c). With more caution, the same order may be given to a third subject, not party at the proceedings (arts. 210-211 c.p.c.). Italian procedural law doesn't include any form of discovery or fishing expedition⁴⁸⁵; yet, the search of truth often suggests to purchase documents, which are not available to the party, who has the burden of the proof of the issue, whilst the counterpart has no interest in exhibiting them spontaneously. Such an order is possible, under some limitations (art. 118 c.p.c), which have the purpose to avoid damages to the counterpart or the third subject: the searched documents should be deemed absolutely necessary to a just decision, their exhibition should not cause a huge damage (of course, losing the case because of the exhibition is not a damage) and they should not be confidential⁴⁸⁶. For the purpose of this report, it is easy to remark that this measure of enquiry goes towards the direction of written evidence.

In third place, the power of the judge to order an inspection of places, things or people (art. 118 c.p.c.) is to be considered. During the inspection, the

⁴⁸⁴ See MONTANARI, M., *Il principio di prova per iscritto*, Turin, 2005.

⁴⁸⁵ The question is opened, whether a foreign order for discovery might be enforced in Italy or not. See TROCKER, N., "Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 475 ff.

⁴⁸⁶ See GRAZIOSI, A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milan, 2003; RUFFINI, G., "Produzione ed esibizione dei documenti", in *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno nazionale, Milano, 2007, p. 303 ff.

judge (who may be assisted by an expert) may order to take photographs or to make copies of documents or even to hear witnesses (arts. 258 ff. c.p.c.). Therefore, the exit of this judicial activity may go in the sense both of oral and (but more frequently) written evidence.

Lastly, the court has always the power to make a request for information or the exhibition of documents to any public body (art. 213 c.p.c.)⁴⁸⁷. The use of this kind of measure (which of course consists in written evidence) seems to become growing, above all on the ground of antitrust cases, where the European rules⁴⁸⁸ state forms of exchange of information between courts, Commission and national antitrust authorities.

IV. DOCUMENTARY EVIDENCE

Any party at the proceedings has the right to produce documents. No previous control is made by the court: only at the end, when deciding the case, the judge will distinguish between relevant and not relevant materials⁴⁸⁹.

Any kind of document may be brought to the judge. Yet, the civil code makes some important distinctions for what concerns the efficacy of documents in the court's evaluation. Italian law distinguishes some kinds of documents, which bind the judge to the facts ascertained therein (so called *prove legali*) and therefore admit no free evaluation. This peculiar force is reserved to two categories of documents: documents under the seal of a public officer (*atti pubblici*: arts. 2699 ff. c.c.) and private writings (*scritture private*). It should be added, from the point of view of the efficacy, that the binding force of *atti pubblici* is limited to the truth of some exterior events recorded in the document (such as the date of a contract or the physical presence of a person), whilst private writings bind the judge only about the provenience of the document from the party who has signed it.

As Francesco Carnelutti taught, document is any form of representation of reality⁴⁹⁰. The question of binding efficacy should not mislead the interpreter: only few documents are binding (in the sense quoted above), but a lot of documents may be produced by parties and they are submitted to the free

⁴⁸⁷ See LUISO, F.P., "Richiesta di informazioni alla P.A.", in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milan, 1989, p. 483 ff.

⁴⁸⁸ Above all, EC Regulation n.1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC treaty (arts. 11, 12, 15, 18, 19, 20). See, inter alia, NAZZINI, R., *Concurrent proceedings in competition law. Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford, 2004; NEGRI, M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Padova, 2005; BONATTI, R., "La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 193 ff.; BUTTAZZI, B., "Il regolamento comunitario n. 1 del 2003 e le sue ricadute sui processi nazionali", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 183 ff.

⁴⁸⁹ See RUFFINI, G., "Produzione ed esibizione dei documenti", in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 433 ff.

⁴⁹⁰ See CARNELUTTI, F., "Documento e negozio giuridico", in *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, p. 181 ff.; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Rome, 1941, p. 138.

evaluation of the court. For instance, an exchange of e-mail may give evidence about some issues at discussion⁴⁹¹, even if it goes outside the space of application of *atti pubblici* and *scritture private*. Perhaps, it is even superfluous to quote other frequent kinds of documents, such as telecopy and telex.

A new scenario is opened by the informatic documents⁴⁹². In these notes, it is not possible to discuss the remarkable question of the efficacy of such documents: yet, it must be underlined that a new, important class of written evidence comes on the stage of civil proceedings.

V. THE PREVALENCE OF WRITING IN TAKING EVIDENCE IN ORDINARY PROCEEDINGS

Thinking that oral and written evidence are actually located at the same level would lead the observer out of reality. Indeed, in most cases evidence in Italy is nowadays written evidence. In next lines, there will be explained the main reasons of this phenomenon and described the fields where judgments are more frequently made after written evidence only.

The first reference has to be made to the organization of civil justice in Italy. As everybody knows, the duration of proceedings in first instance may reach four-five years and, in case of more complex litigation, even a longer time. The words of witnesses are conserved in the official record of the proceedings, which is formally kept by the registrar, but usually hand written by one of the lawyers at the hearing, even under the control of the judge⁴⁹³. This situation (which one cannot but deplore) brings about two consequences. On the one hand, lawyers are very careful in playing their game on future oral testimonies: time passes, witnesses forget most particulars, their references become often uncertain. If a witness remembers facts too exactly after many years, the judge has good reasons not to trust in him too much. On the other hand, it is also frequent that a long time may divide the day of the hearing, when witnesses are heard, from the day of the sentence (not to speak of the judgments of appeal). In the meanwhile, it is possible that a new judge has taken the place of the former one: the latter will decide the case only through the hard reading of an old record and almost none of the perceptions which the first colleague might have received in the oral confrontation with the witness will arrive at him. The sum of these factors makes oral evidence little suitable to win a case.

⁴⁹¹ See JORI, M.G., “L’efficacia probatoria dell’e-mail”, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 1028 ff.

⁴⁹² See, inter alia, VERDE, G., “Prove nuove”, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 35 ff.; GRAZIOSI, A., “La nuova efficacia istruttoria del documento informatico”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 53 ff.; DE SANTIS, F., “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale”, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 247 ff.

⁴⁹³ It may be interesting to remember that a recent proposal for the reform of Italian civil procedure code stated that parties were allowed to examine witnesses without the judge, even if in contradiction. As one may easily see, here the common praxis of Italian courts (i.e., records written by lawyers) was to be transformed into law. The proposal has been hardly criticized by literature and it has been abandoned.

A second point of weakness of oral evidence is the growing need of scientific proof⁴⁹⁴. Whenever the judge appoints an expert to describe facts and places, or to find out causes, or to determine the amount of damages, the conclusions of the expert's report are generally able to bind the choices of the court: if not in theory, often in practice. The judge is obviously free to review the expert's conclusions, but he should be able to give a convincing motivation, which is very difficult to do, exactly because of the lack of technical knowledge of the judge, that explains the appointment of the expert.

In these cases, in the hands of the judge there remains a written report, perhaps with the allegation of photographs, designs, maps. The party who aims at challenging the conclusions of the expert should put her chances in another report, which might insinuate doubts into the judge's mind: in any case, further written materials come in. It is important to bear in mind that a remarkable part of Italian literature and the prevailing case law of Italian High court (*Corte di Cassazione*) share the opinion that expert's report is not a measure of enquiry, but only helps the judge in making his idea on the case, by furnishing him technical elements⁴⁹⁵. On the contrary, my personal and not lonely opinion is that usually expert's reports have the task of taking evidence (as it is fully acknowledged in other European countries)⁴⁹⁶. But the theoretic dispute has little importance: practice shows that such a report always has strong influence on the decision. And there is no doubt that here one deals with written and not oral evidence.

The traditional Italian way to testimony is oral evidence, as it has been said above. But the experience of foreign countries, such as France and England, is leading Italy too towards some forms of written testimony. This is the case of art. 816-ter c.p.c., in matter of arbitration⁴⁹⁷. According to this rule, arbitrators may ask a person to appear before the panel and answer to some questions, may visit the witness at its domicile and may also put the witness some written questions, to which the witness is allowed to answer in writing. For what I know, the rule is sometimes (although not very often) applied.

Moreover, it should be observed that much litigation is not very fit for oral evidence, because of its structure: and that seems to me especially important in the field of the so called "new rights". For instance, a claim for mass damages (recently introduced in Italy and now ruled by art. 140-bis of the Consumers'

⁴⁹⁴ See DENTI, V., "Scientificità della prova e libera valutazione del giudice", in *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 415 ff.; TARUFFO, M., "Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 238 ff.; LOMBARDO, L., "La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto", in *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno nazionale, Milano, 2007, p. 127 ff.

⁴⁹⁵ See MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, II, 19th ed., Turin, 2007, p. 195 ff.

⁴⁹⁶ See DENTI, V., "Perizie, nullità processuali e contraddittorio", in *Rivista di diritto processuale*, 1969, p. 404 ff.; PROTO PISANI, A., "Appunti sulle prove civili", in *Foro italiano*, 1994, V, c. 71 ff.; recently AULETTA, F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padua, 2002.

⁴⁹⁷ See RICCI, G.F., "Art. 816-ter. Istruzione probatoria", in CARPI, F. (editor), *Arbitrato*, 2nd ed., Bologna, 2007, p. 407 ff.

code) might hardly be founded on oral testimonies: usually, the proof of the breach of antitrust rules or the selling of defective ware has to be given by means of documents or experts' reports and not through many depositions, relating to individual facts⁴⁹⁸. Indeed, testimony is fitter for small litigation, where the topics of the case concern individual issues, than for complex litigation, whose weight in our society is nevertheless more and more growing. Whenever the case involves the examination of macro-issues, written evidence achieves greater importance.

The last point – somehow, the most interesting one, in the view of the debate about the efficacy of oral and written evidence – is the question of the so-called atypical evidence (*prove atipiche*). This phenomenon includes a number of cases, where evidence is achieved in a different way, from the normal one established by the procedural rules. Testimonies should be heard orally, in contradiction between the parties, before the judge (arts. 252 ff. c.p.c.). Should the witness write a letter, where he speaks about the issues of the case, a rigid interpretation of the code would lead not to admit such a declaration in the proceedings. Such a letter would not be a true document, because it would not be a representation of facts, but a written testimony, not allowed by the code⁴⁹⁹. Yet, many authors think that such an information might not be lacking of validity at all, and that the judge should take it into account, even if without the force of full proof, but with a lower level of conviction⁵⁰⁰.

Cases of atypical evidence are, *inter alia*, those of evidence examined in other proceedings between the same parties, or evidence achieved in discontinued

⁴⁹⁸ The European Commission has been studying the problems of access to evidence in antitrust cases and in damage actions for breach of the Ec antitrust rules very carefully: above all, see the Commission staff working paper, made in Brussels on December 2005 (SEC (2005) 1732), annex to the Green paper on the matter (COM (2005) 672 final). The conclusions of this paper are very interesting. In the first place, most attention is given to the disclosure of documentary evidence and to the prevention of destruction of evidence. Oral testimony comes out only with reference to the possibility of calling parties and their representatives as witnesses: according to the Commission, “these limitations can constitute an obstacle to obtaining evidence, especially in antitrust cases where the statements of representatives of the companies involved can provide significant and important information” (Commission staff working paper, point 68).

⁴⁹⁹ Of course, under the point of view of the Italian law. As everybody knows, most European legal systems have a strongly different position on this issue and also Ec procedural law deems written statements coming from a third person able to give proof of the facts, described therein. For what I know, such a written statement is not considered as a witness statement only in Estonia, Finland, Portugal, Slovenia and Sweden, besides Italy. See CHIARLONI, S., “Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 819 ff.

⁵⁰⁰ See RICCI, G.F., *Le prove atipiche*, Milan, 1999; TARUFFO, M., “Prove atipiche e convincimento del giudice”, in *Rivista di diritto processuale*, 1973, p. 389 ff.; ID., “Il diritto alla prova nel processo civile”, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 101 ff. A different approach in CAVALLONE, B., “Critica della teoria delle prove atipiche”, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 679 ff. and doubts in CARRATTA, A., “Prove e convincimento del giudice nel processo civile”, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 27 ss.

proceedings. A party could have no witness to bring before the judge (for instance, the witness lives abroad and his address is now unknown), but it could have the record of a precedent hearing (for instance, in a criminal case), where the witness gave his testimony about the issues, now discussed before the civil court. The care for truth leads the courts not to stop at the formal stage of inadmissibility, but to take this kind of evidence somehow into consideration.

Now, in the perspective of our topic (oral vs. written evidence), that means that a piece of paper (even if not a document, strictly speaking) takes the place of an oral testimony. Therefore, atypical evidence plays in favour of writing.

VI. ORAL AND WRITTEN EVIDENCE IN SUMMARY PROCEEDINGS

Up to now, these notes have dealt with ordinary proceedings⁵⁰¹. Yet, too long duration of civil cases in Italy makes more and more important all the kinds of summary proceedings, which (under different names and with unequal features) try to let parties achieve a judicial statement in a quicker time, before or without the beginning of ordinary proceedings⁵⁰². The main rules to be now taken into consideration are those referring to interim proceedings⁵⁰³.

When the judge is called to order an interim measure, where urgency is real and no delay is admissible, the problem of evidence has a peculiar shape. First of all, here the conviction of the judge supposes a *prima facie* evidence. Should the judge be compelled to carry on a long enquiry, the urgency itself would be inexistent. Italian rules deal with a general power of the judge to take on information (the reference is to art. 738 c.p.c., in matter of chambers proceedings)⁵⁰⁴. According to the prevailing opinion, the judge might take evidence, using the normal measures: so, the court could hear witnesses or appoint an expert. This position deserves to be shared, but it should be noted that usually time limits suggest the judge to reach its conviction through written documents only.

Therefore, most of the wide field of summary proceedings is ruled without any enquiry and evidence – so far as it is necessary – is sought by documents.

VII. A GLANCE AT EUROPE

Even if this report deals with Italian procedural law, one cannot but give a quick glance to the rules of the European Union, referring to civil evidence.

⁵⁰¹ Labour proceedings in Italy (so-called *rito del lavoro*: arts. 409 ff. c.p.c.) are actually featured with a greater use of oral system than in common civil proceedings. Yet, it must be said that the original purpose of the legislator (i.e., quick and oral proceedings, which might arrive at the judgment in just one hearing) has been often neglected by the praxis of the courts.

⁵⁰² About recent developments of the issue, see MENCHINI, S., “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 869 ff.

⁵⁰³ Especially, art. 669-sexies c.p.c.

⁵⁰⁴ See CAPPONI, B., “Le “informazioni” del giudice civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, p. 911 ff.

The rules of procedure before the Court of justice of the European Communities and the other European courts at Luxembourg include both oral and written evidence, and specifically the personal appearance of the parties, a request for information and production of documents, oral testimony, the commissioning of an expert's report and an inspection of the place or thing in question. Yet, the practical experience shows that written evidence is absolutely prevailing and the most used measure of enquiry is the request for information and production of documents⁵⁰⁵.

The EC regulation n. 1206/01, on cooperation between the courts of the member States in the taking of evidence abroad, tries to make oral evidence easier, f.i. granting any national judge the power to hear witnesses on the ground of a different State (provided on voluntary basis) and ruling the performance of the taking of oral evidence with the presence and participation of representatives of the requesting court.⁵⁰⁶ But the recent EC regulation n. 861/07, establishing a European small claims procedure, considers written evidence as the normal way of enquiry, and makes oral evidence possible, only under particular conditions.

It is interesting to read the wording of art. 9 of the EC regulation n. 861/07. According to the rule, "the court or tribunal may admit the taking of evidence through written statements of witnesses, experts or parties. It may also admit the taking of evidence through video conference or other communication technology, if the technical means are available". Then, the rule states that "the court or tribunal may take expert evidence or oral testimony only if it is necessary for giving the judgement. In making its decision, the court or tribunal shall take costs into account". Although all that refers to small claims, the choice of the European legislator seems to me remarkably clear.

VIII. SOME FINAL REMARKS

The reasons for prevalence of writing in taking evidence would not be complete, without considering the real organization of judicial activity in Italy. In first instance courts, each Italian civil judge has a workload of many hundreds, sometimes thousands cases. Usually, judges spend some mornings in the week on attending hearings or taking part to panels and work the other days deciding cases and drafting judgments, at office or at home. Oral evidence may require many hours for a single case, which leads to delay in the general management of justice.

⁵⁰⁵ See art. 45 of the rules of procedure of the Court of justice; art. 65 of the rules of procedure of the Court of first instance. In literature, if you like, see BIAVATI, P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milan, 1992; ID., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milan, 2005. In English, see above all K.P.E. LASOK, K. P. E., *European Court of Justice. Practice and Procedure*, London, 1994.

⁵⁰⁶ See arts. 12 and 17 of the Regulation n. 1206/01. In literature, see TROCKER, N., "Note sul regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale", in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 670 ff.; BIAVATI, P., "Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 425 ff.; BONATTI, R., "Sovranità nazionale e leggi processuali nell'armonizzazione del diritto delle prove in Europa", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 211 ff.

Of course, in many cases oral testimony or parties' appearance is unavoidable to decide the issue justly; but, as far as possible, judges try to limit oral evidence.

An important current in Italian literature, from Giuseppe Chiovenda onwards, has considered oral management of the case as the best way to justice. But this approach can't cope with the problems of judicial structure and organization and one might wonder whether Chiovenda would stress the same positions, if he lived nowadays. Any way, it is sure that problems should be faced looking at reality and coming out of any ideological cage⁵⁰⁷.

For a long time, the debate between oral and written system in taking evidence has been put in connection with that between the adversarial or inquisitorial shape of the powers of the judge, usually establishing a double couple: oral management and active judge, on the one hand, and written evidence and adversarial proceedings, on the other hand⁵⁰⁸. Yet, experience shows that an active judge may search documents very energetically, order inspections, appoint experts with the task to discover written evidence; and, at the same time, that adversarial proceedings may deal with the oral testimonies pointed out by the parties. Really, written and oral system are only tools in the hand of the judge: courts will choose the more suitable to the single cases and often will opt for writing.

Is it to say, therefore, that game is over, all in favour of writing ? One cannot give a downright answer. The prevailing of writing in practice is the point of departure, which nobody could deny seriously. Yet, oral evidence still plays an important role, above all where the issues are concerning individual facts. Besides, oral system seems to be preferred under the point of view of contradiction between parties⁵⁰⁹: obviously, an oral witness may be, if not cross-examined, at least interrogated by the judge, after request of the lawyer of the counterpart.

But in my opinion, future will belong neither to oral, nor to written evidence: probably, the incoming of informatics in civil proceeding will have the effect to open a third way, which might be called "new oral system"⁵¹⁰. Should be

⁵⁰⁷ See CAVALLONE, B., "Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)", in *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno nazionale, Milano, 2007, p. 29 ff.

⁵⁰⁸ See inter alia TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 67 ff.; CIPRIANI, F., "Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)", in *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 969 ff.; MONTELEONE, G., "Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisionista", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 575 ff.; TARUFFO, M., "Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa", in *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno nazionale, Milano, 2007, p. 53 ff.

⁵⁰⁹ See the remarks of TARZIA, G., "Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile", in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 639 ff.

⁵¹⁰ In the Italian debate, see CARPI, F., "Processo civile e telematica: riflessioni di un profano", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, p. 467 ff.; GRAZIOSI, A., "Parola detta, parola scritta e parola telematica", in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milan, 2000.

possible managing a case through a website, where claimant, defendant, lawyers and judge might act together, the information by third subjects and experts might be given in an oral (i.e., immediate) but at the same time written (i.e., immediately recordable) form. At the same time, documents or photographs could be easily inserted in the site, overwhelming the distinction itself between oral and written evidence. All that is still future, but Italy has been making experiments since a decade, and some first, although partial, results have already been achieved.

BRASIL

LA PRUEBA EN EL SISTEMA ORAL BRASILEÑO

LUIZ GUILHERME MARINONI

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad Federal de Paraná (Brasil)

I. El Código de Proceso Civil brasileño de 1973 acentúa la forma escrita del proceso. A pesar de que determinadas etapas del procedimiento civil de jurisdicción ordinaria (regulado por el Código de Proceso Civil) tengan algunos elementos de carácter oral, la relación entre la prueba y la oralidad tienen importancia en los llamados “Juizados Especiais” -Juzgados Especiales-, creados en las últimas décadas para tratar de causas de menor complejidad y de causas que suceden en lo cotidiano de las capas más humildes de la población⁵¹¹.

Los *Juizados Especiais* surgieron con la Ley 7.244/84, que estableció en el Brasil *Juizados de Pequenas Causas* -Juzgados de Pequeñas Causas-. La idea avanzó; adquirió contornos constitucionales (art. 98, I, § 1º, CF) y llegó a la situación actual, con la creación de los *Juizados Especiais Cíveis e Criminais* –Juzgados Especiales Civiles y Criminales- (Ley 9.099/95), y de forma más reciente con la instauración de los *Juizados Especiais Federais* –Juzgados Especiales Federales- (10.259/2001). El *Juizado Especial* es órgano de jurisdicción provincial, constituyendo una estructura vinculada al Poder Judicial, por expresa determinación constitucional.

De acuerdo con el art. 3º de la Ley 9.099/95, los *Juizados Especiais Estaduais* –Juzgados Especiales Provinciales- tienen competencia para juzgar las causas civiles de menor complejidad⁵¹². Los *Juizados Especiais Estaduais* están prohibidos de juzgar “las causas de naturaleza alimentar, concurso y quiebras, fiscal y de interés de la *Fazenda Pública* -Administración Pública-, y también las relativas a accidentes de trabajo, a residuos y al estado y capacidad de las personas, aún siendo de cuño patrimonial” (art. 3º, § 2º, Lei 9.099/95).

La Ley 10.259/2001, colocándose al lado de la Ley 9.099/95, formó un sistema legal para regular los *Juizados Especiais Federais*. La Ley 9.099/95 (que trata de los *Juizados Especiais Estaduais*) no permitía que por su procedimiento sean tratadas pretensiones referentes a órganos públicos⁵¹³. De acuerdo con el art.

⁵¹¹ Agradezco las informaciones dadas por los Dres. Eduardo Appio, Rony Ferreira e Ruy Alves Henriques Filho, Magistrados y Profesores de Derecho en el Estado de Paraná.

⁵¹² Entendidas como tales las causas cuyo valor no exceda a cuarenta veces el salario mínimo; las enumeradas en el art. 275, II, del Código de Proceso Civil; la acción de desalojo para uso propio; y las acciones posesorias sobre bienes inmuebles cuyo valor no exceda a cuarenta salarios mínimos. Además, también corresponde a estos Juizados Especiais promover la ejecución de sus propias sentencias, así como de títulos ejecutivos extra judiciales por el valor de hasta cuarenta veces salarios mínimos (art. 3º, § 1º, Ley 9.099/95).

⁵¹³ O art. 3º, § 2º, da Ley 9.099/95, afirma que las causas de interés de la Administración Pública están excluidas de la competencia de los juizados, siendo

3º de la Ley 10.259/2001 cabe a los *Juizados Federais* procesar, conciliar y juzgar todas las causas de competencia de la Justicia Federal, de valor igual o inferior a sesenta salarios mínimos, así como ejecutar sus sentencias. Se excluye de su competencia el análisis de las acciones “referidas en el art. 109, incisos II, III e XI, de la Constitución Federal⁵¹⁴, las acciones de *mandado de segurança* (procedimiento especial previsto por la Constitución Federal), de desapropiación, de división y demarcación, populares, ejecuciones fiscales y por improbidad administrativa y las demandas sobre derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos”; “sobre bienes inmuebles de la Nación, autarquías y fundaciones públicas federales”; “para la anulación o cancelación de acto administrativo federal, salvo el de carácter previsión social y el de obligación fiscal”; “que tengan como objeto la impugnación de la pena de demisión impuesta a empleados públicos civiles o de sanciones de disciplina aplicadas a militares” (art. 3º, § 1º, Ley 10.259/2001).

II. Conforme determina el art. 2º de la Ley 9.099/95, el procedimiento en los *Juizados Especiais* debe pautarse por los criterios de “forma oral, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, buscando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción”. Estos principios, a pesar de estar previstos de forma expresa solamente en la Ley de los *Juizados Estaduais*, son aplicables a los *Juizados Federais*.

El procedimiento de los *Juizados Especiais* esta reglamentado para que se desarrolle oralmente, reduciendo al máximo las piezas escritas y la transcripción de las declaraciones orales.

El escrito inicial puede ser presentado de forma oral o escrita (art. 14, Ley 9.099/95). Dice el art. 14, § 3º, de la Ley 9.099/95 que “El pedido oral será reducido a escrito por la Secretaria del Juzgado, pudiendo ser utilizado el sistema de fichas o formularios impresos”. La contestación también puede ser oral o escrita (art. 30, Ley 9.099/95). En este sentido, afirma el art. 13, § 3º, de la Ley 9.099/95, que “apenas los actos considerados esenciales serán registrados resumidamente, en notas manuscritas, dactilografadas, taquigrafadas o estenotipadas. Los demás actos podrán ser grabados en cinta magnética o equivalente, que será inutilizada después de que la decisión sea considerada cosa juzgada”.

La Ley de los *Juizados Especiais* preserva, de forma bastante clara, la concentración de los actos procesales, mediante la i) exigencia de que la recolección de pruebas, los debates entre las partes y el trámite de la causa ocurran en una única audiencia; y por medio de la ii) prohibición de recurso de las decisiones tomadas en el curso del proceso⁵¹⁵, especialmente en la fase de

que su art. 8º, caput, expresamente excluye a la Nación y a sus empresas públicas de aparecer como partes en los *Juizados Especiais*.

⁵¹⁴ Constitución Federal, art. 109, II, III e XI: “A los jueces federales corresponde procesar y juzgar: II - las causas entre Estado extranjeros u organismo internacional y Municipio o persona domiciliada o residente en el País; III - Las causas fundadas en tratado o contrato de la Nación con Estado extranjero o organismo internacional; XI - La disputa sobre derechos indígenas”.

⁵¹⁵ La Ley de los *Juizados Especiais Federais* (Lei n. 10.259/2001) afirma de forma expresa (art. 5º) que cabe recurso contra las decisiones que tratan de

instrucción. Establece el art. 28 de la Ley 9.099/95: “En la audiencia de instrucción y juzgamiento serán oídas las partes, recogidas las pruebas y, enseguida, proferida la sentencia”. Del art. 29 de la misma Ley: “Serán decididos de forma sumaria todos los incidentes que puedan interferir en el regular proseguimiento de la audiencia. Las demás cuestiones serán decididas en la sentencia. Parágrafo único. Sobre los documentos presentados por una de las partes, se manifestará inmediatamente la parte contraria, sin interrupción de la audiencia”.

III. Las pruebas orales producidas ante el Juzgado no requieren de transcripción, “debiendo la sentencia referir, en lo esencial, los informes colocados en las declaraciones” (art. 36, Ley 9.099/95). En los *Juizados Especiais*, las declaraciones no necesitan ser transcriptos, y la sentencia, que debe ser proferida en la misma audiencia en que las pruebas orales son producidas, solo necesita hacer referencia a las partes esenciales de las declaraciones. Se le otorga al juez el poder de definir lo que es esencial de la declaración prestada por testigo, y esto solamente podrá ser controlado por las partes mediante la interposición de recurso contra la sentencia para la *Turma Recursal* (instancia jerárquicamente superior para juzgar los recursos de los *Juizados Especiais*). Se destaca que la Ley de *Juizado Especial* prevé la posibilidad de que el vencido interponga recurso contra la sentencia (art. 41, Ley 9.099/95).

El juez define lo que es esencial en la declaración a partir del contacto inmediato proporcionado por la audiencia. La razón para que se le conceda al juez el poder de definir lo que es esencial en la declaración deriva exactamente del contacto inmediato proporcionado por la audiencia. Sin embargo, el Tribunal (de segundo grado) tiene gran dificultad para controlar la legalidad de lo que fue definido como esencial por el juez, una vez que tendrá a su alcance solo el recurso e la sentencia. En verdad, esto significa que la posibilidad otorgada al juez de indicar solamente las partes esenciales de las declaraciones es contradictoria con la idea de la doble instancia de jurisdicción.

Para que la doble revisión sobre materia de hecho pueda efectivamente suceder, no hay como dispensar el registro integral de las declaraciones y dar al juez de primera instancia la posibilidad de mencionar, en la sentencia, partes de las declaraciones, según su impresión. Cuando se piensa en doble revisión de materia fáctica, todas las pruebas orales tienen que ser transcriptas o gravadas.

IV. En los *Juizados Especiais*, el juez puede contar con el auxilio de un conciliador y de un juez lego⁵¹⁶. Según el art. 7º da Ley 9.099/95, “los conciliadores y Jueces legos son auxiliares de la Justicia, reclutados, los primeros, preferentemente, entre los graduados en Derecho, y los segundos, entre abogados con más de cinco años de experiencia”.

No alcanzada la conciliación, las partes podrán optar, de común acuerdo, por el juicio arbitral. El árbitro será elegido entre los jueces legos, considerando,

tutelas de urgencia. A pesar de que la Ley del Juizado Especial Estadual (Ley 9.099/95) no trata de forma expresa esta cuestión, los tribunales vienen admitiendo recurso contra la decisión que concede o deniega la tutela cautelar o la tutela anticipada.

⁵¹⁶ En los *Juizados Especiais Federais* solo existe la figura del “conciliador” (art. 18, Ley 10.259/2001).

de esta forma, instaurado el arbitraje independientemente de compromiso. Finalizada la instrucción, el árbitro debe presentar su laudo para homologación por Juez togado (artículos 24 y 25, Ley 9.099/95).

Instituido el arbitraje, el juez lego tendrá poder para solicitar la prueba y juzgar. El Juez lego que haya dirigido la instrucción proferirá su decisión e inmediatamente la someterá al Juez togado, que podrá homologarla, dictar otra en sustitución, o, antes de manifestar-se, determinar la realización de actos probatorios que considere indispensables. (art. 40, Ley 9.099/95).

Los beneficios del contacto inmediato del juez con la prueba son preservados al darse al juez lego, que llevo adelante la instrucción, el poder de juzgar, aunque su decisión deba ser homologada por juez togado.

V. Los *Juizados Especiais Federais* vinculados a la Justicia Federal de la 4ª. Región – que comprende las tres provincias del Sur, Paraná, Santa Catarina y Rio Grande do Sul -, funcionan, integralmente, por medio electrónico (sistema *e-proc*, creado y desarrollado por la justicia brasileña), dispensando el uso del papel. Este proceso electrónico permite anexar archivos digitales de MP3 (formato de audio) y de también de MP4 (audio y video). Las audiencias pueden ser totalmente grabadas en este formato digital, permitiéndole a las partes y a los jueces de segunda instancia oír e inclusive ver lo que ocurrió durante la fase de instrucción.

La Resolución n. 2, de la Coordinación de los *Juizados Especiais Federais* de la 4ª. Región⁵¹⁷, desde octubre de 2005 permite que el “conciliador” participe del proceso en calidad de “instructor”, quedando así responsable por la dirección de la instrucción de prueba y por la recolección de las declaraciones de las partes y de los testigos⁵¹⁸.

Los “conciliadores”, autorizados a realizar la instrucción de los procesos, registran, por medio fonográfico (cinta magnética) o digital (MP3), las declaraciones de las partes y de los testigos. Sin embargo, el “conciliador”, además de juntar las pruebas, ha ido más allá, y transmite su convicción al juez togado sobre las pruebas producidas.

Por consiguiente, el juez togado competente para decidir difícilmente se toma el trabajo de oír las declaraciones. En la mayoría de los casos, los

⁵¹⁷ De la misma forma la Resolución nº 527, de 19/10/2006, del Consejo de la Justicia Federal.

⁵¹⁸ Como informa el Dr. Rony Ferreira, Juez Federal em el Estado de Paraná, “la explosión de procesos en los respectivos Juizados Especiais Federais, determino que la figura del conciliador asuma una nueva identidad. Decenas de Jueces, viendo exacerbado el número de audiencia, pasaron a utilizar a los conciliadores para recoger prueba. (...) Por cuenta de esta necesidad, la 4ª Región dio directivas permitiendo la colecta de prueba por el conciliador (artículo 8º de la Resolución nº 54, de la Presidencia, y artículo 392 del Provimento nº 2, de la Corregedoria-Geral). Siguiendo la misma orientación, la Resolución nº 2, de 20/10/2005, da la Coordinación de los Juizados Especiais Federais de la 4ª Región, y la Resolución nº 527, de 19/10/2006, del Consejo de la Justicia Federal, definieron las atribuciones de los conciliadores, y entre las incluyeron la realização de actos de instrucción, en especial la toma de de prueba oral, sin perjuicio de su renovación por el Juez que preside el proceso”.

conciliadores colectan las pruebas y el juez togado no escucha las declaraciones grabadas.

Según información dada por el Juez Federal Eduardo Appio, de la *Turma Recursal* de los *Juizados Federais* en el Estado de Paraná, los jueces singulares han decidido, a partir de las pruebas recogidas por el conciliador, con el escueto fundamento de que “la prueba testimonial en audiencia es armónica y segura en (des) favor del autor de la acción”⁵¹⁹. Por este motivo, la 2ª. *Turma Recursal* de los *Juizados Especiais Federais* en el Estado de Paraná ha anulado las sentencias que se limitan a afirmar el sentido (favorable o desfavorable al autor) de las pruebas producidas frente al “conciliador”, argumentando en los siguientes términos: “la sentencia, al afirmar de forma genérica y abstracta, que acataba como razón para decidir lo que había sido dicho por los testigos en audiencia (que no fue presidida por juez y si por el conciliador), ofendió la cláusula del debido proceso legal, el cual tiene su matriz en el art. 5º de la Constitución Federal. No hay como sanar esta nulidad y cualquier decisión de 2º grado tendría que, forzosamente, decidir de forma intuitiva, buscando adivinar las razones (de hecho) que llevaron al juez a decidir a favor de uno de los litigantes. El proceso es un espacio democrático de reconstrucción de una realidad pretérita, siendo verdad que solamente a través de la fiel motivación es posible afirmar que el juez analizó y valoró los argumentos de ambas partes” (*JEF-PR, 2ª. Turma, Rel. Juiz Federal Eduardo Appio*).

En virtud de que se le hayan otorgado poderes de instrucción al “conciliador” - figura que, conforme la propia Ley 9.099/95, tiene otras funciones y siquiera precisa ser reclutado entre graduados en Derecho (art. 7º, Lei 9.099/95) -, fue propuesta una medida (procedimiento de control administrativo) ante el Consejo Nacional de Justicia, alegándose la ilegalidad de otorgarse poderes de instrucción al “conciliador”.

Es evidente, en primer lugar, que aún cuando fuese posible dar al conciliador poderes de instrucción, este jamás podría tener poder para valorar las pruebas y juzgar. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter oral, de nada sirve dar poder para que una persona (el conciliador) tome las pruebas si otra persona (el juez togado) debe juzgar. Así, la ventaja de la inmediatez, deriva del contacto del instructor con la prueba, evidentemente desaparece cuando el juzgador es persona distinta de aquel que llevo adelante la instrucción.

Además, como el conciliador apenas podría tener poder para recoger las pruebas, el juez obviamente no tendría como juzgar con base a la convicción que surge de las pruebas que le fueran transmitidas por el conciliador. El Juez togado necesariamente tendría que analizar y valorar las pruebas para decidir, motivando su decisión de forma circunstancial, haciendo referencia a los resultados de las pruebas y a su relación con los hechos correspondientes y relevantes de la causa. La sentencia que se limita a decir que las pruebas son armónicas y apuntan en sentido de derecho afirmado por el autor o de la contestación, sin apreciarlas de forma crítica⁵²⁰, carece de motivación, violando la Constitución Federal.

⁵¹⁹ Conforme información suministrada por el Juez Federal, Dr. Eduardo Appio.

⁵²⁰ “La necesidad de que el juez justifique sus propias razones, demostrando el motivo por el cual prefiere una prueba en relación a otra, nada más

Sin embargo, no todos los *Juizados Federais* dejan de valorar de forma adecuada las pruebas. Según informe del Dr. Rony Ferreira, Juez Federal de Paraná, en el *Juizado Especial Federal* de Cascavel inicialmente hubo tentativa de utilizar las grabaciones de las audiencias. Como la prueba oral era tomada por el conciliador, había mucha pérdida de tiempo cuando el juez necesitaba escuchar las declaraciones de los testigos. Cuando era necesario transcribir alguna declaración, era mucho el tiempo empleado. Se llegó a la conclusión de que el trabajo quedaba inviable con la grabación de las audiencias, y se decidió adoptar la práctica tradicional de reducir las declaraciones a la forma escrita. En este sentido, de acuerdo con el Dr. Rony Ferreira, del *Juizado Federal* de Jacarezinho la recepción de la prueba oral algunas veces era realizada por conciliador, y en estos casos, las declaraciones colocadas por escrito. Pero cuando las declaraciones son tomadas por el juez, las audiencias son grabadas y todos los actos son orales, inclusive la prueba pericial y la sentencia, cuyo tenor es transcripto.

VI. La posibilidad de grabación de las declaraciones prestadas por las partes y por los testigos hizo con que la Coordinación de los *Juizados Especiais Federal* de la 4ª Región edite la Resolución n. 5, de 12 de diciembre de 2005. Según el art. 2º, § 2º, de esta Resolución, el juez, al iniciar la audiencia, deberá informar a las partes que el registro fonográfico de las declaraciones quedará archivado en la Secretaría del *Juizado Especial Federal*, quedando a disposición copia para fines de recurso, bastando para ello simplemente de un pedido ante la Secretaría. La solicitud de reproducción debe ser atendida por la Secretaría del *Juizado Especial Federal* en el plazo máximo de 24 horas, no suspendiendo el plazo para recurso. Incumbe a la parte interesada la carga de indicar, de forma circunstanciada, los puntos en que la prueba oral haya sido deficientemente apreciada por Juez autor de la sentencia, transcribiendo el tenor de las declaraciones grabadas que se entienda relevantes para la solución de la causa, que hayan sido referidos en la sentencia como relevantes para el proceso o que hayan sido indebidamente desconsiderados.

Ambas partes, el recurrente y el recurrido, tienen derecho de obtener la copia de la grabación de las declaraciones tomadas en audiencia. Esto obviamente obliga al Tribunal, en caso en que el recurso trate de materia de hecho, a escuchar toda la grabación de la audiencia. Claro que esto exige más tiempo del Tribunal, pero no hay otra alternativa cuando se quiere admitir la impugnación de valoración de la prueba, registrada por medio fonográfico o digital.

En verdad, si no es posible, frente a la realidad forense, obligar al Tribunal a oír la grabación de la audiencia, lo mejor sería, sin lugar a dudas, eliminar la posibilidad de que la parte impugne materia de hecho, haciendo con que el recurso se limite a las cuestiones de derecho. Es lo que viene sucediendo en algunos foros provinciales, como el paranaense, en el que se admite el recurso

es de que un corolario del derecho a la prueba, ya que como es evidente, el derecho a prueba no se resume a la posibilidad de producirla, sino también al derecho de tener esa prueba valorada, poco importando cual venga a ser el sentido de la decisión judicial” (MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C., Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento, v. 2, 6ª. Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 468).

solamente en relación a las cuestiones de derecho, según informe del Dr. Ruy Alves Henriques Filho⁵²¹.

En el Brasil, no hay garantía constitucional expresa de la doble instancia de jurisdicción. Por otro lado, en términos doctrinarios, no veo razón para tener la segunda instancia de jurisdicción como un principio fundamental de justicia.

En el proceso civil, lo referente a la doble instancia puede ser apreciada, en términos de oportunidad, por el legislador infra constitucional. Para que el Estado pueda desvincularse de su deber de prestar tutela jurisdiccional de forma efectiva y tempestiva, es imprescindible que, en determinadas hipótesis (causas de menor complejidad, exactamente aquellas que son de competencia de los Juizados Especiais), sea eliminada la segunda instancia⁵²².

⁵²¹ Según información dada por el Dr. Ruy Alves Henriques Filho, Juez de Derecho en el Estado de Paraná. Continuando sobre la falta de necesidad de que la Turma Recursal analise nuevamente la prueba, la Turma Recursal dos Juizados Estaduais de Paraná se há manifestado de la siguiente forma: “reavaliación de los hechos por la turma recursal y valoración de la prueba por el juez singular: Se trata de demanda cuya continuidad depende de la prueba, la cual a su vez se limita exclusivamente a la prueba oral. De esta forma y a pesar de la antinomia de las versiones traídas por las partes, hay que prestigiar el examen de la prueba llevado a cabo por el Juez singular, que tuvo la oportunidad de oír, personalmente, las declaraciones orales, siendo indiscutible que la libre apreciación de los elementos de prueba, en ‘decisum’ fundamentado, lleva implícito uno de los cánones del sistema procesal en vigencia. Como corolario del principio de la forma oral, de raíz constitucional (art. 98, I, de la Constitución Federal), solamente en casos excepcionales, teratológicos, es que se admite que la Turma Recursal reexamine los hechos, lo que no ocurre en el presente caso” (Recurso Inominado n. 2007.0007278-0).

⁵²² En las demás hipótesis, esto es, en aquellas en que la segunda instancia debe prevalecer, debe instituirse la ejecución inmediata de la sentencia como regla. Si no fuese así, la sentencia del juez de primera instancia continuará teniendo poco valor ya que podrá, cuando mucho, influenciar el espíritu del juzgador de segunda instancia – e en ese sentido todavía revestirá la forma de un “proyecto” de verdadera y única decisión –, pero nunca resolverá concretamente los conflictos, tarea que el ciudadano imagina que todo juez debe cumplir. El legislador infra constitucional no está obligado a establecer, para cualquier causa, una doble revisión en relación al mérito, principalmente porque la propia Constitución Federal, en su art. 5.º, XXXV e LXXVIII, garantiza a todos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la duración razonable del proceso, derechos que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta cuando se piensa en “garantizar” la seguridad de las partes a través de la institución de la “doble revisión”.

PERÚ

RELACIÓN SOBRE LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

JUAN MONROY GÁLVEZ

Abogado. Profesor de la Universidad de Lima (Perú)

I. ANTECEDENTES

Desde 1912 hasta mediados de 1993 estuvo vigente en el Perú un Código de Procedimientos Civiles que, a la usanza de casi todos los países latinoamericanos de comienzo del siglo pasado, mantuvo la dependencia legislativa del país que nos y los sojuzgó durante casi tres siglos, España.

Precisamente el modelo a seguir fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, a decir de algunos estudiosos de la época, no mejoró la calidad ni la utilidad de su antecesora, la LEC de 1855.

Se trataba –me refiero a los códigos latinoamericanos- de ordenamientos procesales “desesperadamente escritos” como escribió don Santiago Sentís Melendo, quien fue juez en su Soria natal, aplicando la LEC de 1881 hasta que aciagos acontecimientos lo condujeron a tierras sudamericanas en donde le estaba signado su destino mayor: ser el más importante difusor de los estudios científicos sobre el proceso en nuestras tierras.

El recuerdo es pertinente porque resulta indispensable describir lo que fue el tema probatorio en el Perú desde comienzos del Siglo XX hasta mediados de 1993. La actividad probatoria estaba reservada con exclusividad a las partes⁵²³, quienes en la práctica no estaban limitadas por ninguna forma de preclusión temporal. Si bien había una estación probatoria establecida para ofrecer pruebas y otra para su actuación, la regulación de “medios probatorios privilegiados” colocaba a éstos (el medio probatorio documental y la declaración de parte,

⁵²³ Un hecho que resulta anecdótico es que la Comisión que redactó el Código de 1912, debió enfrentar un vacío en la confección de éste cuando prácticamente había concluido su redacción. Le había quedado sin contenido el artículo 340. A fin de no afectar las concordancias normativas, decidió cubrir este artículo con el que aparecía en la LEC de 1881 con el mismo número y que se conocía con el nombre de “diligencias para mejor proveer”. De allí se extrajo un enunciado normativo que se convirtió en el artículo 340 del Código peruano. (“Los jueces, en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio // Es inapelable el auto en que el juez ordena la prueba de oficio.”). Aunque, claro está, las diferencias eran sustanciales. Para empezar la norma española estaba ubicada no para ser usada en la etapa probatoria sino cuando el juez estaba por sentenciar y, además, no descartaba incorporar la prueba de testigos.

La mejor prueba de que su incorporación fue sólo producto de la necesidad de no afectar el orden de lo ya aprobado es que fue una de las normas menos usadas en los 81 años de vigencia del Código de 1912. Claro, en un sistema probatorio dispositivo el contenido de aquella norma era equiparable a una mosca en la leche o, sería mejor, a una luciérnaga en una noche sin luna.

llamada confesión) fuera de tales limitaciones, pudiendo producirse su actuación cuando el proceso estaba expedito para ser sentenciado inclusive o, lo que es más grave, cuando éste se encontraba en segundo grado.

Además de “medios probatorios privilegiados”, existían también los llamados “medios probatorios plenos”. Éstos se caracterizaban porque forzaban su valoración teniendo como sustento la vinculación normativa a la que estaba sometida el juzgador. Siendo así, una confesión –típica prueba plena- imponía el resultado de un proceso más allá de que el juez pudiera meritar si dicha confesión tenía la calidad de definitiva. Ésta es una manifestación de lo que la doctrina conoce con el nombre de prueba tasada o reglada. Resulta de una obviedad manifiesta afirmar que en sistemas probatorios como el descrito, lo trascendente al momento de diseñar la estrategia procesal consiste en tener claro que de lo que se trata no es acreditar los hechos afirmados, sino sólo conseguir que se actúen los medios probatorios que así lo declaren. No era importante trascender a la realidad de lo ocurrido, sino sólo a actuar medios probatorios que le impongan al juez una “versión formal” de aquello que ocurrió.

En materia de actuación de los medios probatorios se producía una situación perjudicial. Para empezar, los medios probatorios que requerían actuación (en realidad casi todos con excepción de los documentos) se realizaban ante un funcionario del juzgado (nunca ante el juez, salvo que las partes así lo acordaran, lo que en la práctica casi nunca ocurría). Adicionalmente, cada medio probatorio que requería actuación se realizaba en una audiencia que, reitero, era convocada sólo para ese medio. Se advierte que el diseño producía por lo menos dos consecuencias perjudiciales. Por un lado, se prolongaba el proceso no sólo fuera de la etapa probatoria, sino largamente más allá de cualquier criterio para considerar siquiera remotamente la existencia de una duración razonable del proceso y, por otro, se producía una brutal ruptura entre la información que se incorporaba al proceso y la única persona que al final de tal empeño iba a ser la encargada de calificar (valorar) lo que esos medios probatorios actuados ante terceros producían.

II. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993

En julio de 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil peruano. Con él sus autores pretendieron un cambio sustancial en el sistema procesal que había radicado 81 años en nuestro país. Respecto del tema –el nexo entre la prueba y la oralidad o la escritura- que ahora interesa desarrollar, se tomaron en cuenta por lo menos cuatro principios que se encontraban descritos en su Título Preliminar, concebido éste como una suerte de hoja de ruta del nuevo ordenamiento. Estos principios fueron el de dirección⁵²⁴, economía, concentración e inmediatez.

⁵²⁴ Artículo II del Título Preliminar.- Principios de dirección e impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.

procesales⁵²⁵. Veamos qué ha significado en la práctica probatoria nacional cada uno de éstos.

a) Como el juez es el director del proceso, los medios probatorios ofrecidos por las partes circunscriben su posibilidad de actuación a la facultad que aquél tiene de considerarlos admisibles. En sede nacional los medios probatorios se ofrecen única y simultáneamente con la presentación de las afirmaciones que se deben probar⁵²⁶. Así, si propongo una demanda, debo ofrecer como anexos al escrito que la contiene, los medios probatorios que acreditan los hechos que en ella se afirman⁵²⁷; si durante el transcurso del proceso propongo una nulidad de actuados debo adjuntar al escrito de nulidad los medios probatorios que la sostienen. Si ello no ocurriera, el juez declarará improcedentes los medios probatorios ofrecidos posteriormente en tanto se ha afectado el principio de preclusión.

Por cierto, si atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el juez es persuadido de que el medio probatorio no hubiera podido jamás ofrecerse dentro del plazo permitido, podrá permitir su actuación siempre que asegure a la otra parte su derecho a contradecir las peticiones del medio probatorio que se admite y que posteriormente se actuará⁵²⁸.

⁵²⁵ Artículo V. Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.-

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

⁵²⁶ Artículo 189.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

⁵²⁷ Artículo. 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá: ...10. Los medios probatorios;

⁵²⁸ Artículo 429.- Medios probatorios extemporáneos.- Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

De presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

El juez también puede declarar la improcedencia de algún medio probatorio sea porque el contendiente atacó éste con una oposición o una tacha⁵²⁹ fundadas o porque el juez considere que el medio probatorio es inútil, inadmisibles o impertinente⁵³⁰, es decir, porque refiriéndose el tema discutido no se alude a ningún punto controvertido, porque es un medio probatorio prohibido o porque es un medio probatorio no permitido para el proceso específico (porque se presenta una hipótesis de sumarización cognitiva vertical, por ejemplo), respectivamente⁵³¹.

Sin embargo, la decisión de rechazar un medio probatorio por improcedente no es firme, puede ser pasible de impugnación para ser resuelta en segundo grado. Si el auto se confirma, el tema deja de ser relevante, todo queda como está. Sin embargo, si se trata de una cuestión probatoria (tacha u oposición) y habiéndose actuado el medio probatorio cuestionado, el Juez deberá, al momento de resolver, apreciar la eficacia probatoria producida por éste en tanto el segundo grado ha decidido su plena validez y eficacia. En cambio, si la decisión del Juez fue declarar la improcedencia del medio probatorio y este auto es revocado y se ordena su actuación, ésta deberá ocurrir en primer grado si la decisión es conocida por el juez de primer grado antes de que sentencie; pero si la información llega después, la actuación del medio probatorio ocurre en segundo grado sin afectar el orden y la continuidad del proceso⁵³². Lo que significa expresado de otra manera, que si un medio probatorio es impugnado a través de una cuestión probatoria (tacha u posición) igualmente debe ser actuado y el juez deberá esperar la decisión de segundo grado antes de sentenciar. Sin embargo, si el Juez declara improcedente un medio probatorio, este no se actúa y el Juez no necesariamente debe esperar la decisión de segundo grado para sentenciar.

Así se expresa el principio de dirección del proceso por el juzgador en sede probatoria.

b) Al describir los deberes respecto a la estructura postulatoria del proceso, el Código exige a las partes que en su demanda enumeren los hechos que

⁵²⁹ Artículo 300.- Admisibilidad de la tacha y de la oposición.- Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o una inspección judicial.

También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos.

⁵³⁰ Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez....

⁵³¹ Artículo 700.-Contradicción.- El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones o defensas previas, dentro de cinco días de notificado con el mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia....

⁵³² Artículo 190.- Pertinencia e improcedencia.-...

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

configuran su pretensión⁵³³. Esta es una exigencia que alcanza al emplazado, quien debe referirse puntualmente a cada uno de los hechos propuestos en la demanda, al punto tal que la ausencia de referencia a un hecho concreto por parte de éste, se presume como una aceptación de su ocurrencia, con la consecuencia que luego describiremos.

Una de las audiencias más importantes del proceso ocurre cuando luego de contestada la demanda y saneado el proceso, el juez convoca a las partes y a sus asesores a fin de que lo ayuden a establecer los puntos controvertidos⁵³⁴. El trabajo conjunto tiene sentido porque bien pueden ser menos de los que se propusieron cuando se demandó o cuando se contestó, sea porque las partes asintieron algunos, sea porque otros son puramente de derecho o sea porque a criterio del juez los hechos por dilucidar no son relevantes para decidir la controversia. En cualquier caso, una vez establecidos los puntos controvertidos, el juez decide cuáles de los medios probatorios ofrecidos son admitidos, y es respecto de ellos que se llevará adelante una audiencia, llamada de pruebas.

Esta actividad, destinada a reducir la actuación probatoria a aquello que en estricto corresponda al interés de dilucidar lo que realmente ocurrió, es una manifestación del principio de economía procesal en sus distintas manifestaciones, economía de gasto, tiempo y esfuerzo.

c) Al finalizar la audiencia de fijación de puntos controvertidos, el juez establece en presencia y con conocimiento de las partes y sus asesores - quienes en consecuencia no requerirán ser notificados sino simplemente llevarse copia del acta que contiene la audiencia realizada- el día para la realización de la audiencia en la que se actuarán los medios probatorios que fueron admitidos.⁵³⁵

Se trata de una audiencia que es definida como única en el sentido de que es durante su ocurrencia cuando se actúan todos los medios probatorios admitidos⁵³⁶. Como se recordará, el proceso peruano había soportado en demasía este rosario de actuaciones probatorias que se producían casi sin solución de

⁵³³ Artículo 424.- Requisitos de la demanda.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;

⁵³⁴ Artículo 471.- Audiencia sin conciliación.- De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

⁵³⁵ Artículo 471.- Audiencia sin conciliación.-

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.

⁵³⁶ Artículo 206.- Unidad de la audiencia.- La audiencia de pruebas es única y pública. Si por el tiempo u otra razón atendible procediera la suspensión de la audiencia, ésta será declarada por el Juez, quien en el mismo acto fijará la fecha de su continuación, salvo que tal previsión fuese imposible.

continuidad –a razón de una por cada medio probatorio-, lo que producía una prolongación patológica del proceso, esto es, mucho más allá de los límites razonables.

Obviamente la norma reconoce que una audiencia de pruebas puede, por su complejidad, superar los horarios rígidos de un día hábil de la judicatura, precisamente por ello deja establecido que el juez puede decretar la continuación de ésta en fecha próxima, reafirmando así que se trata de un solo acto procesal continuado.

Es tan intenso el interés de no fracturar el procedimiento de acopio de información para el juzgador que va a resolver, que la norma le permite a éste considerar la posibilidad de realizar la audiencia en el lugar que le permita, de la manera más idónea, proveerse de la información más directa y completa⁵³⁷. Así por ejemplo, si se tratara de un proceso respecto del área de un bien inmueble, el juez puede ordenar que, habiéndose ofrecido y admitido el medio probatorio de inspección judicial -medio probatorio que en el código derogado se llama inspección ocular como si al juez le estuviera vedado emplear sus otros sentidos-, éste y los demás medios se actúen en el predio en disputa, a fin de que la inspección referida, los testigos, los peritos y todos los otros agentes de la actuación probatoria puedan ser requeridos *in situ* por el juez para proveerle de la información que éste necesita para resolver⁵³⁸.

Todo lo descrito constituye la manifestación del principio de concentración procesal en sede probatoria.

d) Finalmente, llegamos a la aplicación probatoria del que tal vez sea el principio más importante acogido en el Código, el de inmediación. La norma estipula que absolutamente ninguna actividad probatoria se realizará sin la presencia del juez⁵³⁹. La razón de tal exigencia es de suyo evidente: si el propósito

⁵³⁷ Artículo 205.- Actuación fuera del local del juzgado.- Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el Juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer el local del Juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus Abogados si desearan concurrir.

Cuando se trate del Presidente de la República, de los Presidentes de las Cámaras Legislativas y del Presidente de la Corte Suprema, la audiencia o sólo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

⁵³⁸ Artículo 208.- Actuación de pruebas.-...

Si se hubiera ofrecido inspección judicial dentro de la competencia territorial del Juez, se realizará al inicio, junto con la prueba pericial, pudiendo recibirse esta y otros medios probatorios en el lugar de la inspección, si el Juez lo estima pertinente. Cuando las circunstancias lo justifiquen, el Juez, en decisión debidamente motivada e inimpugnable, ordenará la actuación de la inspección judicial en audiencia especial.

⁵³⁹ Artículo V del Título Preliminar.- Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

de las partes o terceros interesados es acreditarle al juez la veracidad de sus afirmaciones o la falsedad de las expresadas por la otra parte, resulta absolutamente absurdo que la actuación de los medios probatorios ocurra en ausencia de aquél a quien se quiere persuadir de lo ocurrido.

Imaginemos una declaración de testigo en el sistema derogado. De su contenido se enteraba el juez varios meses o años después de su ocurrencia, cuando se llevaba el expediente a casa para elaborar la sentencia. Al leer la declaración testimonial cabe la posibilidad de que el Juez hubiera hipotizado que si se le hubiera hecho la pregunta J al deponente su respuesta habría sido determinante para conocer lo que realmente ocurrió. Pero se trata de una hipótesis inverosímil, ni el Juez pudo alguna vez concretarla ni la puede pedir ahora antes de sentenciar.

En el sistema actual la declaración testimonial ocurre ante el Juez, quien, en el momento que mejor considere, puede hacer las preguntas que estime pertinentes para precisar aspectos del *thema decidendum*⁵⁴⁰. Es decir, el sujeto a quien se pretende informar debidamente sobre lo ocurrido no es una esfinge sino una persona de carne y hueso que, además, puede complementar los extremos de la información que las partes han decidido deba tener. Y, por cierto, si para cuando esté el proceso expedito para ser sentenciado, surge la duda sobre las potencialidades probatorias del testigo, el juez está plenamente facultado a hacerlo comparecer nuevamente, con citación a las partes, y así intentar obtener aspectos complementarios de la información necesaria para resolver.

La trascendencia de la audiencia es tal que las partes tienen el deber procesal de concurrir personalmente a su actuación. Sólo se permite la representación respecto de esta audiencia cuando se acredite un hecho grave o justificado⁵⁴¹. La razón de tal disposición es, sin duda, reforzar y obtener el

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

⁵⁴⁰ Artículo 224.- Actuación.- La declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los artículos 371º y 409º del Código Penal, el Juez preguntará al testigo:

Su nombre, edad ocupación y domicilio;

Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y

Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de algunas de las partes.

⁵⁴¹ Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados.- ...Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o

máximo grado de intermediación que puede estar permitido. El juez debe conocer, de la mejor manera posible, las interioridades del conflicto que va a resolver. Esta es la razón también por la que si las partes no concurren a la audiencia, el juez da por concluido el proceso. Semejante demostración de desinterés no puede tener otra sanción⁵⁴².

Aunque pueda parecer innecesario, dejamos constancia que la presencia del juez en la audiencia de pruebas no es decorativa, está autorizado a extender su interés en conocer los detalles del caso respecto de todos y cada uno de los medios probatorios actuados. Así, por ejemplo, puede examinar al perito y pedirle complemente su información técnica en los aspectos que así lo necesite⁵⁴³.

Para el Código peruano es tan indispensable la presencia y actuación del juez durante la audiencia de prueba que si, por ejemplo, ésta se realizara con el juez Pérez el cual unas semanas después es promovido o toma licencia por lo que no va a poder sentenciar el caso, quien lo reemplace, el juez García, está facultado a ordenar que se actúe nuevamente la audiencia si desde su perspectiva el acta que contiene la anterior no satisface su necesidad de conocer el caso como corresponde a alguien que lo va a resolver⁵⁴⁴.

III. REGRESANDO AL TEMA DE LA RELACIÓN: ORALIDAD O ESCRITURA EN LA ACTUACIÓN PROBATORIA

Expreso lo que sigue con el mayor de los respetos al tema encomendado. En mi opinión la aparente disyuntiva fuerte entre oralidad y escritura es una tesis histórica, lógica y jurídicamente errónea.

No es correspondiente con una reflexión histórica elemental desde que la escritura es una vieja conquista del pensamiento humano que permite fijar la idea de modo tal que el instrumento que la contiene puede consolidar un estado de la información. El animal humano trascendió de la oralidad a la escritura, por lo que, en tal sentido, considerar ambas como situaciones alternativas constituye un dilema artificial. Algún día de hace unos siglos los mandatos jurídicos debieron anunciarse por bandos, el funcionario leía en voz alta en la plaza mayor las normas a ser cumplidas. Ahora se usa el boletín o gaceta oficial. Algún día sólo habrá que ingresar a la página web del emisor. El retorno a los bandos sería una regresión histórica injustificada.

Es también un dilema artificial creer que una necesita la desaparición de la otra para adquirir consistencia y tornarse en rasgo esencial de un sistema procesal. Cuando un proceso se inicia es porque ha habido un conflicto y éste se ha

justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte o actuar mediante representante.

⁵⁴² Artículo 203.- Citación y concurrencia personal de los convocados.-...Si no concurren ambas partes, el Juez dará por concluido el proceso.

⁵⁴³ Artículo 208.- Actuación de pruebas.-...Los peritos, quienes resumirán sus conclusiones y responderán a las observaciones hechas por las partes a sus informes escritos;...

⁵⁴⁴ Artículo 50.- Deberes.-...El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

producido, entre otras razones, porque se violó un derecho o porque las partes no tienen acreditada la certeza de cuál es éste. En cualquier caso, aquél se presenta por una elevada dosis de desconfianza que, por cierto, se agravaría si no es posible acreditar instrumentalmente los dichos de los protagonistas. Con lo expresado se acredita que la expresión oral y la escrita cumplen roles importantes, determinantes y complementarios pero en ningún caso excluyentes.

Finalmente, desde una perspectiva procesal el tránsito de la renovada importancia de la oralidad respecto de la escritura es, simple y llanamente, la evolución ideológica de una concepción consolidada en la Edad Moderna según la cual la garantía de una decisión correcta dentro de un proceso judicial estaba dada por la posibilidad de obtener que el juez que debía resolver los casos no se interiorizara del conocimiento material de los hechos ni de los personajes que intervienen en el conflicto, es decir, que mientras más abstracta y genérica fuese la información que él tenía respecto del conflicto contenido en el proceso y de los sujetos involucrados en él, sería mayor la posibilidad de que se obtenga una decisión idónea.

En una concepción así, la escritura cumple una función esencial. En efecto, con la escritura se concreta el objetivo de que el juez no tenga que conocer a los litigantes y tampoco a los testigos de los hechos que acaecieron y, por cierto, mucho menos el lugar donde esto aconteció. El juez sólo debe leer el paquete de hojas cosidas que contienen todo lo afirmado y ‘probado’ por las partes a lo largo de varios meses y años. Con tal margen de separación de la realidad, el juez no podrá ser afectado por los sentimientos, intereses y otros detritus emocionales que contiene cualquier conflicto de intereses.

Una alternativa a esta concepción consiste en considerar que las posibilidades de que un juez pueda resolver de manera correcta un caso implica, como cuestión previa, que esté en aptitud de conocer todos los aspectos materiales ligados al conflicto suscitado, es decir, que se involucre en las ocurrencias vitales (quiero decir vivenciales) que motivaron el conflicto. Para que esto ocurra, resulta indispensable romper la frontera infranqueable que se le impone al juez cuando se le recluye en su ‘cuarto de lectura’.

Como resulta evidente, esto va a ocurrir cuando el juez empiece a tener una participación activa en el *iter* procesal, sobre todo, cuando sea protagonista principal de las actuaciones probatorias.

Esta última es la opción acogida por el Código peruano. Queda claro también que la disquisición, como se advierte, no ha sido optar por la oralidad o por la escritura, sino más bien optar entre la mediación o la inmediatez, esto es, por colocar al juez a cierta distancia de los sucesos procesales o hacerlo partícipe de los más trascendentes.

Con lo expresado, podría afirmar, a manera de conclusión, que el Código peruano de 1993 ha optado en materia probatoria por hacer real todas las bondades que permite la aplicación del principio de inmediatez procesal y, en tal contexto, ha asumido, con carácter preferente, la oralidad pero entendida como la técnica idónea para que la inmediatez irradie por todo el sistema procesal patrio.

COLOMBIA
LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

JAIRO PARRA QUIJANO

Presidente. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

I. PRIMERA PREGUNTA: ¿EN MATERIA PROCESAL CIVIL LAS PRUEBAS SE PRACTICAN EN AUDIENCIA CON LA PRESENCIA DEL JUEZ?

Se puede afirmar que en Colombia las llamadas pruebas personales se practican en audiencia, es decir, el testimonio, el interrogatorio de parte, la prueba pericial, solo en los procesos verbales de mayor y menor cuantía y en el proceso verbal sumario, se practican en audiencia y en el evento que haya objeción al dictamen y se nombre un nuevo perito, también debe rendir su dictamen en audiencia, para los procesos ordinarios y se lo abreviado rinde por escrito.

II. SEGUNDA PREGUNTA: ¿HA SIDO ÚTIL O NO QUE LAS PRUEBAS LLAMADAS PERSONALES SE RECIBAN EN AUDIENCIA?

En principio se puede afirmar que sí, pero eso depende de la preparación y predisposición del juez, la percepción del juez cuando participa en la producción de la prueba debe estar “bajo el yugo de la atención”. La importancia de la atención en la forma que la concebimos, es convencernos que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro consideramos el pensamiento en actitud pasiva, es decir, como una situación (desperdicio de energía), en cambio, si concebimos la percepción (el pensamiento), como acto (empleo de energía), es decir, en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios aportan, estaremos seguros que la memoria trabajando bajo la guía de la imaginación y con la regencia de la razón, le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido e ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio probatorio de una y otra parte; de tal manera, que la valoración será un acto madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino.

Así pues, cuando se hace en la forma señalada la valoración, la crítica de la prueba será un resultado que se logra con mayor facilidad y con mayores posibilidades de acierto, distinto a si la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente (a través de actas), o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción como ya se dijo, bajo el yugo de la atención (confiado en las actas o en las grabaciones). La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba (por ejemplo: el juez retiene las contradicciones en que incurrió el testigo). El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionado con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos. He aquí La verdadera importancia de la inmediatez.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵
2006. p. 719.

PARRA QUIJANO, J. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá.

Pero se debe tener mucha claridad como lo ha escrito Lacoviello: “La Oralidad Inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”.⁵⁴⁶ El juez con el viático de la racionalidad debe captar lo que se narra, pensando que después debe justificar el valor que le asigne a cada prueba y emprender un estudio en conjunto de todos los medios probatorios⁵⁴⁷.

Estrechamente relacionado con la intermediación se encuentra la concentración⁵⁴⁸.

Esta supone que en una sola audiencia se practiquen todas las pruebas o en audiencias inmediatamente seguidas y que sean muy próximas al pronunciamiento de la sentencia.

Esto último es axial, no se logra nada si se practican las pruebas y después de mucho tiempo se profiere el fallo. Ya lo decía Chiovenda:⁵⁴⁹ “... puesto que cuanto más próximas a la decisión del juez son las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida por este se borre y que la memoria lo engañe; y tanto más fácil resulta mantener la identidad del juez, que en cambio en un largo período puede fácilmente cambiar, por traslado, defunción, enfermedad, ascenso, retiro”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Cita tomada de Perfecto Andrés Ibáñez. *Sobre el Valor de la Inmediación (Una aproximación crítica)*.

LACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazioni*, Guiffré, Milano, 1997, p. 151.

⁵⁴⁷ Quizá más que en cualquier otro proceso, en la participación de la práctica de las pruebas, el juez debe entender que no es por contacto o por proximidad que logrará después valorar la prueba, porque esa misión no la cumple la Inmediación, sino el estudio racional de los medios de prueba. Valga la siguiente cita: “Platón al comienzo del Banquete, cuando uno de los asistentes a la reunión (Agatón), desea hacerse cerca de Sócrates, creyendo que la proximidad le puede ayudar a entender las cosas de que habla, hace decir a Sócrates lo siguiente: Ojala Agatón que la sabiduría fuese una cosa que pudiese pasar de un espíritu a otro, cuando dos hombres están en contacto, como corre el agua por medio de una mecha de lana, de una copa llena a una vacía”.

⁵⁴⁸ Cuando su número, naturaleza o complejidad lo hagan necesario, el juez señalará de una vez fechas continuas inmediatas para las audiencias y diligencias que deban practicarse con el fin de que haya mayor concentración de ellas. En los casos indicados cada audiencia o diligencia tendrá una duración mínima de tres horas, salvo que antes se agote el objeto de la misma.

“Cuando no sea posible concluir la diligencia o audiencia el mismo día de su iniciación, el juez deberá antes de cerrar la audiencia señalar la fecha más próxima para continuarla”. (Artículo 110 del Código de Procedimiento Civil Colombiano).

⁵⁴⁹ CHIOVENDA, J. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana. Tomo II, Instituto Editorial Reus. Pág. 143-160.

⁵⁵⁰ En el Teeteto o de la ciencia, dice PLATÓN: “Sócrates afirmaremos naturalmente que este es un don de la madre de las musas,

En el caso de Colombia no resulta eficaz que las pruebas personales como ya ha quedado consignado se practiquen en audiencia, si la sentencia se profiere mucho tiempo después, como sucede en Colombia, el juez no recordará como dice Platón “desde su propio interior y de por sí”, sino que tendrá que recurrir a las grabaciones y a las actas, y como consecuencia, la Inmediación quedó convertida en un simple ritualismo sin ninguna utilidad.

III. TERCERA PREGUNTA: ¿ES ACONSEJABLE ESA MIXTURA DE RECEPCIONAR UNAS PRUEBAS EN AUDIENCIA Y OTRAS NO, TENIENDO EN CUENTA LA DURACIÓN DEL PROCESO?

Consideramos que no, no solamente por las razones ya explicadas, sino además, porque la audiencia para practicar las pruebas que lo deben ser por ese método pierde prestigio y el funcionario tendrá desgano, porque sabe que mucho tiempo después tendrá que razonarla y prefiere inclusive que los subalternos sean quienes reciban las pruebas, porque le hacen perder tiempo. Se debe afirmar o hay audiencia concentrada para realizar todos los actos de prueba e inmediatamente los alegatos y la sentencia, o es preferible mantener el sistema escrito.

IV. CUARTA: ¿DEBE O NO PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN AUDIENCIA?

Creemos que por regla general sí. La prueba pericial es uno de los grandes problemas que tiene Colombia en materia civil y sostenemos que en todo nuestro continente. El perito es designado por el juez de una lista elaborada previamente. Con el sistema escrito nunca el juez se entera si realmente los peritos saben o no saben la materia sobre la cual rinden el dictamen. Esto en los procesos ordinarios de mayor o menor cuantía, en los abreviados. El procedimiento que se tiene establecido es el siguiente: el dictamen se rinde por escrito. Del escrito se corre traslado a la otra parte por el término de tres días. Dentro de ese término se puede solicitar que el dictamen se complemente o aclare, u objetarlo por error grave. Dentro del trámite de la objeción se puede solicitar que se practique un nuevo dictamen pericial. Con este trámite nunca el juez tiene Inmediación con los peritos, se queda realmente sin saber si ellos saben o no, si fue que otra persona les hizo el dictamen, etc.

Este es realmente un problema grave, para solucionarlo sea que los peritos sean designados por el juzgador (el juez) o que sean peritos de parte, es practicarla en audiencia y si hay objeción se resuelva igualmente en ella. Con este método el juez se enterará si efectivamente los peritos saben o no saben y además, podrá

Mnemosyne, ya que para esto cuando deseamos recordar de todo lo que hemos visto, escuchado o pensado, viene a modelarse en nosotros, como señal de anillo que imprimiésemos en nuestro ser, en esa cera que ofrecemos a las sensaciones y a los pensamientos. Lo que se imprima en nosotros, eso sí podrá ser recordado y conocido mientras persista su imagen; en cambio, lo que se borre o no logre una buena impresión, eso será olvidado y ya desconocido en adelante”.

FREUD introduce la metáfora del “Block Maravilloso” y concibe la memoria en actividad trabajando, sobre todo cuando dice: “En tanto que el sistema se mantiene investido de energía psíquica recibe las percepciones acompañadas de conciencia y transmite el estímulo a los sistemas anémicos inconscientes. Pero cuando la carga de energía psíquica es retraída de él, se apaga la conciencia y cesa la función del sistema”.

tener en cuenta para valorarla: ¿Cuál fue el método que se empleó? ¿Por qué ese método y no otro? ¿Qué clase de ayudas se utilizaron para tal efecto? ¿Cómo respondió el perito: con seguridad o con dudas?, porque esto le indicará o que el método que empleó el perito no arroja resultados seguros o que él no sabe bien la materia. Se puede saber si lo conceptuado por el perito tiene probabilidades de certeza o simplemente es una posibilidad, etc.

ALEMANIA
ORALIDAD Y PRUEBA EN ALEMANIA, INFORME NACIONAL

ÁLVARO PÉREZ-RAGONE

Profesor de Derecho Procesal Civil. Abogado. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

I. INTRODUCCIÓN

Desde el primer tercio del siglo XIX comienza la discusión en Alemania sobre la introducción de la oralidad. Como copia del modelo francés, es decir con escritos preparatorios y audiencia oral se proyecta el ordenamiento procesal civil⁵⁵¹. Las ventajas del proceso oral predominaron sobre el proceso escrito en las consideraciones para su incorporación en el código de 1877⁵⁵². La oralidad fue considerada central no solo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además desde lo interno para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba para el logro de una sentencia lo más legitimada posible. El juez debía apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación⁵⁵³. La reforma de simplificación del proceso del año 1976 reforzó aun más el funcionamiento del proceso oral⁵⁵⁴. La oralidad cruza transversalmente el proceso contencioso para el dictado de la sentencia en directa relación con la inmediación y la publicidad⁵⁵⁵. No puede decirse que el Código Procesal Civil Alemán (ZPO) alemán regule un proceso plenamente estricto u oral, sino más bien de acuerdo al caso y al procedimiento, combina ambas alternativas⁵⁵⁶. La oralidad y el principio escrituración moldean la dinámica externa del proceso para determinar la comunicación de los sujetos procesales tiene directa vinculación con el derecho fundamental de tutela jurisdiccional y el derecho

⁵⁵¹ Esto pretendía dejar atrás la excesiva escrituración italiano-canónica conservada desde el período de nueva recepción medieval y al inicio de la edad moderna. Ver baur, f., *Wege Zu Einer Konzentration der mündliche Verhandlung*, Berlin, 1966, *passim*; rosenberg, l., schwab, k. h., gottwald, p., *Zivilprozessrecht*, Múnich, 2004, § 80, I; Murray, P., Stürmer, R., *German Civil Justice*, Durham, North Carolina, 2004. pp. 24-26.

⁵⁵² KIP, H.G.- VON HIPPEL, F., *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Colonia, 1952, pp. 5-30; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, III.

⁵⁵³ WACH, A., *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin 1914, pp. 5-24.

⁵⁵⁴ BENDER, R., “Das konzentrierte Verfahren mit dem Haupttermin (Stuttgarter Modell)“, in: BENDER, R. ET A., *Das Verfahren nach der Vereinfachungs-Novelle und vor dem Familiengericht*, Múnich, 1977, pp. 2-25.

⁵⁵⁵ GOTTWALD, P., “Simplified Civil Procedure in West Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No. 4 (Autumn, 1983), pp. 687-701; LANGBEIN, J., “The German Advantage in Civil Procedure”, *52 U. Chi. L. Rev.* (Chicago University Law Review), p. 823

⁵⁵⁶ KIP, H.G., *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip*, Colonia, 1952, *passim*.

de audiencia o a ser oído (art. 103 parr. 1 Ley Fundamental)⁵⁵⁷. Dentro del ZPO⁵⁵⁸ la audiencia oral es el instrumento más importante para garantizar el derecho a ser oído aún cuando ello también pueda ser alcanzado por la escrituración. La publicidad procesal es impracticable en un procedimiento escrito. Es de recordar, que la imposición del artículo 6 parte 1 de la CEDH señala que todos los hombres tienen derecho a que sus causas sean conocidas en una audiencia pública⁵⁵⁹. Mucho más aún la aplicación de este principio tiene un significado de practicidad para el logro eficiente del diálogo procesal: los interrogatorios y contra interrogatorios, la exposición de argumentos, el control de la actuación del tribunal como de las partes se efectúa en forma inmediata y viviente. Permite un mejor cumplimiento de los deberes judiciales de interrogación, de indicación y advertencia como el correlato de las cargas y deberes impuestos a los partícipes procesales sean partes o terceros para un logro adecuado del § 139 ZPO. Coadyuva a una mayor eficiencia preventiva y de ejercicio del deber de veracidad que tienen las partes y la necesidad del esclarecimiento de los hechos facilitando la búsqueda de la verdad adecuada para una debida fundamentación de la sentencia⁵⁶⁰. De esta forma es posible un completo detalle en relación a los hechos y a la controversia objeto del proceso cuando existe una audiencia oral pudiendo el tribunal ejercer en forma más eficiente la dirección no solo formal, sino también material del proceso⁵⁶¹. El principio de oralidad sumado a otros principios en especial al de inmediación y concentración tiene un gran número de ventajas comparativas para una eficiente tramitación procesal, como así también para un mayor sustento de la legitimidad y credibilidad que la sentencia⁵⁶².

En primer lugar se describirá el marco general del proceso por audiencias alemán con detalle de sus principios. Luego se trata el rol de los distintos sujetos

⁵⁵⁷ El Art. 103 Abs. 1 GG otorga a las partes de un proceso el derecho manifestarse en forma completa y plena antes indicado de una resolución, esto se vincula con la garantía del derecho de audiencia (BVerfGE 11, pp. 218, 220; 14, pp. 320, 323; 18, pp. 380, 383; 22, pp. 267, 273) que contiene el deber del tribunal de escuchar y contemplar las peticiones de los intervinientes para fundamentar su decisión (comp. BVerfGE 50, pp. 32, 35; 65, pp. 305, 307 y BVerfG, 2 BvR 779/04 del 19.10.2004, n. (1 - 40).

⁵⁵⁸ Se usa el género masculino para hacer referencia a „Zivilprozessordnung“ (Código Procesal Civil) ya que se toma una traducción no literal de “Ordnung” (femenino) sino como equiparable y dentro de la tradición codificadora continental-europea. Las transcripciones de párrafos traducidas al español se extrajeron de PEREZ RAGONE, A., ORTIZ PRADILLO, J. C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO), Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Montevideo-Berlin, 2006.

⁵⁵⁹ SCHWAB, K.-H., GOTTWALD, P., *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld, 1984, pp. 2-15, 20-30; BENDA, E., WEBER, A., “Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht“, ZJP 96, p. 285 y ss.; con detalle de la doctrina no pacífica sobre el carácter en tanto principio constitucional de la oralidad ver LÜKE, G., *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung* (LÜKE, G.-WAX, P. ed), t. I, n°, Múnich, 2002, t. I, *Eileitung*, n°. 229-230.

⁵⁶⁰ LÜKE, *Münchener Kommentar*, t. I, *Eileitung*, n°. 231.

⁵⁶¹ ARENS, P., *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß*, Berlin, 1971, pp. 5-15; y ver la recensión de esta obra por WOLF, M., in ZJP 87, 98. 18: LÜKE, *Münchener Kommentar/ZPO*, t. I, n°. 232; LEIPOLD, D., “Zivilprozeßrecht und Ideologie“, *JZ* (Juristenzeitung) 1982, 441.

⁵⁶² LÜKE, *Münchener Kommentar*, t. I, n°. 234.

procesales en relación al aporte de la prueba. Una cuarta parte presta atención a las nuevas tecnologías y la oralidad en el proceso civil alemán. Finalmente se exponen las principales conclusiones.

II. EL MARCO DE LA ORALIDAD-PUBLICIDAD-INMEDIACIÓN

El Tribunal Federal Alemán estableció que el sentido y el objetivo del principio de la oralidad es obtener una impresión viva e inmediata del material controvertido a través de un procedimiento estructurado para lograr el intercambio de palabras de las partes, un inmediato esclarecimiento y el incentivo de preguntas e indicaciones del tribunal⁵⁶³. Solo así puede lograrse al máximo un marco para una adecuada resolución de la controversia. La oralidad implica un necesario contacto entre el tribunal que debe decidir, las peticiones y el material fáctico que aporten los sujetos intervinientes es el proceso⁵⁶⁴. Ello se logra a través del principio de inmediación procesal que impone la identidad del tribunal que conoció y presenció la discusión prueba de las partes, con el tribunal que decide pronunciando la sentencia definitiva. La discusión y argumentos de convencimiento probatorios deben ser comprensibles para las partes y terceros⁵⁶⁵. Ello es mejor garantizado por la audiencia oral. Como puede verse es troncal la relación oralidad-publicidad-inmediación.

1. ORALIDAD

La audiencia oral obligatoria es la regla para los actos procesales en un proceso contencioso. La noción de “audiencia oral” puede ser amplia o restringida. En sentido amplio comprende tanto los actos de postulación y petición de las partes, la rendición de prueba como así también el pronunciamiento de la sentencia. En sentido restringido se podría reducir a la actividad de decisión⁵⁶⁶ ya que contemplando distintos supuestos, en puridad la audiencia oral requeriría sólo la actividad de una de las partes las partes y del tribunal (el pronunciamiento de la sentencia)⁵⁶⁷. La audiencia oral es obligatoria cuando las partes tienen peticiones, alegaciones y pruebas para su fundamentación, necesitándose consecuentemente el diálogo con el tribunal para poder arribar a una decisión debidamente motivada⁵⁶⁸. Esa es la interpretación del § 128 I ZPO en tanto es imperativa la oralidad en el procedimiento contradictorio para el pronunciamiento de una sentencia definitiva.

⁵⁶³ HENCKEL, W., “Die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß aus kommunikationspsychologischer Sicht“ *ZZP (Zeitschrift für Zivilprozeß)*110 (1997), p. 91 y ss.

⁵⁶⁴ MURRAY, STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., pp. 184-186.

⁵⁶⁵ BGH *NJW (Neue juristische Wochenschrift)* 1997, p. 398 y en otra sentencia de 1999 en la misma revista, p. 1339

⁵⁶⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, I-II.

⁵⁶⁷ El principio de la oralidad rige para todas las audiencias: sean éstas de conciliación, (§ 278), sea la primera audiencia preparatoria de la principal y obviamente audiencia principal de recepción de prueba y pronunciamiento de la sentencia. La oralidad se mantiene aún en el supuesto de allanamiento, renuncia o rebeldía de una de las partes. Ver WALSMANN, G. K., “Schriftlichkeit und Mündlichkeit“, *ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess)*, 61, 381; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, I.

⁵⁶⁸ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 80, II y III.

A) El significado de la audiencia oral

El principio de la obligatoriedad de la audiencia oral implica que solo puede decidirse previa audiencia oral y sobre lo conocido en ella⁵⁶⁹. La vulneración al principio de oralidad puede fundar la apelación, el recurso de revisión (casación) y el recurso por vulneración al derecho de audiencia⁵⁷⁰, siempre que no se haya renunciado a ello en audiencias orales posteriores § 295 ZPO⁵⁷¹. Del § 128⁵⁷² surge que: a) ninguna resolución puede pronunciarse sin previa audiencia oral, siendo ello aplicable a los casos donde deban dictarse sentencias definitivas y resoluciones impulsivas del proceso, las excepciones deben determinarse en forma expresa; b) sólo aquello que fue objeto de la audiencia oral puede servir de fundamentación para la resolución que se pronuncie. Las peticiones probatorias y las alegaciones de las partes efectuadas en audiencia oral deben ser consideradas aceptándolas o rechazándolas en la sentencia definitiva.

B) Principios que rigen la audiencia oral

La audiencia oral en su funcionamiento se rige por cuatro principios: la unidad, la eventualidad, la equivalencia y la concentración. El principio de unidad establece que cada parte puede hacer valer sus peticiones de acción, defensa, medios de prueba y excepciones hasta el cierre de la última sesión de la audiencia oral. Así se reconoce la posibilidad de alegaciones posteriores siempre que sean efectuadas antes de la clausura de la última audiencia⁵⁷³. Del principio de unidad

⁵⁶⁹ CHÖNG-HU, O., *Der Prozessstoff der zweiten Instanz im Zivilprozess in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte seit 1877*, Berlin, 2004, pp. 10-12.

⁵⁷⁰ Comp. VOLLKOMMER, M., *Zivilprozessordnung* (ZÖLLER, R.), Colonia, 2007, §321a paras.2-18 (2005).

⁵⁷¹ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, III, 1.

⁵⁷² El § 128 establece: “ Principio de oralidad; procedimiento escrito. 1) Las partes tramitan el proceso en forma oral en el tribunal que tiene en él conocimiento. 2) El tribunal puede pronunciar una resolución sin audiencia oral con consentimiento de las partes, el que puede no obstante ser revocado por modificaciones esenciales del estado procesal...Una resolución sin audiencia oral es inadmisibles cuando han transcurrido más de tres meses desde el momento en el cual fue dado el consentimiento de las partes para un proceso escrito. 3) Cuando haya que decidirse sobre las costas, la resolución podrá pronunciarse sin audiencia oral. 4) Las resoluciones del tribunal que no sean sentencias, pueden pronunciarse sin audiencia oral, en tanto y en cuanto no se establezca lo contrario.” Para el comentario en detalle ver PETER, E., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform*, München, 2002, §128, passim.

⁵⁷³ Así § 137” Tramitación de la audiencia oral. 1) La audiencia oral será iniciada mediante la presentación de las peticiones de las partes. 2) Las exposiciones de las partes deben ser libremente pronunciadas; ellas pueden hacer una relación de la litis en sus cuestiones de hecho y de derecho. 3) Una remisión a un escrito judicial es admisible en tanto y en cuanto ninguna de las partes se oponga y el tribunal lo sostenga por adecuado. La lectura de escritos judiciales tiene solamente lugar cuando sea necesario referir a su contenido literal. 4) En los procesos con asistencia legal obligatoria se debe admitir el otorgamiento de la palabra tanto al abogado como a la parte.” En detalle ver PETER, *Münchener Kommentar*, cit., § 137, n°. 1-13.

resulta la máxima de la eventualidad: todo de una vez. Vinculado a ello existe un tercer principio, el de equivalencia de las audiencias. Es decir para el dictado de la sentencia definitiva se estará al estado de hecho y de derecho del material procesal aportado en la última sesión de la audiencia pudiéndose considerar sólo aquello que es relevante y que fue incorporado oportunamente en la audiencia.⁵⁷⁴ Finalmente por el principio de concentración se impone el deber al tribunal, en lo posible, de arribar a la solución de una controversia mediante una completa audiencia preparatoria más una audiencia principal (§ 272 ZPO)⁵⁷⁵. De esta forma el tribunal debe intentar arribar al mejor grado de madurez en el conocimiento de una causa para poder pronunciarse sobre la misma⁵⁷⁶.

2. Publicidad

La oralidad tiene una íntima vinculación con la publicidad, lo que se encuentra establecido en los § 169 y ss (GVG/Ley Orgánica de los Tribunales) en concordancia con el artículo 6 de la CEDH. Ya en el siglo XIX como oposición a las actuaciones en secreto del gabinete de justicia el artículo 178 de la constitución de 1849 (Paulskirchenverfassung) establecía :“el proceso judicial debe ser público y oral”⁵⁷⁷. En relación al derecho fundamental de libertad de prensa e información no se afecta por las disposiciones que restrinjan el uso de registro y transmisión⁵⁷⁸. La relación libertad de prensa y publicidad del proceso se regula en el § 169 1 GVG⁵⁷⁹. La modalidad a través de la cual se efectúa la comunicación de los medios de prensa audiovisuales sobre determinada etapa del proceso puede ser regulada por el legislador. De esta forma las audiencias de acuerdo al § 169 2 GVG no pueden grabarse ni retransmitirse por los medios de prensa, habiendo sido esto declarado constitucional como limitación a un derecho fundamental⁵⁸⁰. De esta forma se establece el principio

⁵⁷⁴ Así ver BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 2002, 2862.

⁵⁷⁵ § 272. “Determinación del procedimiento. (1) La litis debe ser resuelta por regla en una audiencia amplia preparatoria de la audiencia oral (audiencia principal). El presidente determina si se ha de fijar una fecha para una audiencia previa (§ 275) o se realizara un procedimiento escrito(§ 276). La audiencia de conciliación y la audiencia oral deben realizarse lo antes posible”. LÜKE, Münchener Kommentar, cit., § 272, n°. 1-28.

⁵⁷⁶ BAUR, *Wege*, cit., pp. 1-10.

⁵⁷⁷ Hay excepciones en cuestiones de menores y en familia, para protección de la intimidad, secretos comerciales (§ 170. 171 b, 172 GVG). En ningún caso la publicidad se limita en relación a lo acontecido en la audiencia hasta el dictado de la sentencia (§ 173 GV). Este “principio de publicidad general” se diferencia de la “publicidad para las partes” que es mucho más amplia y comprende todos los actos sin limitación que se realizarán el proceso Así el § 357 ZPO dispone: “ Publicidad para las partes. 1) A las partes les está permitido participar en el recibimiento a prueba”.

⁵⁷⁸ Según lo decidido por el BVerfGE en *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 2001, p. 1633.

⁵⁷⁹ Comp. BVerfGE 103, pp. 44, 61. El control público de los actos procesales se garantiza por la sola presencia de los medios de prensa y su posibilidad de informar (comp. BGH, providencia del 10 de enero 2006 - 1 StR 527/05, en *NJW*(Neue juristische Wochenschrift) 2006, pp. 1220, 1221).

⁵⁸⁰ Comp. BVerfGE 103, p. 66.

fundamental de la publicidad de la sala de audiencias desde el inicio hasta la conclusión de las mismas⁵⁸¹.

3. Inmediación

La intermediación impone que la audiencia oral se lleve a cabo por ante el tribunal que conoce, pudiendo solamente participar en el pronunciamiento de la sentencia el juez que participó en aquella (§ 309). De esta forma la rendición de pruebas se realiza por ante el tribunal que conoce efectivizándose el principio de intermediación de la prueba (§ 355 parte 1)⁵⁸². Ello admite ciertas excepciones en los supuestos de los jueces exhortados en la cooperación jurisdiccional (§ 362)⁵⁸³. También en determinados casos cuando se delega a un juez -que es miembro del tribunal que conoce- la realización de determinada actuación (§ 361)⁵⁸⁴. Las declaraciones de testigos en procesos penales pueden ser valoradas como prueba documental. En caso que se solicite su declaración, ésta se debe producir como prueba mediante la declaración de testigos en forma inmediata antes tribunal que conoce⁵⁸⁵.

C) La combinación procedimental escrita-oral: los escritos preparatorios y posteriores.

La oralidad no excluye la posibilidad de actuaciones escritas de las partes y del tribunal. De esta forma, algunas actuaciones procesales pueden efectuarse solo en forma escrita, así por ejemplo lo establecido para el escrito de demanda (§ 253 ZPO)⁵⁸⁶, la interposición de recursos y medios de impugnación y otros actos procesales. La lengua escrita u oral a emplearse es el alemán no siendo considerados aportes en lengua extranjera⁵⁸⁷. Existe el imperativo de un traductor o intérprete como requisito del debido y justo proceso (§ 185 p. 1, 1, GVG) y art.

⁵⁸¹ Comp. Para el proceso penal BGHSt 23, p. 123. No existe tal limitación sobre lo que acontezca antes de iniciada o luego de concluida la audiencia (comp. BGHSt 23, pp. 123, 125). De ésta forma se garantiza en cierta medida la protección de los derechos de la personalidad de los intervinientes en el proceso (Comp. BVerfGE 103, pp. 44, 68). Ver igualmente BVerfG, 1 BvR 620/07 del 19.12.2007, n°. (1 - 62).

⁵⁸² Así “§ 355. Inmediatez en la recepción de la prueba. 1) El recibimiento a prueba tiene lugar en el tribunal del proceso. Solo puede realizarse por ante alguno de los miembros del tribunal o transferirse a otro tribunal en los casos que esta ley determina”.

⁵⁸³ “§ 362. Recepción de prueba por juez delegado. (1) Caso de que la recepción de prueba deba realizarse por otro tribunal, el presidente del tribunal emite el requerimiento de encargo. (2) El juez envía las audiencias descriptas para la recepción de prueba en original a la secretaria del tribunal; la secretaria se encarga de informar a las partes sobre la recepción del requerimiento de encargo.”

⁵⁸⁴ “§ 361. Recepción de prueba por el juez encargado. (1) En tanto la recepción de prueba deba realizarse por un miembro del tribunal, éste será designado en el momento de comunicación de la providencia probatoria por el presidente del tribunal, determinándose igualmente el plazo para la recepción de la prueba.”

⁵⁸⁵ BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 1995, p. 2857; BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 2000, p. 1420.

⁵⁸⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 81, III, 2.

⁵⁸⁷ BGH *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 1982, p. 532.

1, 20 p. 3 GG⁵⁸⁸ y por imposición del TEDH⁵⁸⁹. Otras actuaciones procesales pueden efectuarse facultativamente en forma oral o escrita a través de determinados escritos o en audiencia oral, como ser la modificación de la demanda o la reconvencción. Los actos procesales de las partes que impliquen peticiones que determinan el contenido y objeto de la decisión futura por su importancia deben efectuarse tanto escrita como oralmente (§ 297): así en la audiencia oral se puede hacer referencia al escrito de demanda, muy frecuente en la práctica. Un cierto grado de procedimiento escrito se combina no sólo por los escritos propios de las partes, sino también por la confección del expediente⁵⁹⁰.

a) La preparación de la audiencia oral

La audiencia oral principal puede prepararse en forma oral o escrita, según lo ordene el tribunal por considerarlo necesario⁵⁹¹. De acuerdo a la complejidad del proceso se puede disponer una audiencia preliminar o que ésta sea sustituida mediante escritos preparatorios o combinar ambas posibilidades⁵⁹². El objetivo es lograr que en una audiencia principal se logre arribar a una sentencia que ponga fin al proceso. Así tienen su utilidad los escritos preparatorios que contienen las peticiones sustanciales de agresión y defensa de partes, la que -de acuerdo al § 273⁵⁹³ ZPO- deben contener todo el elemento necesario que sirva para la adecuada preparación de los puntos que serán tratados en la audiencia oral⁵⁹⁴. No es necesaria la introducción de referencias

⁵⁸⁸ BVerfG JZ (Juristenzeitung) 1983, p. 659.

⁵⁸⁹ NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1985, p. 1273; BVerfGE 54, pp. 277, 291; BVerfGE 101, pp. 275, 294; BVerfGE 70, pp. 297, 308; 108, pp. 129, 137). BVerfG, 2 BvR 779/04 del 19.10.2004, n.º. (1 - 40).

⁵⁹⁰ LANGE, M., "Bezugnahme im Schriftsatz", NJW (Neue juristische Wochenschrift) 1989, p. 438

⁵⁹¹ "§ 275. Audiencia preliminar . (1) Para la disposición de la audiencia preliminar mediante la cual se preparará la principal, el presidente u otro miembro del tribunal por él determinado puede emplazar al demandado para la presentación de un escrito de contestación. En otro caso se debe exigir al demandado que presente en un escrito mediante abogado la mención de los medios de defensa que aportará sin demora, escrito que se debe comunicar al tribunal; § 277 parte 1 oración 2 rige en lo que corresponda. (2) En caso que el proceso no se clausure en la audiencia preliminar debe entonces el tribunal pronunciar todos los mandamientos que sean necesarios para la preparación de la audiencia principal oral." Ver al respecto PRÜTTING, H., "Münchener Kommentar", cit., § 275, n.º. 1-15.

⁵⁹² STICKELBROCK, B., *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Colonia, 2002, pp. 560-566.

⁵⁹³ "§ 273. Preparación de la audiencia. (1) El tribunal tiene que proveer las medidas preparatorias necesarias en forma oportuna." Por su lado el § 276 establece para el procedimiento escrito: "(1) En caso que el presidente no determine ninguna audiencia preliminar a la principal exige entonces al demandado con la notificación de la demanda que, si desea defenderse debe presentar su contestación por escrito ante el tribunal en un plazo perentorio de dos semanas luego de la notificación de la demanda; de este requerimiento debe hacerse saber al demandado." Ver en detalle PRÜTTING, H., "Münchener Kommentar", cit., § 273, n.º. 1-16.

⁵⁹⁴ Así lo dispone el § 129. "Escritos preparatorios. (1) En el proceso con asistencia letrada obligatoria, la audiencia oral será preparada por presentaciones escritas. (2) En otros procesos, las partes pueden mediante orden judicial preparar

relativas a la prueba o al derecho aplicable, sin embargo tampoco está vedado. Los escritos se presentan en copia y son notificados de oficio⁵⁹⁵. El tribunal igualmente puede ordenar que se presenten determinados escritos en un plazo determinado para la preparación de la audiencia oral. La no presentación en tiempo implica la preclusión de presentaciones posteriores de acuerdo al § 296 ZPO⁵⁹⁶. Luego de concluida la audiencia oral no pueden incorporarse nuevos escritos por la regla de preclusión. Las excepciones están establecidas en § 283, en tantos los escritos incorporados con posterioridad tengan relación y relevancia con lo trascendido en audiencias anteriores. La consideración de escritos presentados con posterioridad para su aceptación o rechazo queda reservado a la ponderación discrecional del tribunal⁵⁹⁷. En el supuesto que no se verifiquen los casos autorizados para presentar escritos con posterioridad a la clausura de la audiencia oral no existe posibilidad de hacerlo⁵⁹⁸.

b) Las excepciones a la oralidad

En primer lugar no es necesaria sino facultativa en un procedimiento que concluya en el dictado de una sentencia interlocutoria. En segundo lugar en los principales casos establecidos:

- 1) § 253: interposición de la demanda
- 2) § 340: oposición contra sentencia en rebeldía
- 3) §§ 519, 520, 549, 551, 554: interposición de recursos
- 4) Para el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía o en caso de allamamiento en un procedimiento escrito (§§ 307⁵⁹⁹, 331, (3)⁶⁰⁰)

la audiencia oral mediante escritos o bien por declaraciones en el protocolo en la secretaría del tribunal.” En detalle PETER, E., “*Münchener Kommentar*“, cit., § 129, n°. 1-17.

⁵⁹⁵ La debida preparación para las audiencias orales definen en gran medida el éxito o fracaso de la de oralidad, lo que también se puede verificar en la práctica procesal civil alemán HENDEL, D., “*Wider den Niedergang der Kultur der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess*”, *DRiZ* (Deutsche Richterzeitung) 1992, p. 91 y ss.

⁵⁹⁶ WALCHSHÖFER, A., “Berücksichtigung Nachgereichter Schriftsätze im Zivilprozess“, *NJW* (Neue juristische Wochenschrift) 1972, p. 1028.

⁵⁹⁷ Según la redacción del § 356. “Plazo de presentación de la prueba. En caso de un impedimento contra el recibimiento a prueba que sea de duración indeterminada, debe fijarse por providencia un plazo por el cual, luego de su vencimiento infructuoso, el medio de prueba solo puede ser usado cuando, según el libre convencimiento del tribunal, por ello no se demore el proceso.”

⁵⁹⁸ Un tratamiento general sobre el tema ver en WETH, S., *Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozess*, Colonia, 1988, passim, esp. pp. 150-200. Igualmente STICKELBROCK, *Inhalt*, cit., p. 513. Sobre la preclusión en general OTTO, H., *Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*, Hamburgo, 1969, pp. 10-35.

⁵⁹⁹ Dispone el “§ 307: Reconoce una parte la pretensión hecha valer por la otra en forma total o parcial, debe entonces pronunciarse conforme a dicho reconocimiento. No es necesaria una audiencia oral.”

⁶⁰⁰ Dispone: “ (3) En caso que el demandado no se haya manifestado oportunamente contra el § 276 parte 1 oración 1 y parte 2 y quiera defenderse contra la demanda, el tribunal se pronuncia a petición del actor sin audiencia oral”.

5) § 128 2) cuando las partes de común acuerdo soliciten el procedimiento escrito

6) § 128, 2) en caso de resoluciones sobre costas

7) En el procedimiento establecido en el § 495 a, donde la oralidad es sólo obligatoria a petición de parte.

8) En los casos en los cuales se pueda decidir de acuerdo al estado del expediente (§§. 251 a⁶⁰¹, 331 a⁶⁰² y cuando pueda considerarse a los efectos de la fundamentación de la sentencia los escritos presentados por las partes con posterioridad a la clausura de la audiencia oral⁶⁰³.

D) Escrituración con oralidad a pedido de parte en procesos de menor cuantía.

En las causas de menor cuantía existe una flexibilidad procedimental que parte de la regla de la escrituralidad. De esta forma el juzgado de circuito (AG) puede determinar el procedimiento, de acuerdo con su discrecionalidad equitativa, cuando el monto de la causa no sea superior a 600 euros, debiendo tramitarla oralmente solo a petición de parte⁶⁰⁴.

IV. ROL DE LOS SUJETOS PROCESALES EN EL DERECHO PROBATORIO ALEMÁN

⁶⁰¹ “§ 251 a. Rebeldía de ambas partes; resolución según el estado del expediente. (1) En caso que no comparezcan o no participen ambas partes en una audiencia, el tribunal puede decidir según el estado del expediente. (2) Una sentencia según el estado del expediente puede ser pronunciada solo cuando ya anteriormente se hizo una audiencia oral. La sentencia puede ser dictada como mínimo en dos semanas.”

⁶⁰² “§ 331 a. Resolución de acuerdo al estado de la causa en el expediente. En caso de incomparecencia de una parte en término a la audiencia oral, la contraparte puede solicitar una sentencia de acuerdo al estado del expediente en vez de una en rebeldía; esta petición debe ser admitida en tanto los hechos aparezcan suficientemente claros para dicha resolución. El § 251 a. parte 2 rige en lo que corresponda”

⁶⁰³ Hay que sumar a estos casos los siguientes: 9) §§ 924, 936: oposición contra embargo y medidas cautelares; 10) El procedimiento monitorio o el cautelar; 11) Igualmente no es obligatoria en relación a los actos a realizarse por ante el presidente de un tribunal, un juez exhortado o delegado como así también todos los actos que deban realizarse por ante el funcionario oficial documentador o secretario. En relación al proceso ejecutivo aun cuando rija la oralidad, funciona en forma escrita. Ver al respecto STÜRNER, R., *Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung*, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess), 99 (1986), p. 291 y ss.; PRÜTING, H., STICKELBROCK, B., *Zwangsvollstreckungsrecht*, Stuttgart, 2002, pp. 28-30.

⁶⁰⁴ “§495 a. El juzgado puede determinar el procedimiento de acuerdo a su discrecionalidad equitativa cuando el monto de la causa no sea superior a 600 euros. A petición de parte debe tramitar en forma oral.” En detalle ver KUNZE, A., *Das amtsgerichtliche Bagatellverfahren nach § 495 a ZPO*, Bielefeld, 1995, passim; STICKELBROCK, B., *Inhalt*, cit., pp. 622-656; WESTERWELLE, *Mündlichkeitsgrundsatz*, cit., p. 58 y ss.; SCHNEIDER, E., *ZPO-Reform*, München, 2001, n°. 48-49.

El rol de las partes y del juez dentro en el proceso civil alemán se manifiesta en la distribución de las responsabilidades tanto para el impulso procesal como para el aporte de las alegaciones y del material probatorio. Su concreción se efectúa en la audiencia oral como regla. El centro de rol protagónico activo del juez lo establece el § 139 ZPO que contiene una serie de deberes y facultades reconocidos aquel. Igualmente se introduce la posibilidad de requerir la presentación de documentos u objetos para su inspección a pedido de parte o de oficio. Finalmente las partes y terceros tienen un deber de veracidad y esclarecimiento cuya extensión es discutida dogmática y jurisprudencialmente.

1. Deber de discusión

El § 139 ZPO obliga al tribunal en colaboración con las partes, a esclarecer la controversia para poder decidirla. Este deber, que pesa en cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes y con las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho.⁶⁰⁵ Los límites de la litis fijan el ámbito de ejercicio de este deber, así el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) se pronunció claramente en favor de la tutela del derecho a ser oído y del derecho de defensa sobre la base de esta disposición precisamente en su aplicación extralimitada.⁶⁰⁶

2. Deber de instrucción y de interrogación

Existiendo dudas sobre los hechos y derecho debatidos, el tribunal debe interrogar o indicar a las partes para arribar a un mejor y más rápido esclarecimiento. El Tribunal Constitucional Federal considera contrario a la Ley Fundamental la omisión de dicho deber.⁶⁰⁷

3. Deber de esclarecimiento y función saneadora del juez

La claridad del contenido y la transparencia (sin vicios) por la cual se arriba a una decisión judicial sustentan el § 139 ZPO. La oralidad como vehículo y medio persigue que el debate probatorio permita a las partes y al tribunal -de manera clara y accesible- comprender a cabalidad el porqué y el cómo de una decisión. Son pertinentes al respecto las sentencias de tribunales de Colonia de 1969 y 1974,⁶⁰⁸ y del tribunal de Múnich de 1997.⁶⁰⁹ El límite de esta atribución está dado por la necesidad de esclarecer cuestiones de derecho o de

⁶⁰⁵ RENSEN, H., Die richterliche Hinweispflicht, Bielefeld, 2002, p. 159 y ss.

⁶⁰⁶ “El tribunal debe ejercer un debido control dentro del proceso, en relación con las afirmaciones de las partes, indicando a estas debidamente lo correspondiente a las cuestiones de hecho y de derecho discutidas” (Ver BVerfGE, 84, p. 190).

⁶⁰⁷ Así es, por ejemplo, en caso de argumentaciones o consideraciones que no sean sostenibles y en las que el tribunal debe ejercer su deber de pregunta e información. Ello fue considerado por el Tribunal Constitucional Federal como contrario al artículo 3, apartado 1.º de la Ley Fundamental, BVerfG, en NJW (Neue juristische Wochenschrift), 1976, p. 1391 y en MDR ([Monatsschrift für Deutsches Recht](#)), 1976, p. 820.

⁶⁰⁸ OLG Colonia, en JurBüro (Das juristische Büro), 1969, p. 645 y OLG Colonia, 1974, p. 478.

⁶⁰⁹ OLG Múnich, en NJW-RR (Rechtsprechungs-Report der NJW) 1997, p. 944.

hecho que pudieran obstaculizar razonablemente la validez y/o calidad de una sentencia⁶¹⁰, no pudiendo ejercerse de una manera arbitraria que conduzca a perjudicar la posición de una de las partes.⁶¹¹

4. Deberes de documentación y registro del proceso

El apartado cuarto del § 139 ZPO impone los deberes de documentación, registro y protocolización de los actos procesales vinculado ello con la publicidad del expediente. Todas las indicaciones, aclaraciones y advertencias que realice el juez deben ser debidamente protocolizadas o tomadas en el expediente de la manera adecuada para ello. Así el ejercicio de los deberes y facultades antes mencionados son registrados en el expediente y solamente pueden ser impugnados por demanda de falsedad.⁶¹²

5. Presentación de documentos y objetos a requerimiento judicial

Con la nueva redacción (reforma 2002) del § 142 apartado (1) y § 144 ZPO el tribunal puede inmediata y directamente ordenar a un tercero o parte la presentación de documentos o determinados objetos de oficio o a petición de parte, para que los presente en tanto y en cuanto estos se vinculen con lo solicitado y aportado en relación con el proceso. De acuerdo con la nueva regulación, puede obligarse incluso al tercero cuando la parte que sostiene la existencia del documento no sea la titular de un derecho material para su restitución o presentación.⁶¹³

6. Rol de las partes y responsabilidad compartida para el esclarecimiento de los hechos

Las partes tienen imperativos que están detallados en el § 138⁶¹⁴. Una posición se inclina por el mejor posible acceso a la verdad material sobre los

⁶¹⁰ STÜRNER, R., Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen, 1982, passim, esp. pp. 1-15.

⁶¹¹ SCHNEIDER, ZPO-Reform, cit., n.º 90.

⁶¹² La escrituralidad cualquiera sea el soporte persigue el control mediato por la publicidad de los actos de las partes y del tribunal. Ver STEIN, JONAS, LEIPOLD, ZPO-Kommentar, § 278, n.º 53; STEIN, JONAS, ROTH, ZPO-Kommentar, § 160, n.º 3.

⁶¹³ KATZENMEIER, CH., “ Aufklärungs-/ Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess“, JZ (Juristenzeitung) 2002, p. 538-540; para un mayor tratamiento del tema ver [DRENCKHAHN, C.](#), Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform unter besonderer Berücksichtigung der Neufassung des § 142 ZPO, Frankfurt a. M., 2007, passim; LANG, S., Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Frankfurt a. M., Colonia, 2007, passim.

⁶¹⁴ “§ 138. Deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdad. 1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad. 2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte. 3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes”. En detalle ver PETER, “Münchener Kommentar“, cit., § 138, n.º. 1-17, 27-28.

pocos específicos intereses de libertad de los intervinientes procesales. Existiría así un deber básico de esclarecimiento procesal⁶¹⁵. Otra posición no acepta la existencia de dicho deber, sino solo casos reconocidos por la propia jurisprudencia reconoce como excepciones al „*nemo tenetur contra se accusare*“⁶¹⁶.

V. LA PRUEBA, EL PROCESO Y LA ORALIDAD-ESCRITULARIDAD DIGITAL EN EL PROCESO CIVIL ALEMÁN

La Reforma del año 2002 introdujo el § 128a, por el cual se regula y permite el empleo de medios de transferencia por sonidos e imágenes en el proceso. Así se ha dado el fenómeno de la amorigeración de la oralidad presencial sustituida por una nueva escrituralidad mediatizada pero en algunos casos con seguridad y en tiempo real (inmediación virtual). A través del nuevo párrafo, y cuando las partes estén de acuerdo, el tribunal puede disponer que las audiencias se lleven a cabo en otro lugar que no sea su sala de audiencias⁶¹⁷. Las ventajas tecnológicas son receptadas en dos ámbitos. En la tramitación procedimental y en el valor probatorio del documento digital⁶¹⁸. La estructura procesal a las nuevas exigencias del tráfico electrónico (e-commerce) se manifiestan no solo en la regulación de la firma digital o electrónica y las normas accesorias a ésta, sino también en el valor de los “documentos digitales o electrónicos” dentro del proceso, en su ponderación y valor probatorio⁶¹⁹.

VI. CONCLUSIONES

De lo tratado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. La oralidad fue considerada central no solo desde el punto de vista externo del proceso para su celeridad y transparencia, sino además desde lo

⁶¹⁵ Así siguiendo véase STÜRNER, R., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen, 1976, passim, esp. p. 29 y ss, p. 85; GRUNSKY, W., Zivilprozessrecht, 12. Ed. 2006, n.º. 43, p. 31 (siguiendo a F. Baur, Zivilprozessrecht, 6. Ed. 1989); KATZENMEIER, “Aufklärungs“, cit., p. 533 y ss.

⁶¹⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, op. Cit., § 108 III 2, p. 740 ss. ; PRÜTTING, H., Gegenwartsprobleme der Beweislast, Múnich, 1983, p. 137 ss. ; ARENS, P., “Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß“, ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess), 96 (1983), p. 1 y ss.; ver igualmente BGH NJW(Neue juristische Wochenschrift) 1990, 3151 ss. (con crítica de STÜRNER ZZP(Zeitschrift für Zivilprozess), 104 (1991), p. 208 ss.)

⁶¹⁷ Véase esta evolución en HEINEMANN,J., Neubestimmung der prozessualen Schriftform, Colonia-Berlín-Bonn, 2002, esp. §§ 33-39.

⁶¹⁸ Véase GASSEN, D., Digitale Signaturen in der Praxis. Grundlagen, Sicherheitsfragen und normativer Rahmen, Colonia, 2002, pp. 117 y ss.

⁶¹⁹ La Ley de Comunicación en la Justicia (Justizkommunikationsgesetz [JkomG], BGBl, 1, p. 837) el 1º de abril del 2005, suma reformas que perfeccionan el régimen existente para el comercio electrónico en la justicia. Por el § 130a se permite el escrito judicial digital (o electrónico), que de por sí ya implica un medio que facilita y agiliza el acceso a la justicia. Ver HENDEL, D., “Der moderne Zivilprozess zwischen Mensch und Maschine - elektronische Akte, summarisches Verfahren und langfristige Reform des Zivilprozesses“, JPC (Juristische PC) Web-Dok. 68/2002, 1 – 60; FISCHER, N., Justiz – Kommunikation, Überlegungen zur Elektronifizierung der Ziviljustiz und von zivilgerichtlichen Verfahren am Beispiel des „Justizkommunikationsgesetzes“, Berlin, 2004, esp. pp. 10-15.

interno para el logro más coherente de la incorporación y apreciación de la prueba. Ahora el juez debía apreciar y valorar la prueba según los cánones de la libre apreciación.

2. El principio de oralidad sumado a otros principios en especial al de inmediación y concentración tiene un gran número de ventajas comparativas para una eficiente tramitación procesal, como así también para un mayor sustento de la legitimidad y credibilidad que la sentencia.

3. El principio de la obligatoriedad de la audiencia oral implica que solo puede decidirse previa audiencia oral y sobre lo conocido en ella.

4. Ninguna resolución puede pronunciarse sin previa audiencia oral. Ello es aplicable para los casos donde deban dictarse sentencias definitivas y resoluciones impulsivas del proceso. Las excepciones deben determinarse en forma expresa.

5. Sólo aquello que fue objeto de la audiencia oral puede servir de fundamentación para la resolución que se pronuncien. Las peticiones probatorias y las alegaciones de las partes efectuadas en audiencia oral deben ser consideradas aceptándolas o rechazándolas en la sentencia definitiva.

6. La oralidad no excluye la posibilidad actuaciones escritas de las partes y del tribunal.

7. La audiencia oral principal puede prepararse en forma oral o escrita, si el tribunal lo ordena por considerarlo necesario.

8. En la redacción actual el juzgado puede determinar el procedimiento, de acuerdo con su discrecionalidad equitativa en materias de menor cuantía.

9. El rol de las partes y del juez dentro del proceso civil alemán se manifiesta en la distribución de las responsabilidades tanto para el impulso procesal como para el aporte de las alegaciones y del material probatorio. Su concreción se efectúa en la audiencia oral como regla.

10. Las nuevas tecnologías importan una inmediación virtual moralizada en forma oral o escrita.

ESPAÑA
EL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili (España)

I. INTRODUCCIÓN

La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material procesal aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral u escrito, por lo que se hace necesario buscar un elemento que permita determinar cuando un proceso está inspirado por el principio de oralidad –o el de escritura-. En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe un predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien puede atenuarse por el uso de escritos de alegaciones y de documentación, por lo que debemos analizar la concreta regulación de cada procedimiento para advertir la vigencia del principio de oralidad⁶²⁰ y, especialmente, la existencia de audiencias en las que exista un contacto directo del juez con las partes tanto para debatir oralmente cuestiones jurídicas o fácticas, como para apreciar directamente los elementos sobre los que deberá fundamentar su sentencia.

Más allá de lo comúnmente admitido por la doctrina desde hace más de un siglo, según lo cual los principios de oralidad y escritura no son posible en toda su plenitud y que ambos principios tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que dependiendo del concreto acto procesal de que se trate será preferible la oralidad o la escritura, lo cierto es que la Constitución Española (CE) lo ha recogido en su art. 120.2, y que la actual Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) lo ha asumido en la regulación de los dos procesos declarativos ordinarios, por lo que esta Ponencia se limitará a examinar este nuevo marco normativo y su aplicación real por los tribunales de justicia.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

El principio de oralidad ha sido formulado en el art. 120.2 CE, estableciéndose que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Sin ánimo de entrar en polémica, y admitiendo el poco acierto del constituyente en la formulación gramatical del principio, lo cierto es que su voluntad fue exigir que todos los procedimientos judiciales estuviesen presididos por la oralidad, como ya sucedía hasta ese momento en los ámbitos de la justicia penal y laboral. Por dicho motivo, la legislación procesal civil que

⁶²⁰ Sobre la oralidad en el proceso civil sigue siendo fundamental la lectura de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano: v.gr. WACH, A., “Oralidad y escritura”, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, 1958, pp. 1-50; y CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, Madrid, 1940, pp. 153-203.

podiera aprobarse en un futuro debería asumir el principio de oralidad. Y así sucedió con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 7 de enero de 2000, en cuya Exposición de Motivos afirma: “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas”⁶²¹.

III. LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LA LEC 1/2000.

La nueva LEC ha optado con claridad por estructurar la primera instancia de los dos procesos declarativos ordinarios bajo el principio de oralidad, utilizando para ello la técnica de las audiencias. En concreto, para el juicio ordinario⁶²² se producen al menos dos: a) la “audiencia previa” que, con carácter obligatorio, prevén los arts. 414 y ss. con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora –al inicio y al final del acto-, la subsanadora de defectos procesales, la delimitadora de las cuestiones litigiosas, y la probatoria –proponiéndose y admitiéndose las pruebas-; y b) el “juicio”, para la práctica de las pruebas y la formulación de las conclusiones. En ésta tiene lugar la realización de todas las pruebas, y, evidentemente, la oralidad se concreta en las pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (así, tanto para el interrogatorio de las partes como la prueba testifical, los arts. 302.1 y 368.1 LEC, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente)⁶²³. Y, para el juicio verbal⁶²⁴, se articula una “vista” en la que, tras la demanda sucinta escrita del actor, el demandado formula oralmente su contestación, se procede de igual modo a discutir y resolver los defectos procesales, a fijar los hechos relevantes en que las

⁶²¹ Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

⁶²² Se deciden en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 3.000 € (art. 249.2 LEC), así como todas previstas en el art. 249.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.

⁶²³ No obstante, existen algunas excepciones a este principio, tal como el carácter escrito del interrogatorio al Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito (art. 315.1). Si bien ni el Borrador ni el Anteproyecto de LEC establecían este privilegio, la Ley –no se sabe bien por que extraños motivos- lo introdujo pese a la justificada crítica efectuada por la doctrina, ya que estamos en presencia de un beneficio del Estado que lo coloca en una evidente situación privilegiada respecto de la parte contraria. Por ello, en orden a garantizar el derecho a la igualdad procesal de los litigantes, debería haber desaparecido el citado privilegio, obligando a la autoridad pública a comparecer también al acto del juicio para que oralmente conteste al interrogatorio de la contraparte. De igual modo, el principio de oralidad también sufre una limitación relevante en los recursos, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, pues en todos ellos sólo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista (arts. 464, 475 y 486, respectivamente).

⁶²⁴ Se deciden en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 3.000 € (art. 250.2 LEC), así como todas previstas en el art. 250.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.

partes fundamenten sus pretensiones, proponer, admitir (o denegar) y practicar toda la prueba (art. 443 LEC), y formular las conclusiones (art. 185.4 LEC).

Sin embargo, para la segunda instancia se ha optado por el principio de escritura, pues la LEC sólo permite la celebración de una vista ante los magistrados de la Audiencia Provincial en los escasos supuestos de prueba en segunda instancia o cuando lo consideren necesario (art. 464). Desgraciadamente, esta restrictiva regulación ha conducido a que en la práctica sea muy excepcional la realización de la citada vista.

Para que el principio de oralidad despliegue su máxima eficacia es preciso que los actos orales se desarrollen ante el juez, de manera concentrada y con posibilidad de ser controlados por terceras personas, esto es, con inmediación, concentración y publicidad, garantías todas ellas para la plena efectividad del principio de oralidad que paso seguidamente a estudiar.

IV. GARANTÍAS PARA LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD

1. Inmediación

Como acabo de indicar, para que la oralidad despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hacen que la justicia sea más cercano al justiciable, ya que se permite a las partes “ver la cara al Juez”, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto. Este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más real posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico⁶²⁵.

La exigencia de la inmediación la encontramos recogida en el art. 137 LEC, según el cual:

“1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”.

Y, de igual modo, el art. 289.2 LEC indica:

⁶²⁵ Por ello, no debe limitarse la inmediación simplemente a la percepción directa de las actuaciones, sin intermediarios, pues ello también podría alcanzarse con las actuaciones escritas.

“Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

Para garantizar el pleno respeto a esta inmediación, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, a saber, la “nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (art. 137.3 LEC).

Salvo en raras ocasiones, y como excepción que confirma la regla general, la LEC permite que alguna actuación probatoria se realice ante un juez distinto del que deba dictar sentencia como, por ejemplo, el interrogatorio de la parte mediante el auxilio judicial, para cuando resida fuera de la demarcación judicial del tribunal y por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancia personal, o por cualquier otro motivo análogo resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del Juzgado o Tribunal (arts. 313 y 169). En este caso, la parte proponente puede presentar al juez que conozca del asunto un escrito con la relación de preguntas a efectuar, al objeto de que dicho juez pueda realizar el juicio de pertinencia de las mismas; o estar presente en el acto de interrogatorio y formular las preguntas oralmente ante el juez exhortado, con la dificultad que ello supone para realizar dicho juicio de pertinencia ante un juez que desconoce el objeto litigioso⁶²⁶. Para evitar este problema, y lograr plenamente la vigencia del principio de inmediación, resulta eficaz la práctica del interrogatorio mediante el uso de la videoconferencia o cualquier otro medio similar⁶²⁷.

Además, para que la inmediación realmente surta efecto, es necesario que el juez que ha presenciado los actos probatorios orales sea el mismo que dicte sentencia pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediación. Esta garantía se recoge en el art. 194 LEC, que ordena dictar sentencia a los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio o vista, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales⁶²⁸. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello

⁶²⁶ Respecto de esta problemática me remito al estudio de ABEL LLUCH, X, “Interrogatorio de parte por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC)”, *El interrogatorio de partes*, con ABEL LLUCH, X y PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, 2007, pp. 215-225.

⁶²⁷ En este sentido, vid. el trabajo de FONS RODRÍGUEZ, C., “Declaración mediante exhorto y videoconferencia”, en *El interrogatorio*, cit., pp. 207-214.

⁶²⁸ En este sentido, el art. 194 LEC dispone: “1. En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los Jueces y Magistrados que, después de la vista o juicio:

1º. Hubiesen perdido la condición de Juez o Magistrado. Se aplicará, no obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo a los Jueces y Magistrados jubilados por edad y a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes que hayan

sea imposible, deberá repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC⁶²⁹, bajo pena de nulidad de actuaciones. En este sentido, y a modo de ejemplo, por su claridad y acierto, puede destacarse la SAP de Lugo –Sección 1ª- de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\199011), que destaca la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez distinto al que celebró el acto del juicio. Así, en su fundamento jurídico segundo afirma:

“El primer motivo del recurso de apelación articulado consistió en solicitar la nulidad de actuaciones, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringidas, por su inaplicación, el art. 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 137 de la misma. Pues bien, el motivo al entender de la sala debe ser claramente admitido, no existiendo la menor duda en el entendimiento literal del precepto. El propósito del legislador es claro, y en este caso la totalidad de la vista se practicó por Juez adjunto o de apoyo, solicitándose una diligencia final consistente en documental, dictando ulteriormente la resolución (sentencia) el Magistrado titular. Ello provoca la nulidad, practicándose en la vista pruebas personales que solo puede valorarlas quien las presidió [...].

Ciertamente la economía procesal no resulta favorecida (...) pero es la única forma de garantizar el principio de inmediación proclamado en los artículos indicados”⁶³⁰.

2. Concentración

cesado en el cargo por renuncia, transcurso del plazo para el que fueron nombrados o por cumplir la edad de setenta y dos años.

2º. Hubiesen sido suspendidos del ejercicio de sus funciones.

3º. Hubiesen accedido a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular”.

⁶²⁹ Así, el art. 200 LEC ordena: “En los tribunales unipersonales, cuando después de la vista se imposibilitare el Juez que hubiere asistido a ella y no pudiere dictar la resolución ni siquiera con la asistencia del Secretario Judicial, se celebrará nueva vista presidida por el Juez que sustituya al impedido.

Lo mismo se hará cuando el Juez que haya participado en la vista no pueda dictar la resolución por hallarse comprendido en alguno de los casos previstos en el apartado 2 del artículo 194”.

⁶³⁰ Por ello resulta censurable cierta doctrina del Tribunal Constitucional, como la contenida en su sentencia 55/1991, de 12 de marzo, en la que el recurrente invoca infracción del principio de inmediación, y en consecuencia, vulneración del derecho a no quedar indefenso del art. 24.1 CE, por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció el juicio y practicó la prueba, y se deniega el amparo por entender que “las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado por la titular del órgano para resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimientos de lo actuado, sino, antes bien, transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa, a efectos de la resolución final del proceso”.

La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado. Este principio se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el art. 291 LEC que establece la celebración de un “juicio o vista” para la práctica de toda la prueba en unidad de acto.

Para garantizar esta concentración de la actividad probatoria, la LEC prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (art. 290.II LEC); y por otro, la necesidad de repetir el juicio o la vista cuando se hayan interrumpido durante más de veinte días (art. 193.3 LEC).

3. Publicidad

Finalmente, para asegurar que la oralidad se cumple en la realidad, es menester garantizar el acceso de todo ciudadano a los trámites orales. La publicidad debe entenderse así, no tanto como acceso a los autos que, en la medida en que hagan referencia a intereses privados, deberán reservarse sólo a los afectados, sino como garantía de la efectiva oralidad, y ello puede alcanzarse mediante el acceso directo de los ciudadanos –y evidentemente de los medios de comunicación- a los juicios o vistas.

La publicidad de los actos procesales, recogido en los arts 24.II y 120.1 de la Constitución, se exige para la realización de todas las actuaciones cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución (esto es, por ejemplo, la audiencia previa y juicio, en el juicio ordinario; y la vista, en el juicio verba), tal como se prevé con carácter general en el art. 138.1 LEC, no desvirtuándose el mismo por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada cuando, como indica el art. 138.2 LEC. En concreto este artículo 138 LEC establece:

“Publicidad de las actuaciones orales. 1. Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”.

2. Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

Pese a que es fácil intuir la voluntad del legislador, lo cierto es que en la redacción de esta norma se abusa de los conceptos jurídicos indeterminados, introduciendo excesivos términos ambiguos, por lo que cualquier resolución judicial limitadora de la publicidad procesal debe ir precedida de la preceptiva audiencia a las partes (art. 138.3 LEC) y estar debidamente motivada, debiéndose realizar siempre una interpretación restrictiva de todos los supuestos fácticos que,

aparentemente, justifiquen la limitación de la publicidad procesal, al tratarse ésta de una garantía constitucional del proceso⁶³¹.

El control público de la oralidad también puede lograrse mediante la grabación de los actos orales, ya que a través de la misma las instancias judiciales superiores podrán comprobar su correcto desarrollo. En este sentido, resulta acertada la previsión del art. 147 LEC, según la cual:

“Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Las actuaciones orales en vistas y comparencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen”.

Y afortunadamente esta previsión ha tenido un éxito total en la práctica, ya que de manera unánime los juicios y vistas civiles en España se graban en soportes aptos de reproducir el sonido y la imagen, como el CD o el DVD.

V. SÍNTOMAS DE FATIGA DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN ESPAÑA

Partiendo de la plena vigencia del principio de oralidad en la primera instancia del sistema de enjuiciamiento civil español, lo cierto es que en la práctica plantea algún problema. El más relevante es la sistemática infracción judicial de los plazos procesales en el señalamiento de las actuaciones orales (vistas, juicios, comparencias, etc.). En teoría, para el juicio ordinario, la audiencia para la práctica de las pruebas –juicio- debe tener lugar en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa (art. 429.2 LEC); y para el juicio verbal, la vista debe tener lugar dentro de los veinte días desde la notificación de la demanda al demandado (art. 440.1 LEC). Sin embargo, estos plazos son sistemáticamente infringidos, debido a que a los tribunales físicamente no puede atender, en su horario laboral, el alto número de señalamientos que legalmente debieran realizar. Pese a constatar esta evidente realidad, que no cuenta todavía con refrendo estadístico alguno en España, sin embargo, debe reconocerse que, por regla general, la infracción judicial de estos plazos es todavía asumible⁶³², si bien ello depende, en última instancia, de las circunstancias particulares de cada juzgado. En todo caso, estamos en presencia de un claro síntoma de fatiga de la oralidad, que como tratamiento requiere un mayor control del nivel de trabajo diario de los juzgados civiles españoles, y, si este es el óptimo y aun así no se cumplen los plazos, un incremento del número de juzgados para ajustar la realidad a la legalidad.

⁶³¹ Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1996, p 116.

⁶³² Si tomamos en consideración el alto grado de dilaciones indebidas que se producían con la antigua LEC. Así, en PICÓ I JUNOY, J., “Análisis crítico de la situación actual de la Justicia civil” *Justicia*, P. 407, 1999, se denunciaba como la duración media de la primera instancia de los procedimientos que tenían una incidencia superior al 75% del total de los litigios civiles era siete veces superior al plazo legalmente previsto.

Igualmente problemático resulta el alto número de jueces sustitutos, juristas preparados pero alegados de los hechos enjuiciados, lo que en la práctica comporta que el lógico desconocimiento de tales hechos reduzca la eficacia del principio de oralidad en los casos en que intervienen.

Al margen de estos problemas prácticos, día a día van apareciendo distintas zonas del sistema procesal civil en los que la oralidad está en retroceso. Basten dos ejemplos para ilustrar esta idea:

a) La sustitución de la audiencia previa cuando el demandado está en rebeldía. La audiencia previa, como he indicado, se configura como la primera comparecencia de las partes con el juez, que cumple una multiplicidad de funciones (conciliadora, subsanadora, delimitadora y probatoria). Pues bien, cuando el demandado se encuentra en rebeldía, algunos jueces prefieren no celebrar la audiencia, ante su presunta inutilidad, y sustituirla por un escrito del actor de proposición de pruebas. En mi opinión, ello es del todo rechazable por infringir el art. 414.1.I.LEC.

b) O la introducción de escritos para sustituir el trámite oral de las conclusiones. Una vez se han practicado las pruebas, en el acto del juicio o la vista, las partes pueden formular oralmente sus conclusiones, valorando el resultado de la prueba (arts. 433.2 LEC para el procedimiento ordinario, y 185.4 LEC, para el juicio verbal⁶³³). Es éste un trámite de especial relevancia práctica, por cuanto se configura como el espacio de la dialéctica procesal en los casos en que anda en juego uno o varios juicios de hecho; hechos cuya fijación ha tenido lugar escasos momentos antes y que deben ser interpretados y valorados por el juez⁶³⁴, por lo que una buena realización de las conclusiones facilita en gran medida esta función judicial. Sin embargo, en la práctica forense, el gran número de señalamientos diarios que fijan los juzgados civiles hace que se intente abreviar al máximo la duración de los mismos, por lo que al llegar al trámite de las conclusiones, en ocasiones, los jueces indican a las partes que sean breves, e

⁶³³ Desgraciadamente, algunos juzgados entienden que en el juicio verbal no caben las conclusiones ya que no están expresamente previstas en la regulación de este procedimiento (así, se indica que el art. 447 LEC establece que “Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido, o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el Tribunal dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes”), por lo que indirectamente consiguen así reducir la duración de las vistas. Sin embargo, en mi opinión, la simple lectura del art. 185.4 LEC, regulador de todas las vistas –y en consecuencia, también la de los juicios verbales-, exige la formulación de conclusiones. A esta misma tesis se llega también efectuando una lectura constitucional de las normas procesales que conduzca a la máxima eficacia del derecho de defensa, pues si el trámite de conclusiones es un acto de defensa de especial relevancia para las partes, la interpretación constitucional de esta aparente contradicción normativa (de los arts. 447 respecto al 185.4 LEC) debería conducirnos a permitir las conclusiones en el juicio verbal.

⁶³⁴ MUÑOZ SABATÉ, L., “¿Estamos satisfechos los abogados con la fase de conclusiones en el proceso civil?”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2007, núm. 2, p. 553.

incluso en algunos tribunales, llegan a permitir a las partes la complementación –e incluso sustitución- de sus conclusiones orales por escritos, lo que sin duda es un paso atrás en el éxito logrado con la LEC 1/2000.

VI. REFLEXIÓN CRÍTICA

El establecimiento de la oralidad en el proceso civil es relativamente sencillo desde el punto de vista legislativo. Sin embargo, si se desea su verdadera implantación en el foro judicial por entender que se trata de un elemento de calidad de la justicia, caracterizada por el contacto directo entre el juez y el justiciable, es preciso que se den unas condiciones objetivas mínimas que deben respetarse:

En primer lugar, debe existir el necesario número de jueces para hacer efectiva la oralidad, pues ésta exige tiempo para la adecuada dedicación al estudio de las causas en todos aquellos trámites en los que existe un contacto directo del juez con las partes.

En segundo lugar, debe haber un cambio de mentalidad, una plena concienciación de las ventajas de la oralidad, en los diferentes sujetos que deben hacerla efectiva, esto es, los jueces y los abogados. Éstos son los que hacen vivir al proceso, por lo que la comodidad que les puede reportar el no cambiar de hábitos puede frustrar la oralidad.

Y, finalmente, en tercer lugar, es preciso establecer mecanismos de control y sanción que permitan disuadir la infracción de la oralidad, como puede ser, por ejemplo, la grabación de las audiencias o la nulidad de actuaciones cuando se vulnere la oralidad.

Estas tres condiciones se han producido en España con la nueva LEC, y la oralidad se ha convertido, por méritos propios, en una de las novedades más bien valoradas por todas las personas que intervienen en la justicia civil española, por lo que su implantación práctica ha sido todo un verdadero éxito. Sin embargo, como he indicado, empiezan a manifestarse los primeros síntomas de fatiga, por lo que deben reforzarse dichas condiciones, y muy especialmente la primera, esto es, sería conveniente incrementar el número de jueces, reduciendo así su carga de trabajo, adecuándola a las necesidades actuales de la justicia civil española.

VII. BREVE ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sobre las consecuencias de la constitucionalización del principio de oralidad en el art. 120.2 CE vid. Gimeno Sendra, V., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1981, p. 226; Almagro Nosete, J., “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia*, 1981 (número especial), p. 21; Ramos Méndez, F., “La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil”, *Justicia*, 1983, I, p. 35; Berzosa Francos, “Principios del proceso”, *Justicia*, 1992, III, pp. 611-612; Cortés Domínguez, V., “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, 1993, p. 143; o Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pp. 116 a 119.

Y sobre el alcance y contenido del principio de oralidad en la LEC 1/2000, vid. Berzosa Francos, M^a.V., “La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC”, *IURIS*, 2000 (septiembre), pp. 38 y ss; Picó i Junoy, J., “Los principios del nuevo proceso civil”, *Institucionales del nuevo proceso civil*.

Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, vol. I, coord. J. Alonso-Cuevillas, Barcelona, 2000, pp. 62 a 66; Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, pp. 171 a 185; Nieva Fenoll, J., “Los problemas de la oralidad”, *La Ley*, 2007, T.2, pp. 1898 a 1906; o Lorca Navarrete, A.M., La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2007, T.3, pp. 355 a 358.

VENEZUELA

LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

MARIOLGA QUINTERO TIRADO* .

Profesora de Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

Penetrar en el ámbito del proceso jurisdiccional, implica incomodarse a causa de uno de los cercos más sacudidos de la reclamación judicial, muy especialmente por la tardanza, esto es, la dilación del proceso de cognición y de la fase de decisión.

El aporte del sistema con prevalencia del principio de oralidad puede ser decisivo, en consecuencia, pero no sólo en cuanto al tema de la moratoria judicial, sino al de la depuración de los actores de la jurisdicción, tanto de los funcionarios judiciales, como de los profesionales de la abogacía.

Sin embargo, nos preguntamos, si la solución para hacerle frente a esos males, es únicamente la propuesta del proceso predominantemente oral.

En mi opinión, es la solución más óptima, pero, para ello, habrá que adicionar en Venezuela, el aumento de los órganos jurisdiccionales, la identificación del juez con los principios de la oralidad, la compenetración y sensibilización del juzgador con el conflicto de los justiciables, el adiestramiento personal en las habilidades conducentes, la incorporación de elementos técnicos de carácter material y ciertas reformas orgánicas y de carácter legislativo.

Es de considerar, viendo el tema desde otra perspectiva, que la duración del proceso es veneno de desigualdad procesal, porque –en definitiva-, sólo puede sostenerlo quien goce de grado de resistencia económica, de modo que la oralidad se presenta como una propuesta más democrática.

Empero, no sólo gravita la tardanza y el coste en beneficio del principio predominantemente oral en la evacuación de las pruebas y el acortamiento de los plazos para decidir, sino la oscuridad que deviene de la escritura, en la medida en que ésta insospechablemente se presta para la defraudación de la justicia y el solape de la mediocridad profesional de abogados y jueces.

Ciertamente, la oralidad, como puerta abierta a la publicidad, da cuenta no sólo de la ignorancia, sino del actuar ligero y de la impericia de los actores del proceso. Constituye el espejo de los límites de su capacidad, dado que en los legajos del expediente escrito y de sus piezas se hace difícil advertir los linderos de quienes pretenden decir lo que es el derecho y cuál es la justicia del caso.

No fue ésta la cultura que me educó, pero, es el balanceo de mis años de experiencia.

¿Cómo pueden perdurar -tejidos en letras- tantos fraudes a la justicia, tantos abusos, tanta indecencia?

* Con la colaboración de Carlo La Marca Erazo.

Esas y otras preguntas, que yacen encendidas en el corazón de un apasionado litigante, nos llevan a robustecer la propuesta del proceso con predominio de lo oral que embista la decadencia de la escritura y de quienes simulan actuar y sentenciar en justicia, aferrados a los formalismos de una escritura que se desarrolla lejana a la conciencia de lo constitucional, porque la letra y el secreto de su abstracción es la cueva de su impunidad.

II. DE LA ORALIDAD EN VENEZUELA

En nuestro país, hemos estado turbados, porque, dentro de nuestro contexto, -ahora de emergencia judicial- en que ha dominado una determinada práctica histórica de escrituración, se ha desvalijado al poder judicial de sus funciones de contralor de la constitucionalidad y la legalidad y no existe el entendimiento societario que es el verdadero árbitro de la conflictividad social; además le hemos trazado al juez una senda de ardores nada cómoda, por lo que hoy se procura humanizar el proceso con la oralidad y cumplir con el mandato de la efectividad de la tutela judicial. Y para ello han surgido nuevas leyes.

1. La oralidad como principio constitucional

Nunca antes en nuestra historia republicana el constituyente había sentado las bases del proceso como lo hizo el de 1999. Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶³⁵, las bases del proceso venezolano fueron constitucionalizadas. Así, en su art. 257⁶³⁶ se establecieron lineamientos procedimentales obligatorios para el legislador. Todo procedimiento, judicial o administrativo, que establezca el poder constituido deberá ser “...*breve, oral y público*”.

Aún cuando huelga decir que por conducto de esta norma constitucional todos los procedimientos que creare la Asamblea Nacional deben ser orales, en el texto constitucional se incluyen otras disposiciones referidas a la oralidad del proceso. Observamos que, en la cuestionada exposición de motivos⁶³⁷ de la Constitución, se dispone que: “...*el procedimiento que deberá establecer la ley correspondiente en materia de amparo constitucional, será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad...*”. Esto ya había sido acogido en su art. 27 donde se señala: “*El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad...*”, y fue regulado a través de la llamada “jurisprudencia normativa”⁶³⁸. En cuanto al régimen disciplinario de

⁶³⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinario 5.453 de 24 de marzo de 2000.

⁶³⁶ Art. 257. “*El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, **oral** y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*”. <Énfasis añadido>

⁶³⁷ La misma fue “añadida” luego que el Pueblo eligiera aprobar el texto de la Constitución, e incluso fue incorporada a la misma mediante una reimpresión en la Gaceta Oficial.

⁶³⁸ *Vid.* Sentencia N° 7 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1° de febrero de 2000, dictada en el caso José Amado Mejía Betancourt.

los jueces y magistrados, en el art. 267 se estipula que “*El procedimiento disciplinario será público, oral y breve...*”. Por su parte, en el art. 271 se dispuso que el procedimiento para juzgar los delitos de legitimación de capitales, tráfico de estupefacientes, delincuencia internacional organizada, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos será “*...público, oral y breve...*”. Finalmente, en el cardinal 4 de la Disposición Transitoria Cuarta se previó que “*La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso*”.

De otra parte, en cuanto a la tesis probatoria, dentro del abanico del principio del debido proceso (art. 49, ordinal 1º de ese texto) se recoge el mandato general que “*...serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso*”; y por vía de jurisprudencia constitucional vinculante se ha establecido que al promover las pruebas se debe indicar con precisión su objeto, salvo que se trate de la testimonial y de la de posiciones juradas.

2. La prueba en distintos procesos orales en Venezuela

A) Proceso civil y mercantil ordinario

En el Código de Procedimiento Civil vigente⁶³⁹, se incluyó (arts. 859 a 880) un procedimiento oral ordinario que, conforme a sus proyectistas⁶⁴⁰ era una de las innovaciones del Código. Este procedimiento se incorporó al Código adjetivo civil como un “*...ensayo en determinadas materias y dentro de una determinada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral*”⁶⁴¹. Se redactaron sus normas de tal forma que permitieran al Ejecutivo Nacional modificar la cuantía y la extensión del procedimiento a determinadas materias, para así, ir adecuándolo a las realidades del país. No obstante, tal y como fue planteado por la Comisión redactora, éste procedimiento quedó como un simple ensayo, sin repercutir en lo más mínimo en el foro.

Se tramitarían mediante este procedimiento las siguientes causas, siempre y cuando no excedieran de doscientos cincuenta mil bolívares⁶⁴²: 1º Las que versen sobre derechos de crédito u obligaciones patrimoniales que no tengan un procedimiento especial contencioso previsto en el Código; 2º Los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje y las demandas por accidentes de trabajo; 3º Las demandas de tránsito; y 4º Las demás causas que por disposición de la ley o por convenio de los particulares, deban tramitarse por el procedimiento oral.

⁶³⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinaria 18 de septiembre de 1990.

⁶⁴⁰ *Vid.* Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁴¹ Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 4, “Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil”, Ediciones de la Academia, Caracas, 1986, Pág. 507.

⁶⁴² Hoy, equivalente a 2.999 Unidades Tributarias (Bs137.954 ó US \$ 55,181.6)

Tanto la demanda como la contestación son escritas, pero el debate es oral, estructurado en audiencias. Las cuestiones previas (defensas perentorias y excepciones dilatorias) deben resolverse antes del debate oral. Si el demandado no diere contestación a la demanda oportunamente se le considerará contumaz y quedará confeso, pero podrá promover todas las pruebas de que quiera valerse. Concluido este lapso, se realiza una audiencia preliminar donde las partes deben expresar si convienen en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, y tendrán oportunidad de oponerse a las pruebas de la contraria y además, podrán hacer cualquier observación que contribuya a la fijación de los límites de la controversia. Una vez que sean admitidas las pruebas, se evacuan las inspecciones y experticias que se hayan promovido. Es importante destacar que esta vedado al tribunal comisionar a otro para evacuar testigos o posiciones juradas, fuera de la audiencia o debate oral. Al culminar la evacuación de las inspecciones y experticias, el tribunal debe fijar la oportunidad para celebrar la audiencia o debate oral. Una vez que se de inicio a dicha audiencia, cada parte hará una breve exposición oral de su causa y se recibirán las pruebas de ambas partes comenzando siempre con las del actor. Recibida la prueba de una parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas o las repreguntas a los testigos. Concluido el debate, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de 30 minutos mientras las partes permanecen en la sala de audiencias. Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho. Dentro del plazo de 10 días se extenderá el fallo completo por escrito y se agregará a los autos. En el procedimiento oral las sentencias interlocutorias son inapelables, salvo disposición expresa en contrario. De la sentencia definitiva se oirá apelación en ambos efectos en el plazo ordinario⁶⁴³, el cual comenzará a correr el día siguiente a la consignación en autos del fallo completo. Si el valor de la demanda no excede de veinticinco mil bolívares, la sentencia definitiva no tendrá apelación. En segunda instancia se observan las reglas previstas para el procedimiento ordinario. Debido a la cuantía, este procedimiento no contempla la posibilidad de casación.

B) Experiencia reciente

El 14 de junio de 2006⁶⁴⁴, el Tribunal Supremo de Justicia resolvió aumentar la cuantía de las causas a tramitar mediante el procedimiento oral⁶⁴⁵. Con esta medida se pretendía imponer a rajatabla el procedimiento oral en los procesos sustanciados por los Juzgados de Municipio. Sin embargo, debido a obstáculos de infraestructura, preparación de los operadores de justicia, y sobre todo, por inconformidad del gremio de abogados, este intento fracasó. Así, luego de algunos meses de incertidumbre, el Tribunal Supremo de Justicia aclaró que solo serían tramitadas por este procedimiento aquellas causas que no tuvieran un procedimiento previsto en la ley. La iniciativa fracasó.

⁶⁴³ 5 días en materia civil y 3 en materia mercantil.

⁶⁴⁴ Resolución N° 2006-00038 posteriormente reformada por la Resolución N° 2006-00066 de 18 de octubre de 2006.

⁶⁴⁵ Pasó de Bs250.000,00 (según el actual como monetario equivalente a Bs250,00) a 2.999 UT (Bs137.954 ó US \$ 55,181.6).

C) Proceso penal ordinario

Una vez concluida la fase de investigación, habiéndose admitido la acusación, se dicta el auto de apertura al juicio oral y público decidiendo sobre la pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral. No habrá lugar a la publicidad del juicio si el juez dispone que sea reservado parcial o totalmente (arts. 333 y 334 Código Orgánico Procesal Penal⁶⁴⁶). Sobre este procedimiento deberá dejarse registro preciso, claro y circunstanciado sobre todo lo acontecido, a través del uso de los medios de reproducción, que estará a disposición de las partes para su revisión (art. 334 COPP). Se procura que la audiencia se lleve a cabo en un solo día, salvo excepciones y será oral, tanto en lo relativo a los alegatos de las partes como en la recepción de las pruebas y en general, a toda intervención. Durante el debate las decisiones se dictarán verbalmente y no se admite la presentación de escrito (arts. 335 al 338 COPP). Solo se admiten en el juicio para su lectura las pruebas anticipadas, documental e informes y actas de reconocimiento, registro e inspección y de las pruebas que se ordene practicar en el iter del proceso, fuera de la sala de audiencia, y cuando haya imposibilidad de asistencia de los órganos de prueba al debate, serán examinados por el juez en el lugar donde se hallen (art. 344 COPP).

Después de la declaración del imputado o los imputados, el juez presidente procederá a recibir la prueba en el siguiente orden: expertos, testigos (arts. 353 a 356 COPP).

Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, reproduciéndose los elementos y grabaciones de prueba. Y si para conocer los hechos es necesaria una inspección, el tribunal podrá disponerla. El tribunal podrá ordenar de oficio o a petición de parte, nuevas pruebas si surgen hechos o circunstancias sobrevenidas, pero el tribunal cuidará de no reemplazar con este medio, la actuación de las partes (arts. 358 al 359 COPP). Terminada la recepción de las pruebas, se concede la palabra a los intervinientes para que expongan sus conclusiones (arts. 360 al 362 COPP).

D) Proceso de violencia contra la mujer (Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia)

Presentada la acusación ante el Tribunal en Funciones de Control, Audiencia y Medidas (penal), éste fija una audiencia preliminar para oír a las partes y antes de esa oportunidad las partes pueden ofrecer las pruebas que serán evacuadas en la audiencia del juicio oral. Y si el juez admite la acusación, abre el juicio y remite las actuaciones al tribunal de juicio (art. 104). Al recibir éste las actuaciones determinará la fecha para la celebración de la audiencia oral, que será pública, salvo excepciones, que se desarrollará preferiblemente en un solo día y finalizado el debate se levantará acta de lo acontecido, que se lee a viva voz y se firma por los intervinientes. A continuación se dicta la sentencia por escrito el mismo día, salvo que fuere imposible su redacción, caso en el cual el juez expone los fundamentos de ella y leerá la parte dispositiva (arts. 106 y 107).

⁶⁴⁶ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 38.536 de fecha 4 de octubre del 2006.

Si se apela y la Corte admite el recurso, señala el tiempo para otra audiencia oral, en la cual los jueces pueden interrogar a las partes y resuelven motivadamente con las pruebas que se promuevan, pronunciando el fallo el mismo día, salvo que exista complejidad (art. 112).

E) Proceso de amparo constitucional

Por considerarla sumamente explicativa y referirse a un tema muy controvertido -y es que la ley en materia de amparo constitucional no contempló lapso probatorio- nos permitimos transcribir parcialmente la sentencia (en aplicación de jurisprudencia normativa) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 2 de febrero de 2000, colocando en negrillas lo pertinente:

“La aplicación inmediata del art. 27 de la vigente Constitución, conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del art. 27 ejusdem. Por otra parte, todo proceso jurisdiccional contencioso debe ceñirse al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impone el debido proceso, el cual, como lo señala dicho artículo, se aplicará sin discriminación a todas las actuaciones judiciales, por lo que los elementos que conforman el debido proceso deben estar presentes en el procedimiento de amparo, y por lo tanto las normas procesales contenidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben igualmente adecuarse a las prescripciones del citado artículo 49.

En consecuencia, el agraviante, tiene derecho a que se le oiga a fin de defenderse, lo que involucra que se le notifique efectivamente de la solicitud de amparo; de disponer del tiempo, así sea breve, para preparar su defensa; de la posibilidad, que tienen todas las partes, de contradecir y controlar los medios de prueba ofrecidos por el promovente, y por esto el procedimiento de las acciones de amparo deberá contener los elementos que conforman el debido proceso.

Ante esas realidades que emanan de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 ejusdem (Sic), de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar, de la siguiente forma:

1.- Con relación a los amparos que no se interpongan contra sentencias, tal como lo expresan los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el proceso se iniciará por escrito o en forma oral conforme a lo señalado en dichos artículos; pero el accionante además de los elementos prescritos en el citado artículo 18 deberá también señalar en su solicitud, oral o escrita, las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviére y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos. El principio de libertad de medios regirá estos procedimientos, valorándose las pruebas por la sana crítica, excepto la prueba instrumental que tendrá los valores establecidos en los artículos 1359 y 1360

del Código Civil para los documentos públicos y en el artículo 1363 del mismo Código para los documentos privados auténticos y otros que merezcan autenticidad, entre ellos los documentos públicos administrativos.

Los Tribunales o la Sala Constitucional que conozcan de la solicitud de amparo, por aplicación de los artículos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admitirán o no el amparo, ordenarán que se amplíen los hechos y las pruebas, o se corrijan los defectos u omisiones de la solicitud, para lo cual se señalará un lapso, también preclusivo. Todo ello conforme a los artículos 17 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Admitida la acción, se ordenará la citación del presunto agravante y la notificación del Ministerio Público, para que concurran al tribunal a conocer el día en que se celebrará la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica, dentro de las noventa y seis (96) horas a partir de la última notificación efectuada. Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agravante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y esta o este decidirá si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agravante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agravante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

La falta de comparecencia del presunto agravante a la audiencia oral aquí señalada producirá los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve, ya que conforme al principio general contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en materia de orden público el juez podrá tomar de oficio las providencias que creyere necesarias.

En caso de litis consorcios necesarios activos o pasivos, cualquiera de los litis consortes que concurran a los actos, representará al consorcio.

El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con inmediatez del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa. Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por

protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con intermediación del tribunal. Una vez concluido el debate oral o las pruebas, el juez o el Tribunal en el mismo día estudiará individualmente el expediente o deliberará (en los caso de los Tribunales colegiados) y podrá:

a) Decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del Tribunal colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el Presidente del Tribunal Colegiado decida.

El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32 eiusdem (Sic).

Diferir la audiencia por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas, por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público”.

Sin embargo, debo señalar que no se admiten incidencias probatorias, como la tacha o desconocimiento de instrumentos.

F) Proceso laboral ordinario

La actual Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶⁴⁷ se afianza en la oralidad como piedra angular del proceso. Esta ley sustenta en dicho principio procesal tanto el procedimiento laboral ordinario de primera instancia como los recursos de apelación, casación y de control de la legalidad.

La audiencia preliminar tiene por finalidad lograr que las partes lleguen a un acuerdo a través de cualquier medio alterno de solución de conflictos (art. 133 LOPT) y examinar las pruebas promovidas (art. 73 LOPT). Las partes pueden promover todos los medios probatorios previstos en la ley, e incluso aquellas que no estén expresamente prohibidas por la misma. Sin embargo, se excluyen las posiciones juradas y el juramento decisorio (art. 70 LOPT). Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal (art. 72 LOPT). Sobre la negativa de admisión de alguna prueba podrá apelarse dentro de los 3 días hábiles siguientes, y ésta será oída en un solo efecto (art. 76 LOPT).

Concluida la audiencia preliminar, el demandado deberá dar contestación a la demanda por escrito, dentro de los 5 días hábiles siguientes.

En la audiencia de juicio no se admite la alegación de nuevos hechos (art. 151 LOPT).

⁶⁴⁷ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.

Oídos los alegatos de las partes, se evacuarán las pruebas, comenzando con las del demandante, en la forma y oportunidad que determine el tribunal. En la audiencia o debate oral, no se permitirá a las partes ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trate de alguna prueba existente en los autos, a cuyo tenor deba referirse la exposición oral. En esta oportunidad, las partes presentarán los testigos que hubieren promovido en la audiencia preliminar, los cuales deberán comparecer sin necesidad de notificación alguna, pudiendo ser repreguntados por las partes y por el juez de juicio.

Los expertos están obligados a comparecer a la audiencia de juicio. La no comparecencia injustificada del experto será causal de destitución si el mismo es un funcionario público; si es un perito privado, se entenderá como un desacato a las órdenes del tribunal, y será sancionado con multa de hasta 10 U.T. (art. 154 LOPT). Evacuada la prueba el Juez concederá a la parte contraria un tiempo breve para que haga, oralmente, las observaciones que considere oportunas (art. 155 LOPT). El juez de juicio podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad; también podrá dar por terminados los actos de examen de testigos, cuando lo considere inoficioso o impertinente (art. 156 LOPT). Asimismo, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes (art. 71 LOPT).

La tacha de falsedad de los instrumentos públicos y los privados, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, se puede proponer incidentalmente en la audiencia de juicio (arts. 83 y 84 LOPT). Asimismo, la tacha de testigos solo puede proponerse durante la audiencia de juicio (art. 100 LOPT). En la audiencia de juicio el trabajador y el empleador, se considerarán juramentadas para contestar al juez las preguntas que éste formule y las respuestas de aquellos se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue en relación con la prestación de servicio (art. 103 LOPT). La negativa o evasiva a contestar hará tener como cierto el contenido de la pregunta formulada por el Juez (art. 106 LOPT).

Concluida la evacuación de las pruebas, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de 60 minutos. De regreso a la Sala de Audiencias, el Juez de Juicio pronunciará su sentencia oralmente, expresado el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita.

Si el Juez de Juicio no decide la causa inmediatamente, después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo, para lo cual se fijará nueva oportunidad (art. 158 LOPT). Cuando la complejidad del asunto debatido lo exija, o cuando incidan causas ajenas a la voluntad del juez o de fuerza mayor, el juez podrá diferir, por una sola vez, la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de 5 días hábiles, después de evacuadas las pruebas.

Oída la apelación, al 5° día hábil siguiente al recibo del expediente, el Tribunal Superior fijará, por auto expreso, el día y la hora de la celebración de la audiencia oral, dentro de un lapso no mayor a 15 días hábiles, contados a partir de dicha determinación. Con relación a los expertos, el Tribunal ordenará su comparecencia, previa notificación de los mismos.

En el día y la hora señalados por el tribunal superior para la realización de la audiencia de apelación, se producirá la vista de la causa. Si no compareciere la parte apelante se declarará desistida la apelación y el expediente será remitido al juzgado de sustanciación, mediación y ejecución. Concluido el debate oral, el juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de 60 minutos. Al concluir dicho lapso, el juez deberá pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso, de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los 5 días hábiles siguientes. A los efectos del ejercicio de los recursos a que hubiere lugar, se deberá dejar transcurrir íntegramente dicho lapso.

G) Proceso de protección de niños y adolescentes

En atención a que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia es el tribunal de casación común y por ello, el rector, de los tribunales con competencia en lo laboral y de los juzgados de protección de niños y adolescentes, en la recientemente reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁶⁴⁸, se estableció un procedimiento ordinario muy similar al estatuido para las demandas laborales.

La demanda debe presentarse por escrito y debe estar acompañada de los instrumentos fundamentales.

La audiencia preliminar esta dividida en 2 grandes fases, la mediación y la sustanciación. En la primera, que puede durar un máximo de 1 mes, las partes deben acudir personalmente junto a sus apoderados. Si no comparecen se produce el desistimiento o la confesión ficta, según el caso. Una vez en la fase de mediación de la audiencia preliminar, el juez de mediación y sustanciación exhortará a las partes a la conciliación. Si se logra un acuerdo, finaliza el procedimiento; si no se logra y vence el lapso o si se llegare a un acuerdo parcial, se fija la oportunidad para la fase de sustanciación.

Dentro de los 10 días siguientes a la finalización de la fase de mediación, el actor debe promover sus pruebas y el demandado contestar la demanda y promover sus probanzas. En este procedimiento también se pueden promover todas las pruebas previstas en la ley. Mención aparte merecen las pruebas de declaración de parte, testigos, los informes del equipo multidisciplinario y los indicios por conducta procesal. En las audiencias de juicio, de apelación, ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, y en la ejecución, las partes se consideran juramentadas para contestar al juez las preguntas que éste formule y las respuestas de aquellas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue, en el entendido de que responden directamente al juez. El juez podrá tener como hecho cierto el contenido de la pregunta ante la negativa o evasiva de la parte a contestarla. Se excluye de la declaración de parte aquellas preguntas que persigan una confesión para aplicar sanciones penales, administrativas o disciplinarias. Con respecto a los testigos, pueden ser testigos bajo juramento todas las personas mayores de doce años de edad. Se reconoce por vez primera en un cuerpo normativo nacional, la idoneidad del testigo necesario (los parientes consanguíneos y afines de las partes, las personas que integren una unión estable de hecho, los amigos íntimos y el trabajador doméstico). En este

⁶⁴⁸ Ahora denominada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Extraordinario de 10 de diciembre de 2007

procedimiento no procede la tacha de testigos, pero se apreciarán sus declaraciones de acuerdo con la libre convicción razonada. Excepcionalmente, cuando el juez lo estime imprescindible para comprobar un hecho, puede testificar un niño sin juramento. En estos casos será el juez quien formule las preguntas y repreguntas, para lo cual las partes le informarán, sin la presencia del niño, aquellas que desean formular. En búsqueda de la verdad, el juez puede ordenar que declare como testigo cualquier persona que se encuentre presente en la audiencia, especialmente a los padres, representantes, responsables y parientes de los niños y adolescentes. Acerca de los informes del equipo multidisciplinario, la ley reconoce que se trata de una experticia y le da preeminencia sobre cualquier otra. Finalmente, El juez puede extraer conclusiones con relación a las partes, atendiendo a la conducta que éstas asuman en el proceso, especialmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras conductas de obstrucción. Las conclusiones del juez deben estar debidamente fundamentadas.

Durante la fase de sustanciación de la audiencia preliminar, se lleva a cabo el debate oral sobre aspectos de forma (art. 475 LOPNNA) y se examinan los presupuestos del proceso, la existencia y validez de la relación jurídica procesal controvertida, el quebrantamiento de orden público y las violaciones de garantías constitucionales. Si de este examen se determina que alguno de los aspectos señalados es irregular, se ordena practicar las correcciones a que haya lugar. Al mismo tiempo, se preparan las pruebas. El juez debe revisar con las partes los medios de prueba promovidos en los respectivos escritos, analizando los que hubieren sido consignados, así como aquellos con los que cuenten para ese momento. El juez debe decidir cuáles medios de prueba requieren ser materializados para demostrar sus alegatos, pudiendo verificar la idoneidad cualitativa y (o) cuantitativa de los mismos, a fin de evitar su sobreabundancia y asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia o la necesidad de que sean promovidos otros.

El juez ordenará la preparación de los medios de prueba que requieren materialización previa a la audiencia de juicio, convocando a las partes para los actos que se señalen, solicitando las experticias correspondientes u oficiando a las oficinas públicas o privadas, o a terceros extraños a la causa, la remisión de las informaciones necesarias o datos requeridos. Excepcionalmente, también puede comisionarse a otros tribunales que deban presenciar determinadas actuaciones probatorias de conformidad con su competencia territorial, cuando éstas sean imprescindibles para decidir la controversia. El juez puede ordenar, a petición de parte o de oficio, la preparación o evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad. La fase de sustanciación de la audiencia preliminar puede prolongarse así cuantas veces sea necesario hasta agotar su objeto, pero nunca podrá durar más de 3 meses. Concluida la preparación de las pruebas, se da por finalizada la audiencia preliminar.

Durante la audiencia de juicio las partes exponen oralmente sus alegatos y se evacúan los testigos. Se incorporan los dictámenes periciales, previa lectura, pero los expertos deben comparecer a la audiencia a fin de aclarar cualquier duda que pueda surgir. Asimismo, se leen los resultados de las pruebas de informe y los documentos consignados por las partes; estas pueden hacer sus observaciones sobre las pruebas de la contraparte y manifestar sus conclusiones acerca del

debate oral. Concluido el debate oral, el juez se retira por un máximo de 60 minutos al término de los cuales debe pronunciar la sentencia en forma oral. El texto de la sentencia será publicado dentro de los 5 días siguientes. Si tiene necesidad de diferir su pronunciamiento, deberá celebrarse nuevamente la audiencia de juicio.

Contra esta decisión se puede proponer apelación en forma escrita ante el juzgado de juicio, dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la sentencia. Una vez propuesta el tribunal *a quo* debe oírla al día siguiente de concluido el lapso de apelación y remitirla al superior. Sino la admite cabe intentar recurso de hecho. Al 5° día de recibido el expediente en el superior, éste debe fijar la oportunidad de la audiencia de apelación. Dentro de los 5 días siguientes el recurrente debe formalizar la apelación por escrito; de no hacerlo el recurso perime. A su vez, si se formaliza la apelación, la contraparte debe contestar la apelación dentro de los 5 días siguientes a la formalización. Si no lo hace, luego no puede intervenir en la audiencia de apelación. El día fijado para la práctica de la audiencia de apelación, las partes expondrán oralmente sus argumentos y evacuarán sus pruebas. En esta instancia, no se admiten pruebas distintas de los instrumentos públicos y las posiciones juradas. Los primeros se producirán con la presentación de los escritos de formalización y contestación, si no fueren de los que deban acompañarse antes, y las posiciones juradas se promoverán con la presentación de los escritos de formalización y contestación. El juez superior puede dictar auto para mejor proveer en la misma oportunidad en que fije la audiencia de apelación. Asimismo, podrá acordar la presentación de algún instrumento, la práctica de una inspección judicial o de una experticia, o que se amplíe o aclare la que existiere en autos, y, en general, la evacuación de cualquier prueba que estime indispensable para la decisión del asunto. El juez superior también podrá interrogar a las partes en la audiencia y, de considerarlo necesario, podrá oír la opinión del niño o adolescente. Luego de concluido el debate, el juez se retira por un tiempo máximo de 60 minutos, al término del cual deberá pronunciar su fallo en forma oral y publicar la sentencia escrita dentro de los 5 días siguientes. En atención a la complejidad del asunto, el juez superior también puede diferir la sentencia oral, pero en todo caso deberá anunciar a las partes el día y la hora en que producirá la decisión.

H) El contencioso administrativo funcional

Admitida la querella escrita, el juez de la causa deberá solicitar el expediente administrativo y conminar a la querellada a dar contestación a la misma dentro de los 15 días de despacho siguientes a su citación. Vencido este lapso, haya tenido o no lugar la contestación, el tribunal fijará en uno de los 5 días de despacho siguientes, la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar el juez manifestará a las partes los términos en que ha quedado trabada la litis. Las partes podrán formular cualesquiera consideraciones al respecto, las cuales podrán ser acogidas por el juez. A su vez, éste podrá formular preguntas a las mismas a fin de aclarar situaciones dudosas en cuanto a los extremos de la controversia. En la misma audiencia, el juez deberá llamar a las partes a conciliación. Igualmente, podrá fijar una nueva oportunidad para la continuación de la audiencia preliminar. En ningún caso, la intervención del juez en esta audiencia podrá dar lugar a su inhibición o recusación. De producirse la conciliación, se dará por concluido el proceso. Las partes, dentro de los 5 días de despacho siguientes a la culminación de la audiencia preliminar, sólo si alguna de

las mismas solicita en esa oportunidad la apertura del lapso probatorio, deberán acompañar las que no requieren evacuación y promover aquéllas que la requieran.

La evacuación de las pruebas tendrá lugar dentro de los 10 días de despacho siguientes al vencimiento de lapso de promoción. El juez solamente podrá comisionar para las pruebas que hayan de evacuarse fuera de la sede del tribunal. Vencido el lapso probatorio, el juez fijará uno de los 5 días de despacho siguientes para que tenga lugar la audiencia definitiva. En la misma las partes harán uso del derecho de palabra para defender sus posiciones. Al respecto, el tribunal fijará la duración de cada intervención. Además, podrá interrogar a las partes sobre algún aspecto de la controversia y luego se retirará para estudiar su decisión definitiva, cuyo dispositivo será dictado en la misma audiencia definitiva, salvo que la complejidad del asunto exija que la misma sea dictada dentro de los 5 días de despacho siguientes a dicha audiencia. El juez, dentro de los 10 días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de diferimiento, dictará sentencia escrita sin narrativa.

Contra las decisiones dictadas en primera instancia, podrá interponerse apelación en el término de 5 días de despacho contado a partir de cuando se consigne por escrito la decisión definitiva, para ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo. El procedimiento de segunda instancia es el ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil.

1) Proceso marítimo

El proceso marítimo, según su ley de procedimiento (LPM) “se desarrollará en forma oral, aplicando los principios de la brevedad, concentración, intermediación, gratuidad y publicidad...” (art. 1º).

Antes de promover la demanda, cualquier interesado puede solicitar la evacuación de una inspección judicial, con citación de las personas a quienes se les pretende oponer, salvo cuando existan razones de urgencia, designándoseles un defensor, quien asistirá a la evacuación (art. 16).

Con la demanda y contestación dadas en forma escrita o sus reformas, se deben presentar todas las pruebas documentales y la lista de testigos. Pero, antes de la audiencia oral, se pueden promover testigos, inspecciones, reconocimientos y experticias, si se justifica la urgencia (art. 12).

Después de la contestación, se abre un lapso de 5 días para que cualquiera de las partes solicite al tribunal que ordene a la otra la exhibición de documentos, grabaciones o registros que tenga en su posesión; y el acceso al buque, muelle, dique seco, almacén, construcción marítima o área portuaria, para practicar inspecciones (art.9).

El juez puede ordenar pruebas oficiosamente, pero no puede suplir excepciones y defensas no hechas por las partes (arts. 14 y 15).

Está en vigor el principio de la libertad probatoria y para la valoración de las pruebas rige el sistema de la sana crítica (art. 19) y las diligencias probatorias solicitadas en juicio, se pueden efectuar extrajudicialmente, pero con asistencia de los representantes de las partes (art. 20).

En segunda instancia se pueden promover las pruebas de posiciones juradas, juramento decisorio e instrumentos públicos y el juez tiene el poder de instruir las que considere pertinentes.

3. Diversos proceso escritos

A) Proceso civil y mercantil ordinario

a) Generales

En nuestro ordenamiento procesal civil y mercantil priva el tema de la escritura, con excepciones orales documentadas (como el interrogatorio de testigos, juramento decisorio y la confesión provocada) y el *onus probandi* incumbe a ambas partes, por un lado, sobre la pretensión que se reclama, el actor es a quien le corresponde probar sus alegatos convertidos en hechos contradictorios, y por otro lado, las excepciones son privativas del sujeto pasivo de la pretensión que se deduzca.

En efecto, del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil se puede apreciar lo antes dicho, al expresar: *“Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación”*; situación equivalente a la del artículo 1.354 del Código Civil (CC), que expresa: *“Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”*.

Ahora bien, el desarrollo probatorio en primera instancia consiste (salvo que el punto sea de mero derecho, haya habido convenio o solamente se deba decidir con la prueba instrumental y cuando las partes estén de acuerdo en evacuar alguna prueba fuera del tiempo legal para ello, en cuyos casos no se abre dicho lapso (art. 388 CPC)), en lo siguiente: los documentos fundamentales se deben acompañar a la demanda (arts. 340 y 434 CPC); las posiciones juradas se pueden evacuar desde la contestación hasta los informes y en un lapso de promoción de pruebas de 15 días hábiles que se abre al contestar la demanda, seguido de otro de oposición a las mismas por la contraparte de 3 días hábiles, otro semejante para el juez admitir y 30 días hábiles para evacuarlas (art. 392 CPC). En la última reforma realizada al CPC se introdujo el sistema libre o libertad de la prueba. Al respecto, el art. 395 eiusdem dice: *“Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determine el Código Civil, el presente código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez”*. Además de los instrumentos legales que ofrece la norma adjetiva bajo comentario, cabe resaltar el permiso que confiere esta misma disposición a las partes para aportar medios de prueba diferentes a los previstos en las leyes mencionadas, pero que no estén expresamente prohibidos por ellas.

Gracias a la dirección formal del juez (art. 14 del Código de Procedimiento Civil), éste, de manera oficiosa tiene participación en el ámbito probatorio, sin embargo, debe apartarse la idea de que el juez supla a las partes en su deficiencia probatoria; el juez, frente a una situación como ésta no llena las lagunas provocadas por las partes, sólo ejerce su poder porque el permiso que da la ley para que el juez pruebe, lamentablemente es aplicable sólo en ciertas etapas del

juicio. La prueba es la pieza más importante dentro de la circulación procesal, así tenemos que mediante ella el actor puede hacer prosperar cualquier petición; o su no presentación por el demandado, en un juicio en el cual no compareció durante el lapso legal para contestar la demanda puede acarrearle confesión ficta, si se comprueban los extremos de que el demandado nada probare y la pretensión no fuere contraria a derecho. Por tales razones el juez en uno u otro caso, así como en cualquier otro, debe cumplir con lo dispuesto en el art. 509 *ibidem* que establece: “*Los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto de ellas*”; lo que explica el deber de motivar la inadmisibilidad de las pruebas, cuando fueren impertinentes o ilegales, y el respeto al derecho de la defensa, cuya carencia podría acarrear la nulidad de la sentencia por vicio del silencio de prueba. Esta norma tiene estrecha relación con el principio dispositivo consagrado en el art. 12 *eiusdem* al prever que el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos (art. 243, ordinal 4, CPC), es decir, en el expediente. Esta perspectiva nos enseña la intervención del juez en la fase cognoscitiva del proceso, que podrá ser revisada por el Tribunal Superior y por vía de excepción, al sentenciar el recurso de casación.

Esto es así, ya que aún imponiéndose en el penúltimo art. citado que los jueces no podrán sacar elementos de convicción fuera de los insertados en autos, ni suplir defensas ni argumentos de hecho no alegados ni probados, esta disposición se ve atenuada en virtud de lo ordenado en el art. 11 de la ley adjetiva civil que se refiere a la actuación oficiosa del juez cuando la ley lo autorice, o en pro del orden público, dándosele entrada a las potestades inquisitorias que alcanzan la materia probatoria, llevándonos a concluir, que no hay un sistema dispositivo puro o inquisitivo en lo absoluto.

Ahora bien, tenemos que el CPC consagra en su artículo 401:

“Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro.

2° Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario.

3° La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier otro acto procesal de las partes.

4° Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

5° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes”.

Igualmente el poder inquisitivo se observa en la experticia; según el art. 451 eiusdem podemos apreciar que “la experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho, cuando lo determine el tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte...”.

Sucede lo mismo con las reproducciones y reconstrucciones de los hechos, así, el art. 502 del Código establece que:

“El juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos”; y el art. 503 de esa norma adjetiva dispone: “Para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez deberá asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto”.

Según el art. 504 eiusdem: “En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriólogos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto, de reconocida aptitud, nombrado por el tribunal”.

Por otro lado, el art. 514 ibidem consagra la facultad del juez de dictar auto para mejor proveer, el cual tendrá lugar luego de presentados los informes dentro de un lapso perentorio de quince días, actividad que podrá hacer el Tribunal “si lo juzgare procedente”.

Finalmente, creemos que la confrontación entre un sistema dispositivo y la actuación de oficio, culmina donde comienza la aplicación de la dirección formal del proceso, que exige a su destinatario, el juez, velar por el respeto de las garantías mínimas que debe seguir todo proceso, adoptar posturas inmediatas ante posibles contradicciones innecesarias o peligrosas para la seguridad y estabilidad de los juicios y en definitiva, para mantener la paz social, luego de marcada la verdad procesal, concepto éste que se ha venido modificando para llegar a la verdad natural, para la cual se llega una vez estudiada la verdad histórica. Este paso reside en las potestades oficiosas del juzgador en aras de una justicia más flexible. Sostenemos que el juez, dadas las circunstancias concretas del caso bajo su custodia, debe actuar, dado que el principio de la tutela judicial efectiva se lo impone, en el campo probatorio, pero tal actuación no debe confundirse nunca con un sistema inquisitorio porque se estaría errando el concepto del sistema dispositivo, al cual le agregan muchas características que vienen a constituir un lindero de actuaciones que reducen la actividad del juez.

En segunda instancia sólo se pueden promover instrumentos públicos, juramento decisorio y posiciones juradas y el juez está facultado para dictar un auto para mejor proveer (arts. 520 y 514 CPC).

b) La prueba en el ámbito mercantil.

El Derecho mercantil, tiene un procedimiento afín con el Derecho procesal civil, pero además, remite a éste para el trámite de los asuntos que el Código de Comercio no logra cubrir. En virtud de ello, el mismo Código establece dos normas que remiten al Código de Procedimiento Civil, una en general y otra en concreto. La primera advertencia se encuentra prevista en el art. 1.119, que dispone: “*En todo lo demás en que no hubiere disposición especial en el presente título, se observarán las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil*”, y la segunda previsión está consagrada en el art. 1.111, que establece: “*En la promoción, objeciones o contradicciones, admisión y evacuación de las pruebas, se observarán las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil*”. No obstante, el Código de Comercio prevé casos específicos referentes a ciertos medios de prueba al establecer que el Juez, en caso que uno de los litigantes ofrezca estar y pasar por lo que constare de los libros de su contenedor, pero éste se negare a exhibirlos sin causa justificada según el Tribunal, podrá deferir el juramento a la otra parte; puede *ex officio* hacer un llamado a comparecer a las partes para ser interrogadas en cualquier estado de la causa, estando facultado para comisionar a otro Juez en caso de que éstas gocen de algún impedimento que considerase legítimo; igualmente puede llamar a testigos, ordenar la presentación de libros o documentos y cualquiera otra diligencia probatoria para el mayor esclarecimiento de los hechos. También aparece la figura de los expertos, que pueden ser nombrados por el Tribunal, si las partes no lo hicieren, y sus informes no serán vinculantes para el juez, si su convicción supera el escrito de los peritos. Con respecto al examen general de los libros de comercio, el Código de Comercio dispone que se permitirá esta revisión de oficio o a instancia de parte sólo en casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebra o atraso. También el Código señala que se observarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para acordar autos de mejor proveer y por último, hay expresa disposición relacionada con la absolución de posiciones, la cual reza así: “*Están obligados a absolver posiciones, en los juicios mercantiles, aunque su mandato no les confiera facultades para ello, los factores y los representantes legítimos de las compañías, sobre hechos de que tengan conocimiento personal*” (art. 1.115). Aunque el Código de Comercio haga referencia especial a los medios enunciados anteriores, en vista de la norma de reenvío hacia el Código de Procedimiento Civil, obviamente en materia comercial bien puede promoverse cualquier otro tipo de medios en virtud del sistema libre de la prueba. En el ámbito mercantil generalmente la prueba documental y la inspección judicial sobre libros se utiliza con frecuencia, ya que se llevan al proceso actas de asambleas de sociedades que reflejan alguna decisión no desempeñada en la práctica, documentos que apoyen o no el atraso, la quiebra fraudulenta, póstuma, etc., la exhibición de documentos y la fotografía para verificar cualquier siniestro. Por otro lado, la ley omite la posibilidad de realizar el procedimiento de retardo perjudicial, el cual consideramos importante para cubrir precisamente algunos tipos de siniestros que con el tiempo no puedan dejar indicio de haberse cometido y puedan servir para un futuro juicio contra la aseguradora.

B) Pruebas escritas anticipadas

En Venezuela existe el proceso denominado retardo perjudicial de naturaleza contenciosa y bajo la óptica de la escritura, cuando exista temor

fundado que desaparezca alguna prueba del promovente (art. 813 CPC). Y existen también las justificaciones para perpetua memoria y la prueba la inspección judicial *extralitem* (arts. 1.429 del CC y 936 y 938 CPC, que también pueden ser sometidas al funcionario notarial.

4. El sistema “Juris 2000”

El Juris 2000 es una plataforma tecnológica que permite agilizar trámites judiciales. Mediante este sistema se pretende reducir la tardanza procesal. Simultáneamente, el Juris 2000 optimiza el procesamiento de casos y produce estadísticas sobre el desempeño de los tribunales. A su vez, proporciona reportes de seguimiento procesal de causas en trámite.

El Juris 2000 se desarrolló e implementó en el marco del convenio 3514-VE, suscrito entre Venezuela y el Banco Mundial en 1993, y que dio lugar al “Proyecto de Infraestructura de Apoyo al Poder Judicial”, el cual perseguía la modernización de los tribunales del país. Luego de la implantación del Modelo Organizacional y Sistema Juris 2000 en diversas sedes judiciales piloto del país, se evaluó su impacto en cuanto al servicio de prestación de justicia, y como arrojó resultados beneficiosos para el sistema judicial, el Poder Judicial venezolano consideró conveniente continuar con la implantación de los mismos en las demás sedes, a pesar que había concluido el convenio con el Banco Mundial.

El Juris 2000 es un sistema informático que sí mejora la obtención de estadísticas y permite la consulta de las sentencias de los tribunales del país, pero lamentablemente perjudica la inmediatez.

5. Conclusiones

Una vocación prolongada de los amantes del derecho procesal ha sido la de encolar todas las vertientes de nuestra rama de estudio, para observar y delimitar, salvando las distancias, desde esas diversas perspectivas disciplinarias, ese único objeto que es cumplir la función jurisdiccional, haciendo justicia, a través de actos procesales que integran las instancias resolutorias de los conflictos de relieve jurídico.

Se pudiera decir que el riel propuesto y ya en vigencia en determinados procesos está encaminado a precisar una cultura jurisdiccional, definida por el paradigma de la unificación de los procesos y la redención de la oralidad, que tenga una propia identidad democrática. Si bien es cierto que la Constitución de 1999 dio al fin una atención preferente a los principios de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, de universal vigencia para todo *iter* procesal, acogiendo la regla de la oralidad, tendentes todos a dar una respuesta más eficaz, justa y útil a los justiciables en sus pleitos, a través del establecimiento de un nuevo marco procesal de carácter general, los actores principales de nuestras disciplinas no han colmado aquella necesidad y han marchado ajenos a una visión unida, solapados bajo el manto de las diferentes cuestiones judiciales que se dirimen y auxiliados, adicionalmente, por el parcheo legislativo, se han colocado a grandes distancias, anidando una cultura impar como propia de su competencia.

Esta es una experiencia que debe salir de su larga noche si queremos una transformación radical de las distintas modelaciones procesales.

URUGUAY
LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

LUIS MARÍA SIMÓN

Juez y Profesor de Derecho Procesal. Universidad de la República.
Uruguay

I. INTRODUCCIÓN

La función probatoria, en tanto conjunto de actividades desarrolladas por las partes y el Juez con la finalidad de instruirse acerca de las cuestiones debatidas en un determinado proceso e intentar que el decisor alcance convicción que le permita dictar sentencia sobre esas cuestiones, es en esencia la misma en los procesos que siguen la forma escrita que en los procesos orales o por audiencias.

En efecto, si se entiende por prueba judicial “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”⁶⁴⁹ lo fundamental de esa actividad se realiza de modo similar entre los procesos escritos y los orales, pues las diferencias existentes serán de grado y no de esencia.

Así por ejemplo, sin duda será diferente que el testimonio sea recogido por un auxiliar del Juez que por éste directamente, que se lea un informe pericial o que se lo escuche, que el tribunal disponga de iniciativa probatoria o que no se le asigne, pero a pesar de las distintas modalidades de producción, el medio probatorio (testimonio, pericia) será el mismo en ambas especies de procesos, los temas de objeto de la prueba se plantearán de manera análoga en los dos tipos, la tarea de valoración será cumplida siguiendo el mismo régimen, el destinatario último de la prueba será el decisor, etcétera.

No obstante lo expuesto, resulta de interés determinar en qué aspectos pueden suscitarse diferencias en materia de prueba, según que el proceso adopte la forma escrita, la oral o la mixta propia de los procesos por audiencias (etapa de proposición escrita y resto del conocimiento en principio en audiencia, particularmente para la recepción de pruebas).

Por consiguiente, se abordarán a continuación los temas más usuales relativos a la prueba, a fin de precisar si pueden formularse distinciones según la forma de los procesos, sin perjuicio de la unidad básica de la noción y de su independencia con respecto a dicha forma.

II. SUJETOS DE LA PRUEBA

Como en el proceso, los sujetos principales de la actividad probatoria son las partes y el Juez, sin perjuicio de la participación de terceros como los testigos, peritos, etcétera.

⁶⁴⁹ DEVIS ECHANDIA, H. “Teoría general de la prueba judicial”, Buenos Aires, 1988, p. 15

En materia de sujetos, dos diferencias saltan a la vista entre los procesos escritos y los llevados a cabo por audiencias.

La primera de ellas, refiere a la incidencia del principio de inmediación, que busca el contacto directo de los sujetos del proceso entre sí y con el material probatorio. La segunda diferencia dice relación con la iniciativa probatoria del tribunal.

En punto a la inmediación, es el principio procesal cuya concreción se ve favorecida por excelencia en los procesos orales o por audiencias, y recibe nula o escasa aplicación en los escritos.

Como este principio busca la interacción de las partes y el juez para que en método dialogado y en reunión cumplan los actos procesales, especialmente los probatorios, sin duda encuentra en la audiencia el instrumento apto para su realización.

El éxito de un proceso por audiencias radica precisamente en el modo en que garantiza la inmediación, asegurando su vigencia a través de cargas impuestas a los litigantes (v. g. de comparecer a audiencia) y deberes al tribunal (de presidirlas sin delegarlas) pues permite el intercambio fluido entre los sujetos principales: en las tentativas conciliatorias, en la labor de saneamiento o depuración de la litis, en la delimitación de los objetos del proceso (“qué debe decidirse”) y de la prueba (qué ha de probarse para poder resolver) en la programación de la recepción de los medios probatorios y en la efectiva incorporación de los mismos con la presencia, contralor y verdadera participación de esos sujetos.

La inmediación asegura al Juez el conocimiento directo del objeto litigioso, le permite captar no solamente el contenido de las declaraciones de partes, testigos o pericias, sino la forma en que son vertidas, las vacilaciones, dudas, pausas, matices, etcétera, de un modo absolutamente inviable en los procesos escritos, donde generalmente son recogidas por un auxiliar, quien a su vez registra lo declarado que luego ha de ser interpretado por el juez al momento de decidir.

Sin duda, para la instrucción y valoración de la prueba, no es lo mismo su recepción directa por el juez, que la lectura posterior, mediatizada por múltiples interpretaciones y sujetos que se interponen entre el material probatorio y el tribunal a cuya convicción va destinado.

Como se indica en la exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica “la audiencia se concreta a través de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes) la forma natural de realizarse ésta, conforme a su propia manera de ser: ‘actum triarum personae’. Lo cual supone realizar los actos en forma conjunta; los diversos tramos del proceso, concentrando su actuación. Esta actuación, relativamente contemporánea, por la reunión de quienes protagonizan el proceso, permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente, con las narraciones, muchas veces complementarias (y a través de pedidos de aclaraciones) aún con las ineludibles contradicciones. Ese proceso oral

es el de hablar y de oír (audire-audiencia) que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento”:⁶⁵⁰

No requiere mayores desarrollos concluir que la recolección de prueba realizada en régimen de inmediación, es el mejor modo para cumplir la tarea, pues permite al Juez, desde el comienzo mismo de la fase de producción, ir captando la utilidad posible de un determinado medio probatorio y preparando la valoración de su eficacia o ineficacia convictiva, que plasmará oportunamente en la sentencia, con un conocimiento directo y más profundo del material que las partes le han acercado o que él ha procurado obtener mediante su iniciativa probatoria, tornando más fácil su labor y brindando a los litigantes verdadera garantía de conocimiento de los medios que han aportado en el ejercicio de su derecho a probar.

Y en los procesos por audiencias, la idea de inmediación viene complementada, de regla, con un aumento de los poderes y facultades del juez en materia probatoria.

Así, se le faculta a realizar control inmediato de la admisibilidad de los medios probatorios (compatibilidad con el orden jurídico) desde el momento mismo de su ofrecimiento y también llegada la oportunidad de disponer o no su incorporación al proceso. También se le posibilita rechazar el diligenciamiento de aquellos medios que resulten manifiesta o inequívocamente inconducentes (inidóneos para probar lo que se intenta probar, según la normativa) o impertinentes (ajenos al objeto o tema de prueba) o innecesarios (por ejemplo, por referir a hechos no controvertidos).

De esa manera, se favorece la economía procesal (de esfuerzos, tiempo y costo) y se evita el dispendio propio de la producción de prueba en los procesos escritos, en que el desconocimiento por el tribunal de los actos de proposición y del objeto de prueba, así como la delegación en el proveído durante el trámite de la litis y las actitudes dilatorias de los litigantes negligentes o de mala fe, llevan en múltiples ocasiones a la producción de prueba innecesaria e inútil.

En el rediseño del rol del juez en materia de prueba, se tiende también a asegurar su iniciativa probatoria, para que, sin dejar su esencial imparcialidad ni su tarea de director del proceso, participe más activamente de él y complemente la labor de las partes en la búsqueda de los medios de prueba que puedan ilustrar sobre el objeto litigioso, para así intentar obtener una mejor realización de los fines privados y públicos de todo proceso.

Esto no convierte al proceso civil en inquisitivo, ni aún en aquellos casos excepcionales en que para ciertos procesos se asignan al juez poderes de instrucción intensos, similares a los del juez penal en el sumario clásico, porque su iniciativa se ejerce sobre el material fáctico que solamente las partes pueden delimitar a través de sus actos de proposición, con fundamento en los hechos controvertidos por los litigantes, sin sustituir a éstos ni derogarse las reglas de

⁶⁵⁰ INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL – SECRETARÍA GENERAL: *“El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”*, Montevideo, 1988, pp. 38/39.

carga de la prueba, ni desconocerse el principio de congruencia o demás derivados del dispositivo.⁶⁵¹

Se señala por el procesalismo moderno que el sistema mixto, que combina elementos dispositivos e inquisitivos es el más preponderante pues "... a justo título insiste sobre el hecho de que la búsqueda de la verdad es una obra común para la cual deben colaborar el juez y las partes"⁶⁵² y se concluye en postular, como pauta deseable en la estructuración de procesos, la máxima de la cooperación.⁶⁵³

Se trata, simplemente, de dotar al Juez de poderes económicos de contralor de admisibilidad, conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba, más fácilmente ejercitables en un proceso sin delegación como el que se realiza por audiencias; y de potestades de dirección e instrucción que no reflejan la instauración de un régimen autoritario, sino que se mantiene la plena vigencia de las garantías esenciales de los litigantes, mitigándose las desfavorables consecuencias de los regímenes procesales escritos, excesivamente liberales e individualistas, propios del siglo XIX, a través de la cooperación y colaboración de los sujetos principales del proceso, para la consecución de los fines públicos de éste y la búsqueda de efectividad de los derechos sustanciales.

Por eso es que, en cuanto a las partes, su iniciativa probatoria, integrante de la garantía de defensa y de su derecho al proceso, al acceso a la Justicia, se conserva incólume e idéntica en los procesos orales como en los escritos; y se mantiene también un sistema de carga de la prueba, destinado a proveer al Juez de reglas de juicio para la eventualidad de ausencia o insuficiencia de la prueba, ante la común prohibición de fallar non liquet.

Sí se encausa esa iniciativa probatoria de las partes bajo la égida del deber general de actuar de buena fe y de colaborar eficazmente en la actividad procesal, particularmente la probatoria (que se comentará ulteriormente) que en forma usual reglamentan las legislaciones procesales civiles modernas.

III. OBJETO DE PRUEBA

Tanto en los procesos escritos como en los orales o por audiencias, el objeto o tema de prueba se diseña en base a las proposiciones de los litigantes, contenidas en la demanda, contestación u otros actos del proceso en que la legislación les habilite la introducción de hechos y el consecuente ofrecimiento de medios probatorios para acreditarlos.

Conocida es la regla de la necesidad de la prueba, restringida a los hechos controvertidos, salvo en supuestos de objeto indisponible del proceso; aunada a la carga de las partes de aportar los medios de que intenten valerse en la litis.

⁶⁵¹ Cf. y más ampliamente, SIMÓN, L. M. *"El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias"*, XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Montevideo, 2002, pp. 230/231.

⁶⁵² STORME, M. y COESTER-WALTJEN, D. *"El activismo del Juez"*, Relato general para el IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Coimbra, 1991, p. 439.

⁶⁵³ STORME, M. y COESTER-WALTJEN, D. *"El activismo ..."* cit., p. 486.

Este tema, en esencia, se plantea en términos idénticos, cualquiera sea la forma que adopte el proceso.

Pero en los procesos por audiencias, tiende a facilitarse la determinación de cuál es el objeto del proceso (cuáles son las cuestiones a resolver) y cual el objeto de prueba (qué hechos han de ser probados) mediante la imposición a las partes de la carga de la alegación precisa y circunstanciada de los hechos que interesen a la litis, y al demandado, de la de pronunciarse categóricamente sobre las alegaciones fácticas del actor, so pena de considerarlas admitidas, y por tanto, exentas de prueba en procesos de objeto disponible.

A su vez, los sistemas que reglamentan audiencias preliminares sobre el modelo austriaco recogido en el anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica, en el Código General del Proceso de Uruguay u otros de la región, y múltiples proyectos, incluyen como actividad a cumplir en dicha audiencia la delimitación del objeto de prueba, con la finalidad de que se reseñe gráfica, concisa y claramente el elenco de hechos a probar, de manera que recoja las alegaciones y controversias de las partes y permita organizar la tarea de incorporar la prueba necesaria, tanto a iniciativa de los litigantes como del Tribunal.

La delimitación del objeto o tema de prueba resulta así un antecedente lógico-jurídico necesario para la adopción de decisiones sobre el diligenciamiento o no de los medios de prueba ofrecidos por las partes o teóricamente manejados como de posible introducción por el juez; y se erige en norte de toda la labor de producción de la prueba, que quedará circumscripita a esa delimitación.

La utilidad de esa delimitación durante el curso de la litis, propia de los procesos por audiencias e inexistente en los procesos escritos, en los que generalmente se cumple recién al momento de dictarse sentencia, radica en la mayor eficiencia con que se cumple la función de instrucción, evitándose diligenciar medios probatorios ajenos al objeto litigioso o innecesarios, y concentrando los esfuerzos de las partes y del tribunal en la incorporación de todo aquello que resulte útil para la ilustración de los hechos relevantes para la decisión.

IV. CARGA DE LA PRUEBA

El régimen de carga de la prueba no tiene por qué variar en función de la forma escrita u oral del proceso, pero en los sistemas por audiencias, generalmente se adosa al mismo la iniciativa probatoria del tribunal, según se comentó precedentemente, sin que ello signifique abandonar aquél régimen, siempre necesario, porque en última instancia, así como solo las partes conocen los hechos, son ellas quienes en mejor posición se encuentran para aportar los medios probatorios tendentes a acreditarlos.

Por esa razón, la iniciativa probatoria del tribunal en nada obsta a la aplicabilidad de un régimen de carga de la prueba en cabeza de los litigantes, ni a la apreciación, conforme co las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba, resolubles mediante aquél régimen.

Modernamente se incluyen además soluciones inspiradas en la regla moral en el proceso y en los principios de lealtad y buen fe, como el deber de las partes y terceros de colaborar para la producción de los medios probatorios (generalmente sancionado con consecuencias desfavorables para quien lo incumple) y la pauta de valoración de la conducta endoprosesal de las partes,

indicativa de la asignación de valor probatorio, y por ende, convictivo, a las emergencias de su comportamiento en juicio

Además, incide en el tema la eventual aplicabilidad del conocido sistema de las cargas probatorias dinámicas en los procesos por audiencias, que se comentará infra⁶⁵⁴

V. MEDIOS PROBATORIOS

Aunque los procesos escritos existentes en Iberoamérica desde el siglo XIX tendían a consagrar un elenco limitado de medios probatorios, las legislaciones fueron modernizándose y adoptando una óptica de amplia admisibilidad sobre el tema, regulando en detalle los medios “previstos” pero también la forma de producción y valoración de los medios no previstos.

Por consiguiente, las legislaciones más actualizadas no restringen los medios probatorios a ser utilizados, y ello ocurre tanto en los procesos escritos como en los orales o por audiencias.

Donde puede aparecer cierta diferenciación entre unos y otros, no es entonces en la consagración de medios, sino la apertura hacia su admisión, cualesquiera sean, mientras no colidan con el orden público nacional; en la reglamentación de aquellos más novedosos (como los disquetes, microfilmes, etc.); y también en el empleo de mecanismos tecnológicamente más avanzados para la incorporación (v.g. videoconferencias).

Naturalmente, ciertos medios de prueba, por su naturaleza, son más fáciles de producir y valorar en ciertos procesos que en otros, como los documentos en los procesos escritos, y los medios personales en los orales; pero en definitiva, no hay en la temática diferencias esenciales según la forma del proceso, salvo quizá que el régimen de audiencias, al garantizar la inmediación en su incorporación, permite una más acabada apreciación de cada medio en su individualidad y en conjunto con los restantes, obteniéndose así, tal vez, mayor fruto de su agregación, lo que resulta visible, por ejemplo, en las declaraciones de partes, de testigos y de peritos.

Asimismo, los regímenes basados en audiencias posibilitan más cómodamente el empleo de ciertos medios, como los careos entre testigos o entre éstos y las partes; o permiten abandonar formas casi obsoletas, como la absolución de posiciones, por modalidades más acordes a nuestra época, como el interrogatorio libre de los litigantes por el juez o recíprocamente por ellos mismos.

Por otra parte, la vigencia del principio de inmediación se mantiene en la recolección de medios directos, como la reconstrucción, la inspección de lugares o cosas, el reconocimiento de personas, que se llevan a cabo tanto en la Oficina del Tribunal como fuera de ésta, pero en régimen de audiencia y de modo indelegable por el Juez. Sin duda, esto torna más provechoso utilizar estos medios que la delegación propia de los procesos escritos, porque no tiene comparación, desde el punto de vista de la ilustración del juez, la lectura de la descripción de un rostro desfigurado o de determinado lugar, que la visualización directa de los mismos por el destinatario de la prueba; ni es lo mismo examinar un acta de

⁶⁵⁴ Capítulo VI

reconstrucción que presenciar la teatralización y combinación de distintos medios probatorios que la caracteriza.

Todos estos medios, aún siendo los mismos que pueden emplearse en un proceso escrito, gozan de más fácil producción y de mejores posibilidades de ilustración convictiva en los procesos por audiencias.

Finalmente, en el proceso por Audiencias, desde el momento en que la prueba se diligencia en la forma más concentrada posible y en régimen de inmediación, la función de la llamada prueba por indicios o circunstancial adquiere una relevancia y eficacia mayor que en el proceso enteramente escrito y con dispersión de la función instructoria.

Esto obedece a que la percepción inmediata por el Juzgador de los medios diligenciados y su intelección concomitante, conducen a que muchos de ellos puedan ser valorados no solo como tendentes a probar en forma directa un hecho relevante, sino también como habilitantes de la incorporación al proceso de determinados hechos que tengan el carácter que la doctrina ha llamado circunstancial, que permitan llegar a conclusiones de certeza, a través de un razonamiento basado fundamentalmente en las máximas de experiencia.

De allí que la llamada “prueba indiciaria” desaparezca como medio probatorio especialmente previsto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, pues en realidad, y como consecuencia de la especial forma en que se diligencia la prueba, se trata de un método de razonamiento probatorio. Esto es, la “prueba indiciaria” se traslada del ámbito de los medios, al de la valoración, a través de la consagración del criterio de las “máximas de experiencia”. Ello va enrabado a la preferencia de la “sana crítica” por sobre la “prueba tasada”, pues la inmediación procesal inherente a la actividad en audiencia, con la consecuente percepción directa y conjunta de todos los medios probatorios, determinan que el primer criterio pueda ser fácilmente justificado al momento de fundar la valoración; y en tal fundamentación, el razonamiento indiciario ocupa un lugar prevalente, pues generalmente rodea, como circunstancia de gran peso valorativo, la apreciación de cada medio diligenciado por separado, pero, sobre todo, funciona como un eficaz “trait d’union” entre los distintos medios y posibilita evaluar su coherencia y univocidad.

VI. VALORACION DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba, en tanto tarea de determinar la eficacia o ineficacia convictiva, no depende en realidad de la forma escrita u oral del proceso en que se realiza.

Sin embargo, la experiencia evidencia que en general los regímenes de procesos escritos continúan apegados al antiguo sistema de prueba legal o tasada, en que la ley predetermina el valor a asignar a determinados medios probatorios (como los documentos, por ejemplo) mientras los regímenes de procesos por audiencias tienden a consagrar el sistema de la sana crítica o apreciación racional por el tribunal, determinándose por éste, en cada caso, qué prueba o no determinado medio o el conjunto de las probanzas reunidas. Esto puede suceder en forma exclusiva o predominante, con coexistencia de más de un sistema.

Sucede que la incidencia de los principios de concentración e inmediación propios de los procesos por audiencias, permite una mejor individualización de cada medio probatorio y a la vez, de su inserción en el conjunto, posibilitando una

más fácil apreciación global de la prueba reunida por el Juez directamente, que no se halla dispersa y cuya incorporación ha vivido el decisor.

La tarea de valoración tiende a producirse de modo gradual en los procesos por audiencias, porque desde la selección de los medios, hasta que se ordena su diligenciamiento y se comienza su producción, existe participación directa del tribunal, quien ya va conociendo los medios probatorios y se imbuje de los mismos durante la fase de incorporación, de modo que cuando llega el momento final de valoración en la sentencia, ya cuenta con ilustración que fue recabando en etapas procesales anteriores.

En los procesos escritos, la desconcentración y delegación imperantes, provocan que normalmente el decisor recién tome contacto con los medios probatorios al momento de estudiar el asunto para dictar sentencia, situación notoriamente diferente, y más pobre en punto a la ilustración, que el conocimiento gradual que va posibilitando el proceso por audiencias, en que la prueba se recoge en forma inmediata e indelegable, y por tanto, ya va siendo aprehendida por el juez, quien, al llegar al momento de resolver, solamente ha de recrear en su memoria los medios incorporados y volver a examinarlos de modo individual y conjunto, pero trabajando con material ya conocido, agregado con su activa participación.

A su vez, cabe recordar que la tarea valorativa se ve auxiliada, en los procesos por audiencias, por su desarrollo en distintos momentos, ya que el control de admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad resultan posibles en fases anteriores a la sentencia, cuando en audiencia o preparando la misma, se decide sobre los medios a incorporar en un proceso concreto, examinando tanto los ofrecidos por las partes como los introducidos de oficio por el juez.

Esa primera parte de la función de valoración, aun cuando no refiera a la asignación de grado de convicción, se cumple en reunión con los demás litigantes y en parte antes de la sentencia, contribuyendo a la ilustración gradual y progresiva a que se ha hecho referencia.

Su adelanto también puede tener lugar en procesos escritos, pero no es frecuente que se reglamente un momento concreto para realizarlo, o que pueda efectuárselo con el conocimiento de los actos de proposición que viabiliza el proceso por audiencias a través de la indelegabilidad de la función jurisdiccional. De manera que aún si en el proceso escrito se prevé una oportunidad para controlar admisibilidad, conducencia, pertinencia, etc., no es común que ese control se realice por el juez directamente, ni que se base en adecuado conocimiento de los actos de proposición, ni que contemple la posibilidad de anticipar económicamente qué medios probatorios habrán de producirse de oficio; posibilidades todas que sí facilita un proceso por audiencias, que contribuyen a una actividad más económicamente productiva.

Es que en los procesos por audiencias, resulta más perceptible el devenir secuencial de la actividad probatoria, a través de los distintos momentos o fases que van conformando la incorporación gradual de las probanzas: proposición, admisión o rechazo, ordenación, diligenciamiento o producción o asunción, valoración.

Si bien la proposición normalmente no tiene lugar en audiencia, sino que se reserva para actos escritos de las partes, sí ocurre en audiencia cuando proviene

del Juez, por lo general; así como las restantes fases de la actividad, en el método dialogado y en reunión que caracteriza a las audiencias, con adecuado control de partes, combinando los derechos de éstas con los poderes de dirección asignados al tribunal.

Y sin duda contribuye a una mejor valoración, la circunstancia de que ella se produzca en forma gradual, al igual que las restantes tareas comprendidas en la actividad probatoria.

Por último, cabe destacar, en cuanto a los sistemas de valoración de la prueba, que si bien el relativo a las cargas probatorias dinámicas, afincado en los principios de buena fe, disponibilidad de los medios probatorios, comunidad de la prueba y en el deber de colaboración, no es exclusivo de los procesos por audiencias, resulta más cómodamente aplicable en los mismos.

En efecto, dado el modo de proceder que implica un proceso por audiencias, la elasticidad y flexibilidad propias de un sistema de cargas probatorias dinámicas, ampliamente difundido en el procesalismo moderno, se ven favorecidas por la más fácil apreciación de las posibilidades de cada uno de los litigantes en relación con el aporte de pruebas y del grado de su cooperación para la efectiva incorporación, en beneficio de una mejor ilustración y de la obtención de pautas claras en base a las cuales decidir la contienda.

Mientras el proceso escrito tiende a favorecer al litigante que omite colaborar y a regirse por la máxima de que nadie está obligado a probar contra sí mismo, el actuar públicamente controlable del proceso por audiencias tiende a incentivar la cooperación y la conducta de buena fe de los litigantes, particularmente en la actividad probatoria; elementos claves a la hora de utilizar el sistema de cargas probatorias dinámicas.

VII LA INCIDENCIA DE DETERMINADOS PRINCIPIOS PROCESALES

La estructuración de procesos por audiencias permite reglamentar en concreto la incidencia de varios principios muy caros para la ciencia procesal más avanzada.

Así, notoria resulta la aplicación del principio de inmediación, relativo al contacto directo entre el Juez y las partes y de todos ellos con los elementos objetivos y probatorios del proceso, tornando posible una mejor y más completa ilustración del decisor.

Este principio se ve reforzado por el de indelegabilidad de la función jurisdiccional y por el de identidad física del magistrado (continuidad de la persona del juez hasta el dictado de sentencia incluido, a fin de evitar pérdida del conocimiento directo obtenido a través de la inmediación).

Otra regla de fundamental incidencia en la prueba de los procesos por audiencias es la de economía procesal: tanto por el ahorro de tiempo (celeridad) como por el de esfuerzos (concentración, eventualidad) la audiencia, con su característico desarrollo de múltiples actividades procesales, torna viable economizar recursos humanos y materiales en la producción probatoria, además de valerse del concurso de todos ellos, de manera más productiva para el proceso todo.

Asimismo, solo un régimen de audiencias permite una recolección concentrada de la prueba, en forma que contribuya al devenir fluido y continuo

del proceso, pues las probanzas solamente se incorporan en audiencia, aun cuando parte de los actos preparatorios de su agregación deban realizarse fuera de ella (por ejemplo, libramiento de un oficio para luego incorporar en audiencia su respuesta como prueba por informes; designación de un perito para luego recabar su dictamen en audiencia, etc.).

La concentración e intermediación tornan perceptible el principio de comunidad en la prueba, al evidenciar la labor conjunta de los sujetos del proceso en el ofrecimiento, admisión y producción de los distintos medios probatorios, y habilitar más cómodamente que en procesos escritos el examen de cada medio probatorio en particular y en su vínculo con el conjunto, que es también visualizado de modo global en forma más natural, tendiéndose así a una apreciación general de la prueba, mucho más ilustrativa para la adopción de decisiones y más fácilmente asequible que en procesos escritos, caracterizados por la dispersión, la desconcentración y la aparición de la figura del juez recién al momento de dictar sentencia.

El principio de adquisición procesal, tan característico de la actividad probatoria, también recibe mejor consagración en los procesos por audiencias, por el inmediato control sobre el ofrecimiento, admisión e incorporación de los medios probatorios que se habilita tanto a las partes como al juez; pues combinándose este principio con el de buena fe, ya puede “adquirirse” un medio en beneficio del proceso y con independencia de su origen, desde su ofrecimiento y aún antes de la efectiva producción, haciendo patente el régimen cooperativo, de colaboración o de actividad procesal en reunión a que se ha aludido precedentemente; todo a favor de la mayor eficacia del proceso y mejor acceso a la consecución de sus fines.

Finalmente, los principios de lealtad procesal y buena fe sin duda se ven favorecidos en su aplicación, cuando el proceso se lleva a cabo por audiencias.

Generalmente se exige que de modo concentrado, se realice el ofrecimiento de prueba en el mismo acto en que se invocan los hechos a que refiere (v.g. demanda, contestación) fórmula que, además de economizar esfuerzos, eliminando la existencia de más de un escrito para realizar la completa proposición, tiende a asegurar que los litigantes actúen de buena fe, pues lo hacen “a cartas vistas”, colaborando con el tribunal y con la contraparte mediante la exposición completa y circunstanciada de todos y cada uno de los medios probatorios de que habrán valerse en el proceso.

La buena fe y el deber de colaboración exigibles a las partes vuelven a hacerse presentes en la fase de producción de la prueba, pues se les requiere no retacear información ni medios a su alcance, y prestar su concurso para la incorporación de los medios que se haya ordenado incorporar, como por ejemplo, permitir la extracción de sangre, exhibir el documento en poder del adversario, no obstaculizar las inspecciones o reconstrucciones y auxiliar efectivamente para el mejor desarrollo de las mismas, brindar los elementos necesarios para la práctica de pericias, aportar la información con que se cuente, etcétera.

Y nuevamente se recogen tales principios en las modernas consagraciones legislativas y/o jurisprudenciales que asignan relevancia a la conducta endoprocesal de las partes en materia probatoria y a la hora de resolver los litigios. En efecto, al atribuirse valor (positivo o negativo) al comportamiento activo y omisivo que puedan haber tenido los litigantes durante el proceso, y

especialmente, durante la fase de producción de la prueba, al permitirse que el juez extraiga de esa conducta conclusiones en materia probatoria, se muestra el modo en que se premia la litigante de buena fe y se castiga al mala fe que retacea su concurso o directamente oculta o falsea prueba, etcétera.

La publicidad, interna y externa, tan característica de los procesos por audiencias, además de contribuir a la buena fe (por facilitar el contralor mutuo de los principales sujetos del proceso y permitir conocer de primera mano el modo de actuar de la Justicia, aún por terceros plenamente ajenos al objeto litigioso), tiende a garantizar un comportamiento cristalino de los jueces, consolidando así la consolidación de las instituciones democráticas, al permitir la toma de conocimiento y formación de opinión por los justiciables y terceros, ante una Justicia no de gabinete ni ajena al desarrollo del proceso, sino palpable y directamente controlable, involucrada en la buena marcha de los litigios y en el cumplimiento de sus cometidos en el Estado de Derecho.

Por último, se reitera ⁶⁵⁵ que la combinación del principio dispositivo con algunas notas inquisitivas, usualmente buscada en los procesos por audiencias, revela otra posible distinción de grado con el enfoque puramente liberal, egoísta, no solidario e individualista de la prueba, propio de los procesos escritos hispanoamericanos desde el siglo XIX

La combinación de principios como los citados en procesos por audiencias, hace posible una mejor y más económica actividad probatoria, en beneficio de los justiciables, del cumplimiento de sus deberes por el juez, de los terceros y de la sociedad toda, a quien se hace partícipe del modo en que se lleva a cabo una tarea clave para la garantía de la defensa en juicio, para el acceso a la Justicia y para el cumplimiento de la función jurisdiccional, esencial en el moderno Estado democrático.

VIII. CONCLUSIÓN

A guisa de breve reflexión final, cabe indicar que si bien la temática en materia de prueba es en esencia la misma en procesos escritos que en procesos orales o por audiencias, en estos últimos se aprecian diferencias de grado que permiten incorporar a la actividad probatoria y sus resultados, las más modernas directivas de la ciencia procesal, aplicar los principios más apreciados por el procesalismo universal, “aggiornar” la prestación del servicio de justicia y mejor contemplar el derecho a probar ínsito en las garantías de la defensa y del debido proceso, así como el imperativo de alcanzar una más pronta y eficiente administración de justicia.

⁶⁵⁵ Supra Capítulo II

CHILE
LA PRUEBA ENTRE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

Abogado. Profesor de la Universidad de Chile

La prueba entre la oralidad y la escritura

Una reflexión acerca de la prueba – entre oralidad y escritura – sólo tiene sentido en la más amplia perspectiva que ofrece el título de la convocatoria al Coloquio, en cuanto a que el gran tema se desliza hacia la necesidad de incentivar la eficiencia del proceso civil.

A efectos de presentación, conviene dejar testimonio de que en Chile, desde donde el presente comentario se formula, se conserva como gran principio rector de la expresión de la actividad jurisdiccional y desde los albores del siglo XIX, un riguroso sistema de escrituración, del que pueden predicarse todos los adjetivos con los que, insistentemente, se han venido descalificando por la doctrina, estas modalidades escriturarias.

No sorprende, entonces que, como relación introductoria, se lea en el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, que “de toda actuación deberá dejarse testimonio escrito en el proceso...”, al paso que el artículo 57, casi consagrando la prohibición de la expresión oral, afirma que “las diligencias de notificación que se estampen en el proceso, no contendrán declaración alguna del notificado...”

Concluyendo rigurosamente, no se registra otra actividad con expresión oral relevante, en nuestro proceso civil ordinario actual, que la actividad que se verifica ante los Tribunales Superiores – principalmente, Corte de Apelaciones y Corte Suprema - con motivo de la impugnación recursiva. Es que en la tramitación de los recursos de apelación y de casación, se contempla una actividad oral ante el tribunal, a cargo de los abogados de las partes y que se denomina “alegato” (artículos 223, 226 y 784 CPC)

La misma característica decimonónica se advierte en la regulación de la actividad probatoria: basado el Código de Procedimiento Civil, como sus congéneres latinoamericanos, en las leyes de Enjuiciamiento Civil españolas del referido siglo XIX, no sorprende saber que, junto con comprender en un numerus clausus los medios de prueba que se pueden utilizar, impone reglas de apreciación que conforman un atemperado sistema del denominado “régimen de tarifa legal”.

Así, se admitirán como pruebas, los instrumentos, los testigos, la confesión, el informe pericial, las presunciones y la inspección personal del tribunal, medios respecto de los cuales se determina la forma de producción y se indica el valor probatorio que se les conferirá aunque, preciso es reconocerlo, en general, la redacción de las disposiciones presenta una latitud suficiente como para que el criterio del juez juegue un rol principal.

En el ámbito procesal, sin embargo, se ha tomado nota de que en el Chile de las postrimerías de la centuria anterior, se introdujo un conjunto de muy

importantes modificaciones legales, entre las que destaca, un Código de Proceso Penal plagado de instituciones procesales modernas las que conforman un régimen de persecución y juzgamiento penal de los más avanzados de nuestra cultura occidental. Entre otras modalidades, la legislación privilegia notablemente la oralidad como forma de expresión de los sujetos e intervinientes, lo que, como es de imaginar, ha conducido a una reorientación de los modos de ejercicio no sólo de la abogacía sino – muy relevantemente – también de la actividad jurisdicente, todo ello, con su secuela de incorporación de destrezas y prácticas, antes desconocidas.

Este nuevo sistema procesal ha irradiado una incontenible influencia en el medio por lo que resultó razonable que, llegada la hora de adecuar la legislación procesal de la familia, con el establecimiento de nuevos Tribunales de Familia,⁶⁵⁶ el procedimiento concebido se ajustara con enorme fidelidad al adoptado en el ámbito penal y lo propio aconteció con el nuevo procedimiento para la justicia del Trabajo.⁶⁵⁷⁶⁵⁸

Si la eficiencia es la característica que denota aptitud para alcanzar adecuadamente, esto es, en menor tiempo y con mejor calidad, un fin, la actividad probatoria deberá verificarse – de cara a merecer el calificativo de eficiente – satisfaciendo dos requerimientos centrales:

a) El de suministrar clara y completamente la información que ella proporciona;

b) El de generar las condiciones adecuadas para su contradicción;

Es pues a la luz de estos parámetros como debe enjuiciarse la prueba en los procesos, para resolver entre las opciones que ofrecen la escrituración y la oralidad: ciertamente, no corresponde reproducir acá, íntegramente, los conocidos argumentos esgrimidos en pro de una y otra modalidad, pero pareciera ser inevitable la referencia a algunos de ellos.

La vigencia de la oralidad en el modo de desarrollarse de los procesos contemporáneos,⁶⁵⁹ no es solamente resultado de los ejemplos legislativos de la última parte del siglo XIX⁶⁶⁰ ni de los denodados esfuerzos de Chiovenda, desde

⁶⁵⁶ Ley 19.968 de 30 de agosto de 2004. Sus normas servirán de refuerzo a estas reflexiones.

⁶⁵⁷ Conforme a la reforma introducida por la ley 20.087 de marzo de 2006

⁶⁵⁸ Es preciso agregar que, desde hace algo más de un año, una Comisión de la que formo parte, trabaja en la redacción de un Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil, del que existe un texto completo. En él se consagra también la oralidad como forma predominante de expresión y, en consecuencia, se recoge el juicio por audiencias.

⁶⁵⁹ El denominado “proceso por audiencias” parece ser la moda indiscutida de nuestros días. Sobre oralidad puede verse: TAVOLARI OLIVEROS, R., “La Oralidad en el procedimiento civil de América Latina de cara al nuevo milenio (¿Réquiem a la Ciencia procesal?)”, *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, San José Costa Rica 18-20 Octubre del 2000, pp. 509-527.

⁶⁶⁰ Citando a Chiovenda, Mauro Cappelletti alude a los debates que en pro de la oralidad, agitaron a la Europa decimonónica, originando el Código de

el despuntar del XX, ni de la tesonera labor de tantos y tantos que han proclamado las ventajas que, para una mejor justicia depara un sistema estructurado sobre este modo de comunicación de los sujetos, sino es el resultado de la insatisfacción y, finalmente, del fastidio que produce la lentitud de los procedimientos escritos, en especial, en tiempos en los que, como los nuestros, los que reclaman con urgencia el servicio de la justicia, constituyen multitudes antes inimaginables y, por otra parte, la comprobación de que en facetas diversas de la vida social, la tecnología ha acelerado, el ritmo de las actividades humanas (los traslados personales; la construcción de viviendas; las comunicaciones, etc) a niveles que jamás se llegaron a imaginar. Satisfacer pues, la perenne aspiración de la mejor justicia, pero impartida en plazo razonable, con humanidad y con cercanía al justiciable, parecen ser los requerimientos que se formulan a esta alternativa de expresión, que representa la modalidad oral en la impartición de la Justicia.

A nadie escapa que la oralidad no sólo exige un número de jueces y de auxiliares judiciales considerablemente mayor al que demanda un sistema escriturario, sino que – la práctica lo ha demostrado – requiere, además, de jueces con disposición y, en los hechos, con alta capacidad de concentración y aprehensión:⁶⁶¹ es que, sin vacilar, aceptamos que, extraviado el hilo de un razonamiento cualquiera, todos volvamos a leer y a releer las líneas que no entendimos o en las que, simplemente, no pudimos comprender el mensaje el autor; en cambio, perdida la concentración por el juez, la posibilidad de retomar la línea argumentativa del litigante dependerá ya de diversas variables que no siempre concurren,⁶⁶² lo que en un procedimiento escrito, no acontece, porque, meramente, como adelanté, se vuelve atrás en la lectura. No obstante, también admitimos que un procedimiento enteramente oral no resulta posible⁶⁶³ por lo que la calificación de “oral”, se dispensa a aquellos procedimientos en los que la

Hannover de 1850, las Zivilprozessordnung alemana y austriaca de 1877 y 1895, para llegar a los códigos húngaros de 1911, danés de 1916, polaco de 1933, sueco de 1942 y, aunque no lo nombra, también al italiano 40-42. Cfr: CAPPELETTI, N., “Oralidad en el Proceso civil italiano”, *Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil*, Bs. As., 1972, trad. S. Sentís M., p. 98.

⁶⁶¹ Aunque refiriéndose al proceso penal, Claus Roxin comenta que “...las personas llamadas a dictar la sentencia..deben estar presentes en forma ininterrumpida, como consecuencia del principio de inmediación, durante todo el juicio oral..” y agrega “...dado que no se cumple con el principio de inmediación a través de la mera presencia corporal, también debe ser considerado ausente el juez que normalmente duerme o que se distrajo durante un tiempo prolongado...”. ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 369.

⁶⁶² Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Pruebas y Oralidad en el proceso*, Venezuela, 2007, p. 285.

⁶⁶³ Principalmente, por motivos de certeza y seguridad. Así, se conviene, por doquier, en que los actos de postulación deberán ser escritos y lo propio se predica de la sentencia, cuya impugnación, ejecución y control, se tornan casi imposible, si se redujera a expresiones verbales.

oralidad es la forma predominante de expresión y comunicación de los intervinientes.⁶⁶⁴

Como ha recordado Binder,⁶⁶⁵ por exigencia del sistema republicano y entiendo que la referencia la formula, en el fondo, a un sistema democrático de gobierno – común entre nosotros – los juicios deben ser públicos, dado que la publicidad de los actos de gobierno es una de las características básicas de una democracia y la administración de justicia no sólo es uno de los poderes que gobiernan en el país sino que, agregó, uno de los pilares que estructuran el Estado democrático de Derecho: desde esta perspectiva, la oralidad es la modalidad de expresión que mejor satisface la exigencia de publicidad de los actos jurisdiccionales. Esta conclusión constituye una de las bases sobre las cuales se asienta la necesidad de privilegiar la modalidad oral pero, de cara a la más eficiente producción y apreciación de la prueba, no es ni la única, ni la más relevante.

En efecto, establecido que la oralidad tiene lugar cuando el procedimiento se estructura en audiencias, no parece aventurado sostener que la denominación se torna insuficiente: es que la comunicación “no verbal”, aquella que se verifica a través del lenguaje corporal, a través de los gestos, de la expresión facial, de la mirada, del volumen y entonación de la voz, puede concluir transmitiendo al otro una información diferente de aquella que escucha a través de la simple palabra⁶⁶⁶ mas, aunque así sucediere, durante un lapso variable, el destinatario de la comunicación tendrá todos sus sentidos aplicados a su recepción. De esta manera, sin posibilidad, a lo menos transitoriamente, de poner atención a lo que afecte a otros de sus sentidos, el sujeto se colmará de información, lo que confiere a esta modalidad procedimental, la primacía sobre toda otra, en el ámbito de la producción de la prueba y en el de conferir a ésta, mejores y mayores atributos de convencimiento.

Como es natural, la descripción comprende apenas, momentos, instantes, más o menos prolongados, pero siempre limitados: llegará el tiempo en que, también en este caso, vale decir, aunque estemos en un debate oral, la atención se desvíe y, sin embargo, el mensaje persuasivo habrá conseguido adentrarse en el proceso conocedor y evaluador del juez.

⁶⁶⁴ El artículo 10 de la Ley de Tribunales de Familia chilena, reza: “Oralidad. Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el juzgado deberá llevar un sistema de registro de las actuaciones orales. Dicho registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y reproducción de su contenido.”

⁶⁶⁵ Cfr: BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., primera reimpresión, Buenos Aires, 2000, p. 97.

⁶⁶⁶ De allí que, por momentos, asalte la tentación de denominar procedimiento presencial o sensorial antes que oral, al que permite a que el juez, mire, escuche, palpe, huelga, etc, esto es, vuelque todos sus sentidos en la aprehensión de la información que proporciona la evidencia o material probatorio que se le suministra.

A lo anterior, por supuesto, se une que la contradicción de la parte contraria, traducida en la interrogación que pone en duda el aserto del testigo o evidencia sus contradicciones o la consulta que hace vacilar al perito, expuestas verbalmente, remecen a un tribunal de modo que jamás lo lograría la simple lectura de un acta.

Si el resultado es el que se describe, podría ponerse fin al análisis, admitiendo que la oralidad - ¿“sensorialidad”? - es el modo insuperable de producir la prueba en juicio, pero la cuestión presenta mayores complejidades. Desde luego, esta modalidad, en la que el juez se encuentra en directo contacto con las fuentes, sólo presenta ventajas en el evento de que sea él, quien pronuncie la sentencia, pero en numerosas ocasiones no ocurre así. Es de lo que se dolía Cappelletti,⁶⁶⁷ afirmando que el Código italiano había proclamado, en abstracto, el principio de la oralidad, pero no lo había realizado de hecho, en cuanto no había realizado aquellas características que constituyen la sustancia vital de la oralidad, entre las que destaca la inmediatez, la concentración, la libre admisión y la libre apreciación de la prueba. Éste constituye un aspecto incontrovertible: no hay intermediación, escribe Montero Aroca, si la ley permite que uno [se refiere a un juez] presencie la prueba y otro dicte la sentencia, de donde aparece, si estamos de acuerdo con él - como yo lo estoy en este punto - en que la intermediación comienza con la presencia física y sensorial del juez, al producirse la prueba pero que supone, extensivamente, que sea también él quien pronuncie, en mérito de esa información, el fallo del negocio.⁶⁶⁸

Adicionalmente, debe regularse un régimen de continuidad de audiencias, que impida que el transcurso del tiempo o la dedicación del juez o jueces a otros casos, diluya el conocimiento y recuerdo que conserven de la información extraída de la prueba rendida en su presencia. Éste es un punto crucial en la estructura de un procedimiento probatorio oral.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ CAPELETTI, “Oralidad” cit., p.103.

⁶⁶⁸ Aunque la cuestión pareciera obvia, ya de antiguo ha provocado lamentos procesalísticos. Alcalá Zamora y Castillo explicaba que “la doctrina se muestra unánime en que la prueba debe ser directa y personalmente recibida y encauzada por el juez - a lo que él denominaba, con ese indisimulado pero excusable afán de originalidad, que de pronto lo traicionaba, “principio de inmediatividad” - pero, agregaba, por desgracia en la práctica las brechas que de derecho y sobre todo, de hecho conculcan tan elemental exigencia son harto numerosas y las sentencias se basan con frecuencia en pruebas que el juzgador no ha presenciado o de que tiene conocimiento incompleto...”. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Introducción al Estudio de la Prueba”, *Estudios de Derecho Probatorio*, Concepción, 1965, p.121.

⁶⁶⁹ A este efecto, la Ley de T. de Familia chilena, declara: “Artículo 11.- Concentración. El procedimiento se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. No obstante, el tribunal podrá suspender el desarrollo de la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. El tribunal comunicará oralmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación.”

La capacidad de convencimiento de la producción de la prueba en audiencia, esto es, con la presencia del juez, llega a su altura mayor, en dos situaciones:

a) Cuando se trata de la prueba de relatos, sea que los mismos estén a cargo de las partes – declaración o interrogatorio de partes o confesión, según las normas positivas de cada país – o de terceros, sea que se exija a éstos especial versación técnica acerca de la materia que es objeto del relato, evento en el cual hablamos de peritos,⁶⁷⁰ sea que, meramente, se exija de ellos haber percibido con sus sentidos los hechos, caso en el cual, aludimos a los testigos.

Es, como sabemos, en la exposición oral de los relatos, en los que cobran toda su relevancia, el lenguaje no verbal o corporal, el de los gestos, de las expresiones, de los tonos de voz, el de los silencios, el de los balbuceos, que terminan constituyendo aspectos irreproducibles en actas y, casi, me atrevo a pensar, difícilmente advertibles en reproducciones de imágenes y sonido.

b) Cuando se trata de examinar cosas, objetos, herramientas, instrumentos, armas – y las inimaginables otras manifestaciones probatorias que los nuevos procedimientos admiten⁶⁷¹ - pero también cuando el examen recae sobre inmuebles, todo lo cual se verifica por ese procedimiento probatorio que constituye la denominada inspección personal, examen ocular, inspección del Tribunal, etc, procedimiento en el cual el juez aprehende directamente por sus propios sentidos, el caudal informativo que la evidencia entrega.;

La presencia del juez al producirse estas pruebas, en consecuencia, representa formalmente, una condición esencial de validez del juicio y de la sentencia⁶⁷² y sustantivamente, una garantía del eficaz ejercicio del derecho a la prueba.

El debate se produce en relación a la prueba documental: ¿es preciso que, en obsequio a la oralidad del proceder, el documento i) se acompañe en la audiencia (y no antes) y ii) se deba leer, completa o resumidamente, en ella?

⁶⁷⁰ El tema de los peritajes ha generado alguna controversia en el proceso penal chileno, que se sustancia conforme a un estricto régimen oral: acompañado el informe en la audiencia de preparación, se suele prescindir de su materialidad en el juicio oral mismo, entendiéndose que a éste comparece el perito, quien habrá de explicar, verbalmente, su contenido a los jueces. Por mi parte, estimo que el informe pericial debe ser, principalmente, escrito, lo que no excluye la comparecencia del que lo emitió, a la audiencia de juicio, para sintetizarlo, aclararlo o satisfacer las dudas que a las partes o a los jueces sobrevengan.

⁶⁷¹ Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley de T. de Familia establece: "Libertad de prueba". Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.

⁶⁷² El nuevo artículo 427 del Código el Trabajo, dispone que "...las audiencias se desarrollarán en su totalidad ante el juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio. El incumplimiento de este deber será sancionado con la nulidad insaneable de las actuaciones y de la audiencia, la que deberá declarar el juez de oficio o a petición de parte.

Me parece que el tema se resuelve, en función de la opción procedimental escogida para el pronunciamiento de la sentencia: así, cuando la sentencia se debe pronunciar en la propia audiencia, tras concluir el debate, creo necesario que se dé lectura aunque sea resumida al documento, para provocar un eventual debate con motivo de su impugnación por la parte contraria a la que lo presentó; si, por el contrario, la sentencia se emite después de concluida la audiencia, no creo ver en riesgo la oralidad, porque el documento se haya acompañado e impugnado, por escrito con anterioridad a la audiencia (p.ej., en los actos de postulación) Lo relevante es que, cualesquiera sea la fórmula que se utilice, se reconozca el derecho a la impugnación o de contradicción de la prueba documental por la parte contraria.

La valoración o apreciación de la prueba ⁶⁷³viene también determinada – en niveles trascendentes – por la modalidad de expresión y el protagonismo que ella confiere o resta al juez en los actos del proceso, de allí que se pueda convenir con la afirmación de Serra⁶⁷⁴, en orden a que la asistencia el juez a la práctica de diversos medios de prueba o, me parece, a la inversa, la necesidad de que la prueba que haya de servir para fundar la sentencia sólo pueda ser la producida en presencia del juez,⁶⁷⁵ está íntimamente ligada con los sistema de libre apreciación de la prueba y con las reglas de la sana crítica.

Cuestión diversa es la que genera el control de la valoración de la prueba, por un tribunal superior, bajo un régimen procedimental que privilegia la oralidad: es efectivo que existe la posibilidad de la entera grabación de la producción de la prueba y, por consiguiente, su reproducción en audio y video, pero he de reconocer que la posibilidad de escuchar audios por horas y horas, para determinar todo lo que los testigos dijeron o callaron; el modo como lo afirmaron, etc, parece tan tedioso, que es difícil concebir a un tribunal superior instalado por lapsos tan prolongados junto a un video o a algún aparato reproductor de imagen y sonido.

La oralidad no parece compatible con el control del establecimiento de hechos en instancias superiores y, ni qué decir, en grado de casación, con la

⁶⁷³ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de T de Familia, el régimen de apreciación es el que se indica. “.- Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

⁶⁷⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, Vol. 2º, arts 1214 a 1253 del Código Civil, 2ª edic., Madrid, 1991 p. 28.

⁶⁷⁵ Sostiene el artículo 12 de la Ley de T de Familia: Inmediación. Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido.

dificultad tradicional de la diferenciación entre cuestiones de hecho y de derecho y, en especial, teniendo en cuenta la libertad conferida al juez para la apreciación de la prueba, circunstancia ésta que, en mi concepto, es suficiente para excluir absolutamente la posibilidad de la revisión de la ponderación en sede de casación. No obstante, admito que no se trata de una opinión generalizada. Por el contrario, se ha dicho que “...en España y parte de Iberoamérica, la doctrina procesalista parece mostrar una buena disposición en propugnar el control judicial de las reglas en la libre apreciación probatoria...”⁶⁷⁶.

Si se tiene la convicción profunda de que la única manera de recibir, realmente, la información que la prueba proporciona, es mediante la aplicación real de todos los sentidos de los juzgadores a la actividad probatoria, se convendrá en que el control efectivo de la valoración de la prueba, traducido en la posibilidad que se confiere al tribunal superior de establecer los hechos de la causa de una manera diferente a la que determinó el tribunal de primer grado, enfrenta dos opciones: ora se autoriza tal determinación de los hechos, como consecuencia de una nueva producción material de la prueba ante los jueces que integran dicho tribunal superior, esto es, se repite tal prueba, ora se confía en que los sistemas de reproducción de sonido e imagen den conocimiento cabal de ella a los superiores y, además, en que éstos se instalarán las horas que sean necesarias frente a los aparatos reproductores de dicho sonido e imagen para asistir otra vez a la producción de la prueba.

No parecen existir otras alternativas, si no se quiere incurrir en el conocido absurdo de privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que tiene mayor información.⁶⁷⁷

CONCLUSIONES:

1) Establecido que un proceso estructurado en base a audiencias, ofrece las mejores condiciones para los justiciables, la prueba respectiva debe también producirse en dichas audiencias con presencia ininterrumpida del juez o jueces que hayan de dictar sentencia en el proceso.

2) Este procedimiento – prueba aprehendida por los sentidos de los sentenciadores - es el que permite extraer más y mejor información de los medios de prueba producidos.

⁶⁷⁶ Cfr.: CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil*, Madrid, 1992, p. 205.

⁶⁷⁷ No obstante lo anterior la Ley de T. de Familia establece en su artículo 67.- “Recursos. Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley,” lo que importa, como se observa, una remisión al régimen ordinario de impugnación recursiva, matizado – sin que hasta la fecha se sepa, con precisión, cómo – con la fórmula “que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley”. En la práctica, los Juzgados remiten a la Corte de Apelaciones un CD de audio y otro con las piezas escaneadas que se hubieren adjuntado.

3) Las audiencias, si fueren varias, deben verificarse la una en pos de la otra y sin más distancia temporal que la mínima indispensable.

4) Se condice con un régimen de prueba como el propuesto, un sistema de apreciación de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica.

5) Lo anterior no obsta al valor relevante que, como prueba preconstituida, corresponde otorgar a la prueba documental.

6) Puesto que la impugnación recursiva no supone, en general, la íntegra reproducción de sonido e imágenes del juicio, sería deseable limitar la competencia del tribunal superior para revisar el establecimiento de los hechos.

CUARTA PONENCIA
FOURTH REPORT

ARGENTINA

EL FRACASO DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ARGENTINO

EDUARDO OTEIZA

Profesor Derecho Procesal. Universidad Nacional de La Plata. Argentina.

I. LA ORALIDAD COMO IDEA SÍMBOLO

En Argentina la escritura, como forma de documentar la ocurrencia de los actos del proceso civil y como criterio imperante en las reglas y las prácticas que definen la actividad del juez y de las partes, ha dominado en desmedro de la posibilidad de alternar una adecuada cuota de oralidad en algunas de sus etapas. Además, en términos generales, la ineficiencia es una cualidad negativa del sistema procesal civil argentino. En consecuencia, poco puede aportarse al debate sobre “oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, lema del Coloquio de Valencia, en un ambiente en que domina solamente uno de esos factores.

Sobre el tema abordado por el profesor Peyrano, la prueba entre la oralidad y la escritura, sólo me animaría a sostener en términos muy generales, que la tradición ha impuesto en Argentina una suerte de oralidad actuada en materia de prueba⁶⁷⁸, que ha desvirtuado cada intento encaminado a lograr una mayor intermediación entre el juez, las partes y el material probatorio. En cuanto a la oralidad o la escritura como factores de eficiencia del proceso civil, encargado al profesor Taruffo, diría que el dominio irrestricto de la escritura es una de las causas para la ineficiencia del proceso civil argentino.

Sin embargo, creo que este informe puede ser de mayor interés si se ocupa de analizar cómo la cultura y los comportamientos arraigados en los operadores del sistema argentino han incidido en el fracaso de la oralidad. Desde esa óptica procuraré mostrar el debate producido en Argentina sobre la oralidad y la escritura, en las últimas décadas, y repasar las distintas frustraciones de los intentos de implementar códigos y leyes que logren un balance adecuado entre la oralidad y la escritura. El enfoque que entiendo puede ser más útil desde el escenario argentino, para el Coloquio y para el trabajo de los ponentes generales, es aquél que aborde a la oralidad como idea símbolo, desde una perspectiva que guarda correspondencia con el enfoque que Cappelletti⁶⁷⁹ desarrollara en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1970, cuando explicó que la idea símbolo de oralidad excede el estudio sobre las proporciones de actuaciones

⁶⁷⁸ DÍAZ, C., *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1968, utiliza el término la verdad actuada. Sostiene que es una caricatura de la oralidad ya que se pretende volcar todo lo ocurrido en actas. Sostiene DÍAZ: “como género híbrido carece de las ventajas de ambos tipos procesales; en ella se dicta, no se habla, y se dicta para que se lea, no para que se escuche perdiéndose así simultáneamente las ventajas de la escritura y las ventajas de la oralidad”.

⁶⁷⁹ CAPELLETTI, M., *Procédure 'crite e procédure orale*, presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, Pescara, 29 de agosto al 5 de septiembre de 1970. Consultada la traducción de SENTÍS MELENDO, S. en CAPELLETTI, M., *La ORALIDAD y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, 1972, p. 52.

orales o escritas presentes en cada ordenamiento. Representa un concepto más amplio y elocuente vinculado con una manera de concebir el proceso y la relación entre el juez y las partes. De allí que el propósito de éste informe nacional refiera a las razones que han impedido lograr un proceso civil que combine la oralidad y la escritura como elementos que en sus adecuadas proporciones contribuyen a mejorar la eficiencia de la justicia.

II. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO DE PROCESO CIVIL ARGENTINO.

Argentina permanece aferrada a un proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso. Esas características influyen sobre su bajo nivel de eficiencia, medido en términos de duración razonable, costo sustentable y capacidad para producir decisiones justas apoyadas tanto en un grado adecuado de veracidad de los hechos alegados por las partes como en su capacidad para aplicar el derecho⁶⁸⁰.

Mi descripción sobre el modelo de proceso civil argentino prescinde de algunos aspectos que deben ser aclarados. Se trata de un fenómeno complejo y el esbozo de sus rasgos centrales determina que ciertas cuestiones deban omitirse. Aclararé algunos aspectos que permiten entender mejor la caracterización realizada.

Me ocuparé de Argentina en su conjunto no obstante tratarse de un país federal. El sistema federal establecido en la Constitución reconoce la atribución de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires de organizar en sus territorios las instituciones que administran justicia⁶⁸¹. De allí que cada una de ellas cuente con una legislación procesal propia que ha evolucionado en forma diversa. Hay, sin perjuicio de ello, fuertes similitudes en el desarrollo de cada una de las legislaciones locales y en las prácticas asociadas a ellas. Los rasgos comunes de esas regulaciones y la forma en que han sido empleadas e interpretadas permiten encontrar elementos que explican las razones por las cuales ellas fueron diseñadas de un determinado modo.

Adrede he utilizado la expresión aferrarse. Argentina se mantiene aferrada a una determinada forma de concebir el proceso civil. Hay razones profundamente arraigadas que explican porqué el proceso civil argentino respeta un determinado diseño y resiste los sucesivos intentos de cambio. La perspectiva que aquí utilizaré toma centralmente en cuenta las ideas, creencias, valores y normas compartidas por una sociedad sobre el proceso civil y sobre las formas utilizadas para resolver

⁶⁸⁰ Sobre los parámetros para medir la eficiencia del proceso civil sigo aquí la posición de ZUCHERMAN, A. "Justice in Crisis: Comparative Dimension of Civil Procedure", en *Civil Justice in Crisis*, editor ZUCHERMAN, A, Oxford, 2003, pp. 3-52.

⁶⁸¹ De acuerdo con la Constitución Nacional las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (art. 121), dictan sus propias constituciones bajo el sistema representativo y republicano y deben asegurar la administración de justicia (art. 5°). La reforma constitucional de 1994 dotó a la ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (art. 129).

los conflictos que exceden al ámbito penal⁶⁸². La tradición hispana, abandonada en gran medida en España luego de la reforma procesal del 2001, permanece vigente en Argentina.

En mi descripción abarco todos aquellos procesos civiles en los cuales hay un conocimiento pleno de las pretensiones⁶⁸³ de las partes y son utilizados para resolver los conflictos no penales. El proceso de conocimiento constituye la base estructural sobre la cual se articulan cada uno de los procesos especiales y los procesos ejecutivos. Examinar sus pautas es útil para comprender el comportamiento general del proceso civil. Además la idea de proceso civil como todo aquel que es tratado fuera del ámbito del proceso penal permite examinar cómo son juzgadas cuestiones que si bien requieren un tratamiento especial por la materia a ellas vinculada, como las cuestiones de familia, laborales, pequeñas causas, temas colectivos o conflictos con el Estado, utilizan un proceso estructurado siguiendo pautas similares.

He tomado las nociones de intermediación, de uso limitado de la delegación, de publicidad y de concentración de las fases del proceso debido a su correspondencia con aquellas manifestaciones de la actividad procesal que pueden ser brindadas en forma oral o escrita. En un proceso fragmentado, con fuerte delegación de la actividad procesal en los auxiliares del juez, limitado en cuanto al conocimiento público y sin intermediación dominará el uso de la escritura. Por el contrario, la intermediación entre el juez y las partes, el carácter público del proceso, con concentración, acentúan la necesidad de la forma oral. La combinación de las expresiones orales o escritas tiene una directa relación con cómo se conciba la interrelación entre el juez y las partes y la dinámica del proceso.

El concepto de eficiencia tomado en mi descripción parte de los estándares empleados por Zuckerman⁶⁸⁴ para examinar los compromisos y sacrificios realizados por los Estados para lograr un sistema de justicia eficiente. El costo, el tiempo y la aptitud para producir decisiones sustentadas sobre hechos probados en el desarrollo del proceso, con una adecuada aplicación del derecho, son elementos empleados para valorar el rendimiento de los distintos sistemas. En Argentina las diversas jurisdicciones destinan cerca de un 4% de su presupuesto a la administración de justicia⁶⁸⁵. Ese gasto compite con el requerimiento de otras áreas que el Estado debe atender y el servicio que presta es considerado de baja

⁶⁸² Un visión de gran interés sobre la cultura dominante y la forma de resolver los conflictos puede consultarse en CHASE, O., *Law, culture and ritual*, Nueva York, 2005, en especial capítulos 1, 2 8 y 9.

⁶⁸³ No me ocuparé de los procesos ejecutivos y monitorios ya que con respecto a los mismos la oralidad tiene menores efectos. Sin embargo tengo en cuenta que ellos ocupan en Argentina un 70% de la actividad de los juzgados y su adecuada regulación es un aspecto central de toda reforma.

⁶⁸⁴ Ob. cit.

⁶⁸⁵ Una estimación aproximada sobre el presupuesto dedicado al servicio judicial por el Poder Judicial de la Nación puede encontrarse en: <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/estadisticas/>. Un detalle sobre la ley 26.337 que aprueba el presupuesto del Estado Nacional para el año 2008 puede consultarse en: <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2008/>.

calidad por gran parte de la población⁶⁸⁶. La demora en la respuesta se mide en años y no en meses. Además la ausencia de intermediación, la delegación, la fragmentación y la práctica escrita obstaculizan la posibilidad de obtener decisiones apoyadas en hechos verificados en el proceso.

Los referidos parámetros de eficiencia deben ser estudiados en su relación con dos cuestiones con las cuales se encuentran directamente relacionados. En primer lugar, la administración de justicia está al servicio del derecho al debido proceso, reconocido tanto en el plano constitucional, de acuerdo con el art. 18 de la Constitución Argentina, como en el transnacional, al haber suscripto el Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁸⁷, cuyo art. 8 lo consagra expresamente. No se trata de una eficiencia vacía o sólo inclinada a evitar los obstáculos a las rápidas transacciones económicas. Su dimensión se vincula con un valor más trascendente que guarda correspondencia con el pacto democrático que subyace al texto constitucional. El segundo es la importancia que se le asigna a un sistema eficiente de administración de justicia en un mundo globalizado⁶⁸⁸. Las transformaciones ocurridas en las últimas décadas en el plano socio-económico han influido de diversas maneras sobre la justicia. Existe una mayor información sobre el comportamiento de cada sistema y se advierte una preocupación creciente por los defectos de la justicia de cada país, que alienta el examen de su rendimiento específico. Los organismos multilaterales de crédito han dedicado inversiones relevantes, muchas veces desacertadas en su orientación, al mejoramiento de la justicia. Esa preocupación ha precipitado los estudios sobre la justicia desde una visión que analiza su eficacia en el contexto de las distintas políticas públicas de justicia. Se analiza el fenómeno de la justicia y

⁶⁸⁶ De acuerdo con el informe elaborado por la Corporación Latinobarómetro Argentina es uno de los países de América Latina con mayor desconfianza sobre el servicio de justicia. Ver el informe preparado para el año 2007 en: <http://www.latinobarometro.org/>.

⁶⁸⁷ En el plano normativo, el compromiso internacional de Argentina, fue primero expresado mediante la ratificación de la Convención (febrero de 1984), con el dictado de la ley 23.054 (marzo de 1984) y el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (agosto de 1984), y luego fortalecido por la reforma constitucional de 1994, que en el art. 75 inc. 22 le otorgó jerarquía constitucional a la Convención.

⁶⁸⁸ Ver HABERMAS, J, "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", *La constelación posnacional*, Barcelona, 2000, cap. IV, consultada la traducción de Diez, L, quien destaca qué desafío que representa una economía globalizada para el Estado Nación. Con respecto al efecto de la globalización sobre la administración de justicia ver: TARUFFO, M, "Racionalita e crisis della legge processuale", *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bolonia, 2002, pp. 53-65, puede consultarse la traducción de Quintero, B., Bogotá, 2006 y PÉREZ PERDOMO, R, FRIEDMAN, L, "Introducción. Culturas jurídicas latinas de Europa y de América en tiempos de globalización", *Culturas jurídicas latinas de Europa y de América en tiempos de globalización*, FIX-FIERRO, H., FRIEDMAN, L., PÉREZ. PERDOMO, R. México, 2003. Consultar en la citada obra el capítulo sobre Argentina de BERGOGLIO, M. "Argentina: los efectos de la institucionalización democrática". Ver también BINDER, A., OBANDO, J., *De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho*, Buenos Aires, 2004, en especial el capítulo XVII, pp.715-738.

su costo en el contexto de otras políticas públicas que también atienden necesidades trascendentes de la población como la salud y la educación.

III. LA FUERTES RAÍCES DE PROCESO CANÓNICO ROMANO

Debemos ahora volver la mirada al siglo doce para detenernos sobre las ideas que todavía hoy dominan el proceso civil en Argentina y en la mayoría de los países latinoamericanos⁶⁸⁹. La organización de una justicia jerárquica, apoyada en la máxima *quod non est in actis non est in mundo*, descripta en profundidad por Damaska⁶⁹⁰ sobrevive en las ideas, creencias, prácticas y reglas vinculadas al proceso civil argentino. Una de las características de aquél proceso canónico romano que se mantiene como práctica habitual del proceso civil argentino consiste en que un empleado del tribunal, como aquellos *acturarii* y *notarii* del Medioevo, reciba las pruebas, una por una, en fases fragmentadas y desconcentradas, y prepare el expediente para que luego el juez decida y otros jueces se pronuncien en distintas etapas de revisión.

El derecho canónico romano es recibido en Argentina en su variante hispana. Las Siete Partidas de 1258, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, en especial la tercera, influyeron sobre el derecho heredado por las colonias americanas⁶⁹¹. La colonización abarca un largo proceso de más de tres siglos iniciado bajo el poder de los reyes católicos. Los territorios de las Indias Occidentales quedan incorporados a la Corona Castellana, ya que con el Tratado de Tordesillas (1494) los reyes católicos legitiman el dominio de las tierras conquistadas por la Corona en América. La dinastía de los Habsburgo (casa de Austria), con el reinado de Carlos V, entre 1517 y 1556, fundador del absolutismo español, consolida el dominio en América. Una de las manifestaciones jurídicas que caracterizan al período de la casa de Austria es la Recopilación de las leyes de Indias (1680). Se trató de un intento por ordenar las disposiciones vigentes en distintas épocas y desprovisto de sistematicidad, no obstante estar inspirado en la obra codificadora romana, en especial en el Corpus

⁶⁸⁹ Sobre la herencia del proceso hispano en América Latina ver: MERRYMAN, J., CLARK, D., HALEY, J. *The civil tradition: Europe, Latin America and East Asia*, Virginia, 1994, pp. 350-399 y KARST, K., ROSEN, K., *Law and development in Latin America*, Los Ángeles, 1975, pp. 1063. También BINDER, A., OBANDO, "DE LA" cit., capítulo XVI, pp. 683-712.

⁶⁹⁰ DAMASKA, M. R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, 2000, consultada la traducción de Morales Vidal, A., pp. 55-70 y 355-364. Coincide con la descripción del proceso canónico romano realizada por MERRYMAN, H., *The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, California, 1985, pp. 6-14 y 111-123, traducido por Suárez, E. México, 1997 y por CAPPELLETTI, M., *Proceso, ideología, sociedad*, Buenos Aires, 1974, pp. 35-39.

⁶⁹¹ Sobre la incidencia de la Partida tercera en el derecho procesal argentino ver: ALSINA, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1963, t. I, 218-228. El título 19 de la Partida Tercera, sobre los escribanos es un fiel testimonio sobre el peso de la escritura. En la Ley 2 se dice que los escribanos *deben ser sabedores de escribir bien y entendidos del arte de la escribanía, de manera que sepan bien tomar las razones y las posturas que los hombres pusieren entre sí ante ellos, y deben ser hombres que guarden secretos...*

Iuris de Justiniano. El siglo XVII es el comienzo de la decadencia española. Durante la dinastía de los Borbones (siglo XVII) a los Virreynatos de México y Perú, se agrega el del Río de La Plata (1776). El formalismo y el dominio de la escritura en el derecho continental europeo se acentúan en los territorios colonizados. La resolución de conflictos civiles se realizaba por delegación de los poderes reales en tierras distantes. La documentación de todo lo ocurrido brindaba seguridad a los funcionarios encargados de las cosas de la justicia y a las partes. Karst y Rosenn han demostrado que la legislación procesal de las colonias, heredadas de los reinos de España y Portugal, fue cuanto menos tan confusas y caóticas como la ley sustancial impuesta en esos territorios⁶⁹².

En 1810, en plena crisis de España producto de la invasión napoleónica, se produce la Revolución de Mayo. Con ella comienza el proceso argentino de independencia que culmina en 1816. La institucionalización del país bajo una Constitución demoró cerca de cuatro década. La Constitución Argentina de 1853 tomó como modelo a la Constitución de Filadelfia de 1787. El derecho constitucional argentino adopta el sistema institucional diseñado para los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte Suprema Argentina de similares características que la de los Estados Unidos ha seguido la jurisprudencia de ésta última. Como ejemplo menciono que en el caso Sojo⁶⁹³ (1887) en el que la Corte Suprema Argentina debía pronunciarse sobre su propia competencia para entender en un pedido de un periodista detenido por la Cámara de Diputados de la Nación, en una discutible decisión de ésta última, siguió expresamente el precedente de su par de los Estados Unidos, en el caso Marbury vs. Madison⁶⁹⁴ (1803), en cuanto a su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. No obstante la adhesión al modelo norteamericano la Constitución puso en manos del Congreso el dictado de códigos en materia civil, comercial y penal siguiendo la tradición racionalista del derecho continental europeo (ver art. 75 inc. 11 del actual texto de la CN). Además de la adhesión a las ideas de pensadores como Montesquieu y Rousseau la inspiración de la codificación napoleónica tuvo marcada incidencia en la legislación dictada por el Congreso luego de la institucionalización definitiva del país.

Las corrientes de pensamiento norteamericana y francesa influyeron sólo tangencialmente en la legislación procesal civil. La fuente principal del Código Procesal Civil Argentino de 1880, que con reformas rigió hasta 1968, fue la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Alsina⁶⁹⁵ demostró que de los ochocientos artículos del Código Procesal de 1880, trescientos noventa y dos fueron tomados de la Ley de Enjuiciamiento de 1855. Es interesante observar la explicación de Montero Aroca⁶⁹⁶ sobre la larga vida de las Leyes de

⁶⁹² Ver KARST y ROSENN, "Law", cit. p. 51.

⁶⁹³ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T. 32:120.

⁶⁹⁴ 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60.

⁶⁹⁵ ALSINA, H, "Influencia de la ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855 en la legislación procesal", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1955.

⁶⁹⁶ MONTERO AROCA, J., "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", *Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 2000, 53, p. 588.

Enjuiciamiento, de la segunda mitad del siglo XIX, cuando sostiene que en España se coincidía sobre los beneficios de mantener la legislación tradicional; consideraban que un proceso escrito, complejo y fragmentado constituía una garantía para la seguridad jurídica y su lentitud se debía exclusivamente al volumen de asuntos. Algo similar, tal vez no planteado tan francamente, es compartido en silencio por los operadores del proceso civil argentino y por quienes comentan la ley sin propiciar mayores cambios.

IV. LAS REFORMAS AL PROCESO CIVIL ARGENTINO. AVANCES Y RETROCESOS

En la búsqueda de los ejes principales de las reformas procesales en Argentina es conveniente observar los desarrollos ocurridos en el ámbito nacional y luego tratar la evolución sucedida en las provincias. Sin perjuicio que la Constitución adopte el sistema federal y otorgue autonomía a las provincias, en los hechos ellas se encuentran condicionadas por la política nacional. Las decisiones de política pública definidas en el ámbito nacional gravitan en las provincias⁶⁹⁷. Hay un factor demográfico que acentúa el peso de los sucesos que ocurren en Buenos Aires, entendida como el área que ocupa: la ciudad⁶⁹⁸ y el Gran Buenos Aires⁶⁹⁹, ya que allí reside un tercio de la población argentina⁷⁰⁰. Se concentra allí gran parte del poder político y económico del país⁷⁰¹.

Durante la primera mitad del siglo XX comienza un movimiento de reforma liderado por Jofré (1924), Lascano (1935) y Fernandez (1958), quienes elaboraron proyectos legislativos de Códigos Procesales Civiles con oralidad para la justicia Nacional y modificaban la base escrituraria del Código de 1880⁷⁰². Durante los años sesenta hay un intenso debate sobre las ventajas y desventajas de la oralidad, instalado como consecuencia de la necesidad de reformar el Código Procesal Civil Nacional. Un importante número de reuniones de académicos y de operadores del sistema judicial, además de una discusión pública de la doctrina sobre los beneficios y debilidades de la oralidad, animaron las discusiones de aquellos años. La ley 17.454, de 1968⁷⁰³, que sustituye el Código Procesal de

⁶⁹⁷ Esa tendencia es preponderante durante los gobiernos de facto que, entre 1930-1983, alternaron con los gobiernos constitucionales.

⁶⁹⁸ 2.776.138 habitantes.

⁶⁹⁹ 8.684.437 habitantes.

⁷⁰⁰ La población total de Argentina es de 36.260.130 de habitantes. De sus 23 provincias solamente 7 superan el millón de habitantes.: Buenos Aires (13.827.203), Córdoba (3.066.801), Entre Ríos (1.158.147), Mendoza (1.579.651), Salta (1.079.051), Santa Fe (3.000.701) y Tucumán (1.338.523)

⁷⁰¹ Refiero a los efectos de dicha circunstancia sin valorarlos.

⁷⁰² Ver PALACIO, L., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1994, T. 1, pp. 106-134. Con respecto al proyecto de Lascano, PALACIO recuerda que si bien fue proyectado para la Provincia de Buenos Aires, luego fue adaptado para el ámbito nacional (p. 111).

⁷⁰³ La reforma nacida durante el gobierno militar conocido como “la revolución argentina” (1966-1973) fue seguida por un gran número de provincias: Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santiago del Estero, San Juan, San Luis y Tucumán.

1880, lejos de innovar sobre las bases escriturarias, las ratificó⁷⁰⁴. Colombo⁷⁰⁵, uno de los redactores de la reforma, sostenía su desconfianza sobre la posibilidad de implantar la oralidad. La realidad, afirmaba, en caso de diseñarse un proceso que recepte la oralidad puede generar a un nuevo desencanto. No explica Colombo cuales eran las razones que impedían enfrentar aquello que define como la realidad, ni intenta desentrañar las causas del evitable desencanto que hubiera podido haber significado intentar una reforma sustancial en el proceso civil. La invocación a la realidad sin explicaciones puede significar simplemente la falta de convicción sobre la capacidad de realizar los esfuerzos indispensables que deben dedicarse a una reforma del sistema.

En el año 1981 se reformó el Código, con la sanción de la ley 22.434, sobre dos ejes principales. El primero consistió en el incremento de la delegación de algunas actividades, antes reservadas al juez, para permitir que él atendiera las audiencias. El segundo fue establecer la nulidad de la audiencia de posiciones (o confesional) si el juez no estaba presente⁷⁰⁶. La experiencia demostró que la delegación funcionó pero las audiencias siguieron sin ser tomadas por los jueces. La nulidad establecida por la ley no fue aplicada a pesar que los jueces delegaban la audiencia en el personal del juzgado. El objetivo de la reforma, si bien fue malogrado, significó un reconocimiento de la necesidad de modificar las prácticas procesales que consentían que el juez actuara sin intermediación y no atendiera las audiencias. Es discutible el mecanismo utilizado para lograr el referido propósito pero es evidente que se trata de un intento por revertir la falta de intermediación.

El debate sobre el agotamiento del modelo utilizado para estructurar el proceso civil renació en los años noventa. Durante esos años Argentina intentó llevar adelante una reforma de la administración del Estado. Además el desencanto por el funcionamiento de la justicia se había tornado evidente. Morello, Arazi, Eisner y Kaminker prepararon, por pedido del Poder Ejecutivo, un proyecto de Código Procesal Civil⁷⁰⁷, que fue construido tomando como ejemplo

⁷⁰⁴ Ver las críticas de MORELLO, A., “El nuevo código procesal civil para la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1967, sec. Doctrina, pp. 873-888, quien consideró que dicho Código proscribió la oralidad.

⁷⁰⁵ COLOMBO, C., “La reforma procesal y la expectativa del justiciable”, *La Ley*, 1960, T. 96, pp.895-907. Otro de los redactores de la Ley 17.454, Arrayagaray, descreía de los beneficios de la oralidad. Ver sus trabajos: ARRAYAGARAY, C., “El destino de la oralidad en Argentina”, *La Ley*, Buenos Aires, 1950, t. 60, sec. Doctrina, T. 60, pp. 834-849. y “Acerca del juicio oral”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1963, pp. 8691.

⁷⁰⁶ Art. 125 bis. El citado artículo promovía que el juez intentará conciliar a las partes en dicha audiencia de absolución de posiciones.

⁷⁰⁷ ARAZI, R., EISNER, I., KAMINKER, M., MORELLO, A., *Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1993. Señalan los autores que “los principios que informan al Reforma son los de intermediación, concentración, economía procesal y publicidad, enmarcados en la necesidad de que el proceso esté al servicio de los intereses y derechos sustanciales que debe garantizar y el incanjeable respeto a la garantía de la defensa en juicio” (p. 8).

el Código Procesal Modelo para Iberoamerica⁷⁰⁸ y la experiencia del Código General del Proceso de la República del Uruguay⁷⁰⁹. El proyecto de Código Procesal Civil de Morello, Arazi, Eisner y Kaminder proponía la implementación de un proceso de conocimiento por audiencias, que abandonaba el predominio de la comunicación escrita, dirigido por un órgano jurisdiccional monocrático, que los autores insistieron que debía entender en un promedio de sólo 420 causas al año. La iniciativa no fue tratada por el Congreso. Sin embargo, el Código Procesal fue reformado por la ley 24.573, de 1995, que consagró la mediación obligatoria como etapa previa e incorporó la celebración de una audiencia preliminar que debía ser conducida por el juez, recaudo que debía ser cumplido para no ser nulificada⁷¹⁰. Los jueces siguieron siendo renuentes, con honrosas excepciones, a cumplir con las tareas impuestas por la audiencia preliminar. La ley 24.573 reconoce nuevamente que resulta conveniente una mayor intermediación. El camino escogido era el correcto. La audiencia preliminar permite la juez tomar contacto con las partes en una fase preliminar del proceso y ordenar cómo se llevará adelante la etapa dedicada a la prueba.

La ley 24.588, de 2001, reforma parcialmente nuevamente el Código Procesal y reformula ciertos aspectos de la audiencia preliminar. Es significativo que mantenga el deber del juez de asistir a la audiencia preliminar y al mismo tiempo suprima la sanción de nulidad en caso que el juez no conduzca las audiencias, antes vigente. La supresión pareciera reconocer el peso de una tradición renuente a la participación de los jueces en ese tipo de audiencia pero supone una suerte de hipocresía legislativa ya que dice imponer un determinado comportamiento pero elimina la nulidad prevista para el caso de incumplimiento del deber que ella misma establece⁷¹¹. A las reformas comentadas sobrevivió la obligación de levantar acta por el secretario⁷¹², reminiscencia de la oralidad actuada criticada por Díaz.

El 5% del personal del Poder Judicial Nacional son jueces. El promedio es de unos 20 empleados por juez⁷¹³. Esas cifras demuestran que la delegación es un

⁷⁰⁸ Publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal - Secretaría General – Montevideo, 1988.

⁷⁰⁹ Ley 15.982. Ver el balance sobre el funcionamiento del Código General del Proceso en PEREIRA, S., “Una experiencia exitosa. La reforma procesal civil en Uruguay”, *Justicia civil y comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal*, editores SILVA, J., GARCIA, J., LETURIA, F., Santiago de Chile, 2006, pp. 749-786.

⁷¹⁰ Art. 360, primer párrafo.

⁷¹¹ Las sucesivas reformas a la legislación procesal nacional las comenté en OTEIZA, E., “Los procesos de conocimiento amplio”, *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, coordinador FALCÓN, E., Buenos Aires, 2002, pp. 121-157. Sobre el alcance del deber del juez de conducir la audiencia preliminar puede consultarse a COLERIO, J., “¿Es facultativo para el juez convocar a la audiencia preliminar?”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2005-1, pp. 329-334.

⁷¹² Art. 125, inc. 5° del Código Procesal Nacional.

⁷¹³ Ver el informe sobre Argentina preparado por el Centro de Estudios por las Américas, CEJA, en <http://www.cejamericas.org/>.

fenómeno que trasciende a las normas procesales que regulan la actividad del juez y las partes. El sistema en su conjunto está estructurado sobre una base burocrática jerárquica en la cual los jueces tienen como principal función resolver, en el mejor de los casos, las cuestiones que documentan en el expediente judicial preparado por sus auxiliares. Papeles y más papeles, funcionarios y más funcionarios y una cultura que se ha acostumbrado a tolerar la falta de intermediación y de concentración, bajo el pretexto de una pretendida realidad y del exceso de tareas, muchas veces generado por esas mismas prácticas, explican el fracaso de las sucesivas reformas⁷¹⁴.

En la Provincia de Buenos Aires, en 1947, se adoptó la oralidad en materia laboral con tribunales colegiados que recibían la prueba en una audiencia llamada de vista de causa⁷¹⁵. Durante los años sesenta la polémica sobre la oralidad también fue muy intensa en la Provincia⁷¹⁶. Al igual que en el ámbito Nacional, los debates son acallados en el año 1968 por la sanción de la ley 7425, que sigue las aguas del Código Procesal Nación y permanece vigente sin haberse intentado ninguna mejora tendiente a incrementar la participación del juez en las audiencias. Entre los intentos fallidos de implantar una adecuada cuota de oralidad en el proceso civil menciono la paradigmática experiencia de la ley 7861, de 1972, que intentó iniciar una experiencia piloto con unos pocos tribunales colegiados orales a los que luego sobrevendría la creación de nuevos órganos jurisdiccionales según las necesidades que se fueran recogiendo con el correr del tiempo. Los tribunales colegiados debían ocuparse centralmente de cuestiones de familia y accidentes de tránsito. Al proyectarla se pensó que los pocos tribunales colegiados creados

⁷¹⁴ Ver FUCITO, F., “Algunos mitos en las concepciones de la reforma judicial”, *Jurisprudencia Argentina*, 1994, T. IV, p. 822, quien destaca que “la experiencia ha demostrado que el proceso escrito tal como lo entendemos y lo practicamos, con mayores o menores facultades del juez y del secretario, con audiencias preliminares o sin ellas, no modifica la realidad de la demora judicial ni la estructura real de la administración de justicia... El juez ha compartido y sigue compartiendo la decisión, en la medida que no puede controlar todo el despacho; en cuanto no se entera de mucho de lo que ocurre con "sus expedientes"; cuando los empleados toman pequeñas pero acumulativas decisiones, errando sin control en despachos proyectados por ellos y firmados sin lectura crítica, en los extractos que hacen de los testimonios según les dicta su leal saber y entender, en los confrontes que exigen recaudos superfluos, y que siempre obedecen a remotas órdenes impartidas, en la "lógica" acumulación de expedientes importantes con otros intrascendentes para darles igual trato (en confronte, certificaciones, desgloses, etc), en la demora del trabajo por causas personales (licencias sin reemplazos, etc.), en las notificaciones de oficio o la elevación a Cámara por falta de tiempo para la "revisión del expediente". Todo esto es poder, porque lo otorga la posición real y sus atributos, con independencia del ocupante. Para que los jueces sean únicos responsables del proceso, éste no debe ser burocratizado, el papeleo debe reducirse al mínimo y deben desaparecer muchas figuras "jurisdiccionales" informales intermediarias del esquema burocrático de administración”.

⁷¹⁵ El sistema se pone en vigencia en el año 1947 con el dictado de la ley 5.178, luego reformada en el año 1995 por la ley 11.653.

⁷¹⁶ Ver MORELLO, A. *La reforma procesal civil en Buenos Aires*, La Plata, 1967, pp. 26-53, comenta los proyectos de reforma a la legislación de 1880, con las modificaciones de 1905 (ley 2958), culminada con el proyecto de Código Procesal Civil de 1966.

recibieran un promedio de 600 causas cada uno. El número de causas rápidamente se triplicó, no se crearon nuevos tribunales, y las demoras de las agendas para fijar las audiencias de prueba hicieron naufragar la experiencia, formando un criterio negativo en torno a la oralidad⁷¹⁷. Similar destino enfrentó la ley 11.453, de 1993⁷¹⁸, que volvió a intentar una nueva experiencia en materia de oralidad en los procesos de familia, también bajo la promesa de ser una experiencia piloto a la que luego se le adicionarían los tribunales que resultaran necesarios. Por esa ley se crearon tribunales colegiados encargados de llevar adelante procesos por audiencias. El sistema estaba organizado con una etapa previa a cargo de un consejero de familia y la intervención de un juez de trámite con revisión de sus decisiones ante el pleno del tribunal colegiado. Un vez más la falta de creación de nuevos órganos y la sobrecarga de tareas llevaron a diferir las audiencias. Esa situación determinó que el intento perdiera su impulso original al dictarse la 13.634, de 2007, que suprime los tribunales colegiados y designa a sus miembros a cargo de nuevos juzgados.

La oralidad en el resto de las provincias tuvo un inicio promisorio con la sanción, en los años cincuenta, de los Códigos Procesales de Jujuy⁷¹⁹ y La Rioja⁷²⁰ que la incorporaron en determinados procesos. Las voces que bregaban por la idea símbolo de la oralidad en la década del sesenta, también vieron que se alejaba la posibilidad de concretar una reforma que desarrollara la oralidad, la concentración, la intermediación y procurara evitar la delegación, al reproducir la gran mayoría de las provincias el sistema de la ley nacional 17.454. En los años noventa nuevamente volvió a discutirse sobre la necesidad de mejorar el servicio de justicia. Solamente la provincia de Tierra del Fuego⁷²¹ implementó una efectiva reforma diseñada como una adaptación del proyecto de Código Procesal Civil de Morello, Arazi, Eisner y Kaminker, cuyo modelo es el proceso por audiencias ante un órgano jurisdiccional monocrático. En cambio otras Provincias prefirieron seguir las aguas de las reformas nacionales e incorporar a la estructura de sus Códigos la audiencia preliminar. Así lo hicieron con distintas variantes: La

⁷¹⁷ Ver sobre la experiencia de la ley 7867, MORELLO, A., SOSA, G. BERIZONCE, R. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires, 1992, T. I, pp. 600-605. La provincia de Santa Fe desarrolló una experiencia semejante. La ley 5.531, de 1962 (parcialmente reformada por la ley 8501 de 1979 y por la ley 10.1160 de 1992, crea Tribunales Colegiados de Instancia Única, que hoy se dividen en Tribunales Colegiados de Familia y Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual. Ver CECCHINI, F., SAUX, E., *La oralidad en el proceso civil. Tribunales colegiados de Familia y responsabilidad extracontractual*, Santa Fe, 1992, pp. 107-185.

⁷¹⁸ La ley 12.318, de 1999, incrementó la competencia del juez de trámite. Ver BERIZONCE, R., BERMEJO, P., AMENDOLARA, Z. *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, 2004, pp. 37-59 en donde los autores desarrollan las ventajas del juez monocrático en el proceso civil oral.

⁷¹⁹ La ley 1967, que continúa en vigencia, puso en vigencia el Código Procesal Civil proyectado por Snopek en 1949.

⁷²⁰ El Código, también vigente, se sanciona bajo la ley 1575 (1950) y luego es modificado por las leyes 3372 y 3374.

⁷²¹ Ver Ley 147 de 1994.

Pampa⁷²² (1998), Corrientes⁷²³ (2000), Formosa⁷²⁴ (2002), Río Negro⁷²⁵ (2006), Entre Ríos⁷²⁶ (2007) y Chaco⁷²⁷ (2007). Esos intentos si bien tienen la ventaja de desarrollarse en áreas de menor densidad demográfica, en los cuales muchas veces la relación juez-habitantes es más adecuada, hecho que incide en una menor sobrecarga, al mismo tiempo corren el riesgo de frustrarse si no hay un cambio cultural con respecto a la idea símbolo de la oralidad y si la estructura burocrática de soporte de los juzgados permanece intacta⁷²⁸.

V. LA REALIDAD COMO FRENO O COMO GENERADOR DE CAMBIOS

Hasta aquí he hablado del peso de la tradición como factor que condiciona el modelo de proceso civil argentino y limita las posibilidades de cambiar ciertos comportamientos de los operadores judiciales. Debo ahora señalar que esa tradición convive con los profundos cambios sufridos en Argentina desde el reestablecimiento de la democracia. El modelo de proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso guarda una nítida relación con el sistema político imperante en una sociedad jerárquica en la cual poca o ninguna atención efectiva se presta a la participación social en la Administración de Justicia. Si bien desborda los límites de éste informe tratar los vínculos entre el ejercicio del poder en una sociedad democrática y el modelo de proceso civil, cabe sostener que el modelo vinculado a la idea símbolo de la escritura convive mejor con el absolutismo o con sus formas modernas de autocracia que un proceso tributario de la idea símbolo de la oralidad.

La sociedad argentina y sus prácticas políticas han sufrido en las últimas décadas profundas transformaciones. La cíclica alternancia entre gobiernos civiles y militares que dominó la vida política durante cinco lustros fue abandonada a partir de 1983. Los juicios a las Juntas Militares fueron un hito trascendente de la historia reciente. Ellos fueron desarrollados en forma oral y pública y permitieron comprender los peores efectos de una dictadura y el alcance de las violaciones a

⁷²² Ley 1828. Establece que la nulidad de la audiencia preliminar no celebrada por el juez, que no puede ser convalidada y podrá declararse de oficio o a pedido de parte (arts. 35 inc. 1° y 343).

⁷²³ Decreto Ley 14/2000. Si bien incorporó el deber de asistir a las audiencias bajo pena de nulidad, el Decreto Ley 24/2000 suspendió la vigencia de la audiencia preliminar hasta cuando el Superior Tribunal lo considere conveniente.

⁷²⁴ Ley 404. En su art. 358 señala que no se celebrará la audiencia si el juez no se hallare presente.

⁷²⁵ La ley 424 incorpora la audiencia preliminar.

⁷²⁶ La ley 9776 prevé el carácter indelegable de la audiencia preliminar.

⁷²⁷ La ley 5971 regula que el juez debe asistir a la audiencia preliminar bajo pena de nulidad (arts. 34 inc. 1° y 338 bis)

⁷²⁸ Sobre la incidencia del Código Modelo en Argentina puede consultarse el fundado trabajo de DE LOS SANTOS, M., "El "Código Modelo" (proceso por audiencias) y su influencia en la República Argentina", en *Jurisprudencia Argentina*, 2004, T. III, p. 890.

los derechos humanos perpetradas por el gobierno militar que gobernó el país entre 1976 y 1983.

Los Poderes Ejecutivos electos luego de 1983 siguieron la tradición de no tolerar las integraciones de la Corte Suprema que no coincidieran con su propia orientación política⁷²⁹. Ante el cuestionamiento a la propia legitimidad de la Corte Suprema, por los sucesivos cambios de jueces, su última integración ha comenzado a desarrollar una política judicial consistente en convocar a audiencias públicas cuando los casos que deba tratar revistan particular relevancia.

Si bien hay antecedentes previos sobre audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema⁷³⁰, destaco lo ocurrido en el caso: Mendoza⁷³¹, vinculado a la contaminación del Riachuelo, en el cual comenzó a desarrollar la práctica de llamar a audiencias públicas. Ese caso atrajo la atención de una sociedad atenta al problema ambiental, entre otras razones por la conciencia que despertó el conflicto con Uruguay, con motivo de la instalación de fábricas de celulosa. En forma consistente con la estrategia desarrollada en el caso: Mendoza la Corte Suprema dictó la Acordada n° 30⁷³² que reglamenta el sistema de audiencias públicas que adopta. Los jueces en forma unánime entendieron que era necesario alentar la participación social y la difusión pública de los casos en que se discutieran temas de basta repercusión y trascendencia. El sistema de audiencias dijo la propia Corte permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que ella realiza. La Acordada de la Corte Suprema muestra la importancia social de exhibir la tarea de los tribunales, al ser aplicable el principio según el cual: Justice must not only be done but must be seen to be done. La reglamentación de las audiencias públicas por la Corte Suprema es una señal importante que exhibe el significado de una justicia abierta que de muestras públicas sobre el valor que le asigna a su propia tarea. La Acordada es también un interesante mensaje sobre una forma de hacer justicia con participación de la ciudadanía. La tradición medieval de una justicia férreamente escrituraria es cuestionada desde el vértice del sistema judicial con los fundamentos expuestos al impulsar las audiencias públicas.

Entre los distintos autores que se han ocupado de la oralidad en Argentina destaco las opiniones vertidas por Peyrano⁷³³, ya que además de tratar los

⁷²⁹ Una descripción sobre los cambios producidos en la Corte Suprema Argentina y el sistema político la he desarrollado en OTEIZA, E. *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, 1994, pp. 47-85. Ver sobre el tema de la tradición a la inestabilidad en las integraciones de la Corte Suprema en OTEIZA, E. “La inestabilidad como tradición y la crisis económica”, en *La Corte y los derechos*, Asociación por los derechos civiles, Buenos Aires, 2005, pp. 197-201.

⁷³⁰ Ver VERDAGUER, A., “Importancia de las audiencias públicas ante la Corte Suprema Corte”, en *XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Paraná, 2003, T. II, pp.47-56.

⁷³¹ Sentencia del 6/9/2006, puede consultarse en : <http://www.csjn.gov.ar/>

⁷³² El texto de la Acordada 30/2007 puede consultarse en: <http://www.csjn.gov.ar/>

⁷³³ PEYRANO, J., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, 1978, pp. 303-330.

argumentos a favor y en contra de incorporar prácticas con oralidad concluye que debe tenerse particularmente en cuenta la realidad a la que ella se aplica. En sus palabras la realidad manda en esta materia. Es cierto que la realidad continúa mandando a la luz de la experiencia de las reformas a las que fue sometido el proceso civil en Argentina. La cultura de los operadores del sistema y la falta de atención del Estado a las necesidades de la Administración de Justicia han contribuido a los sucesivos fracasos. También lo es que la crisis es muy aguda y que hay fuertes razones para materializar un cambio. La relevancia del derecho al debido proceso en un Estado Democrático debería instar la discusión sobre el modelo de proceso civil que logre garantizarlo. La necesidad de justificar el gasto en Justicia, como política pública que debe dar razones a la hora de explicar su propia eficiencia, en competencia con otros requerimientos, debería propiciar un cambio. Las ventajas en términos de seguridad jurídica y desarrollo económico también deberían ser un elemento convincente para auspiciar una reforma en la Administración de Justicia. De allí que la realidad, tan teñida de subjetividad como lo demostraron Kant y Lacan, más que un freno puede ser un desafío.

MÉXICO
ORALIDAD Y ESCRITURA COMO FACTORES DE EFICIENCIA
PROCESAL

JOSÉ OVALLE FAVELA

Investigador y Profesor. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

La legislación procesal civil mexicana recibió la influencia de las leyes de Enjuiciamiento Civil españolas de 1855 y 1881, en las que predominaba la forma escrita sobre la forma oral.

Por otro lado, en virtud de que el Estado mexicano adoptó el sistema federal desde la primera Constitución de 1824 (aunque de 1835 a 1847 rigió un sistema centralista) actualmente existen 33 códigos de procedimientos civiles: uno por cada uno de los 31 Estados, el del Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles. A pesar de la diversidad de ordenamientos procesales civiles, todos ellos manifiestan ciertas características comunes, entre las cuales destaca el predominio de la forma escrita. Tomando en cuenta que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es el que mayor influencia ha ejercido en los códigos de los Estados, así como que el Código Federal de Procedimientos Civiles es el que se utiliza en los juicios de carácter federal y es texto supletorio de numerosas leyes federales, en este informe se hará referencia primordialmente a estos dos ordenamientos. También se aludirá a los códigos estatales que siguen al anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1948.

II. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

En la versión original del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932 se preveía que los actos de la fase inicial del proceso, consistentes en la demanda, la contestación a la demanda, y en su caso, la reconvencción y la contestación a la reconvencción, se debían llevar a cabo en forma escrita. Para el ofrecimiento, admisión y preparación de las pruebas también se establecía la forma escrita. Sólo para la práctica de las pruebas se otorgaba al juez la facultad de escoger entre la forma oral y escrita, si las partes no habían optado previamente por alguna de tales formas.

En 1973 se reformó el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para suprimir la opción que se daba al juez, y en su lugar se intentó establecer como forma única la oral para la práctica de las pruebas en el juicio ordinario. Se trató sólo de una reforma legal, en la que no se establecieron las condiciones indispensables para que funcionara realmente la oralidad, como son una reforma judicial que permitiera la designación de jueces con la preparación que requiere la técnica del proceso oral o por audiencias: la inmediatez, la concentración de los actos procesales, la identidad física del juez que conoce de las pruebas con el juez que emite la sentencia, la publicidad de las audiencias, las instalaciones materiales necesarias, etc.

De este modo, aunque el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a partir de 1993, estableció formalmente que la recepción de las pruebas debía llevarse a cabo en forma oral en una o dos audiencias, en la práctica lo que ha ocurrido es que el juez señala una fecha para la audiencia de pruebas en la que comparecen las partes que van a absolver posiciones, los testigos que van a declarar sobre los hechos controvertidos, los peritos que van a rendir su dictamen y los demás sujetos que deben intervenir. Sin embargo, por el tiempo limitado que se destina a cada audiencia, en ésta sólo se practica una o alguna de las pruebas, por lo que al concluir se señala una nueva fecha para que continúe la audiencia, dos o tres meses después, en la cual tampoco se practican todas las pruebas y se señala, de nueva cuenta, otra fecha, con la misma diferencia de tiempo, y así sucesivamente. Además, contra lo que dispone el propio Código, las audiencias no son dirigidas realmente por el juez, sino por el secretario de acuerdos, con muy contadas excepciones.

En consecuencia, a pesar de la reforma nominal al artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no se introdujo en forma efectiva la oralidad, pues no existe inmediación entre el juez y los sujetos del proceso, concentración de los actos procesales, identidad física, del juez, publicidad de las audiencias ni las instalaciones materiales necesarias para tal fin.

Conviene aclarar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prevé dos supuestos en los cuales la demanda se puede presentar por escrito o “por comparecencia”, es decir, la parte actora puede acudir al juzgado a expresar en forma oral su demanda, en cuyo caso se levanta un acta en la que se hace constar dicha demanda. La demanda puede ser presentada en forma escrita u oral en los juicios de mínima cuantía que se siguen ante los juzgados de paz (artículos 7 y 20 fracción I del título especial de la justicia de paz del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y en los juicios de controversias familiares de los que conocen los juzgados de los familiar (artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Asimismo, el título especial de justicia de paz prevé que el juicio de mínima cuantía se debe desarrollar fundamentalmente en la forma oral, en la audiencia de demanda, contestación a la demanda, ofrecimiento y práctica de pruebas y alegatos que regula el artículo 20 del título especial mencionado. Los jueces de paz conocen de juicios civiles con cuantía hasta por el equivalente de \$21,376 dólares de los Estados Unidos de América, cuando los juicios versan sobre propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles; y de \$7,122 dólares, en los demás juicios civiles.

Por otra parte, en 1986 se reformó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a fin de introducir la audiencia previa y de conciliación en el juicio ordinario civil, inspirada en la audiencia preliminar del derecho austriaco y en el despacho saneador de los derechos de Portugal y Brasil. Esta audiencia se desarrolla en forma oral, y en ella el conciliador adscrito al juzgado debe intentar conciliar los intereses de las partes, a las que debe proponer alternativas de solución. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio, éste se somete a la aprobación del juez. Si el juez aprueba el convenio, éste adquiere la firmeza de una sentencia con autoridad de la cosa juzgada. Si las partes no aceptan la conciliación, el juez deberá analizar y resolver las excepciones procesales opuestas por el demandado.

En la práctica los conciliadores no suelen presentar alternativas de solución a las partes, sino que se limitan a preguntarles si han llegado a un acuerdo. Por esta razón, en la audiencia previa normalmente no se llega a la conciliación, por lo que tal audiencia funciona sólo para analizar y resolver las excepciones procesales. La reforma de 1996 denominó a esta audiencia, “previa, de conciliación y de excepciones procesales”.

III. EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

El Código Federal de Procedimientos Civiles de 1942 se inspiró fundamentalmente en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato 1934. Ambos fueron el resultado de sendos proyectos elaborados por Adolfo Maldonado. Estos ordenamientos inician la primera ruptura con la tradición española, pues Adolfo Maldonado se basó en el Progetto del codice di procedura civile elaborado por Francesco Carnelutti en 1926.

Al igual que lo hace el código distrital, el Código Federal prevé la forma escrita para la fase inicial del proceso, es decir, para la demanda, la contestación a la demanda, en su caso, la reconvencción y la contestación a la reconvencción. También se desarrolla en forma escrita el ofrecimiento y la admisión de las pruebas. La práctica de las pruebas se lleva a cabo fundamentalmente en forma oral, en una audiencia. La prueba confesional se hace con base en el pliego de posiciones que debe exhibir la parte oferente desde el escrito de ofrecimiento de pruebas. La prueba testimonial se lleva a cabo básicamente con base en las preguntas verbales y directas de la parte oferente y las repreguntas también verbales y directas de la parte contraria. Por su propia naturaleza, los documentos y los dictámenes periciales se presentan por escrito.

Concluida la recepción de las pruebas, el juez debe citar a una audiencia final del juicio, en la que las partes discuten las pruebas practicadas y sus alegatos verbales.

Los juicios que se siguen con base en el Código Federal de Procedimientos Civiles son de la competencia de los jueces de distrito, de carácter federal, los cuales normalmente procuran que la práctica de las pruebas se concentre en una o dos audiencias.

IV. LOS CÓDIGOS ESTATALES QUE SIGUEN AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1948

En 1948 la Secretaría de Gobernación encargó a una comisión la preparación de un anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cual estuvo integrada por Ernesto Santos Galindo, quien fue el autor de la ponencia respectiva, Luis Rubio Siliceo y José Castillo Larrañaga. El anteproyecto fue el producto de una revisión completa del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal del 1932, al que superó en numerosos aspectos. Además, tomó en cuenta el proyecto de Código de Procedimientos Civiles preparado por Eduardo J. Couture en 1945, el cual fue la base posteriormente del Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica.

Sin embargo, el anteproyecto de 1948 no fue presentado como iniciativa de ley al Congreso de la Unión, por diversos factores políticos. No obstante, varios códigos estatales lo tomaron como modelo, tal como ha acontecido en los Estados de Sonora, Morelos, Zacatecas, Guerrero y Tabasco. Para analizar los códigos estatales que siguen al anteproyecto de 1948, vamos a referirnos

particularmente al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, por ser el más reciente (entró en vigor el 1° de mayo de 1997).

En el Código de Tabasco también se regula la audiencia previa y de conciliación, con finalidades muy similares a las que prevé el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero en el Código de Tabasco se establecen con mayor precisión las funciones del conciliador, así como el análisis y resolución de las excepciones previas.

Los actos con los que se inicia el proceso se desarrollan en forma escrita, al igual que el ofrecimiento y la admisión de las pruebas.

La práctica de las pruebas se lleva a cabo de manera oral, en una audiencia, y sólo en caso de que no se hubieren preparado todas las pruebas para la primera audiencia, el juez podrá citar a una segunda y última audiencia. En este Código se prevé que las audiencias de prueba deberán llevarse a cabo bajo la presencia del juez, lo cual supone que se reconoce el principio de la inmediación procesal. También se establece que los actos procesales deberán realizarse sin demora, dentro de los plazos señalados por la ley o el juzgador, procurando concentrar en el mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea necesario realizar.

En la primera parte de la audiencia se practican las pruebas ofrecidas y admitidas. Cabe señalar que en el Código de Tabasco se regula el testimonio o declaración de parte, a lado de la prueba confesional. Dicho ordenamiento regula la forma como se van a desahogar cada una de las pruebas. En la segunda parte de la audiencia, las partes podrán expresar sus alegatos verbales, pero se prevé que también pueden presentar sus conclusiones por escrito dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de la audiencia. Se establece que el juzgador debe procurar la continuación de la audiencia, la cual no podrá suspenderse ni interrumpirse hasta que no haya terminado, así como que el juzgador que resuelva el proceso deberá ser el mismo que asistió a la recepción de las pruebas y alegatos de las partes.

Tanto la sentencia definitiva como su impugnación se deben desarrollar en forma escrita. El artículo 16 de la Constitución Política establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En tanto que acto de autoridad de molestia, las sentencias tienen que expresarse necesariamente en un documento escrito.

Por último, en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco se regula también el juicio de mínima cuantía ante los jueces de paz, en el que la demanda se puede presentar por escrito o verbalmente, a elección del actor; y en el cual la contestación a la demanda, el ofrecimiento y práctica de las pruebas, la expresión de los alegatos y la emisión de la sentencia se desarrollan en forma oral, en una sola audiencia, en la cual se debe levantar un acta para hacer constar cada uno de estos actos procesales. Los jueces de paz conocen de asuntos civiles con cuantía hasta el equivalente de \$929 dólares de los Estados Unidos de América (artículos 457 a 486).

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

De los ordenamientos analizados, resultan más adecuados en razón de su eficiencia, tanto el Código Federal de Procedimientos Civiles como los códigos

estatales que siguen al anteproyecto de 1948, particularmente estos últimos, en el que se prevén expresamente los principios de inmediación procesal, concentración e identidad física entre el juez que recibe las pruebas y aquel que emite la sentencia.

Sin embargo, en México existe una arraigada cultura jurídica a favor de la escritura y en contra de la oralidad, motivo por el cual las reformas legislativas que se orientan hacia la oralidad suelen ser asimiladas muy lentamente en la experiencia jurídica.

Existen determinadas pruebas, como la testimonial y el testimonio o declaración libre de parte, que se practican en forma oral, desde hace muchos años, en virtud de que los códigos prevén que las preguntas, las respuestas y las repreguntas se deben hacer en forma verbal y directa. En ellas hay una mayor tradición de oralidad.

En cambio, para la prueba confesional normalmente se establece que las preguntas, a las que se llama posiciones, deben presentarse por escrito. Esta prueba aunque se practica en la audiencia, tiene carácter preponderantemente escrito, pues los datos relativos a los hechos controvertidos se contienen en la misma pregunta o posición, de tal modo que la expresión oral se da sólo en las respuestas, las cuales se limitan a decir si son ciertos o no tales datos, aunque se permite a la parte que contesta hacer aclaraciones sobre los datos.

También la prueba pericial es de carácter fundamentalmente escrito, pues se expresa en los dictámenes periciales que presentan los peritos, con base en las cuestiones que por escrito les plantean las partes. Aunque generalmente se prevé que las partes y el juez pueden hacer preguntas y observaciones a los peritos, esto sólo sucede cuando éstos comparecen a la audiencia, porque sus dictámenes sean sustancialmente contradictorios.

ENGLAND

ORALITÀ E SCRITTURA NEL PROCESSO CIVILE INGLESE

LUCA PASSANANTE

*Professore a contratto di Diritto Processuale Civile Comparato.
Università degli Studi di Brescia (Italy)*

I. INTRODUZIONE

L'appartenenza a pieno titolo del processo civile inglese ai modelli processuali caratterizzati dalla prevalenza dell'oralità sulla scrittura deriva, com'è noto, da un importante dato di fatto storico, che per la sua centralità ha influito sui principali caratteri che informano i processi di *common law*: la presenza della giuria.

La laicità ed il carattere popolare della giuria nonché la circostanza che i giurati prendessero parte al processo, provenendo da ogni parte dell'Inghilterra ed abbandonando per il tempo necessario le proprie occupazioni lavorative, imponevano per ragioni pratiche la celebrazione di un dibattito orale e concentrato. In particolare, oltre alla concentrazione – essenziale per evitare che i sudditi restassero impegnati in lunghi procedimenti – l'oralità rappresentava un carattere fondamentale affinché alla giuria fosse “raccontata” in sede dibattimentale l'intera controversia, in modo tale che essa potesse formare ed esprimere il proprio giudizio sui fatti controversi.

Tali caratteri, che storicamente appartengono al dibattito per le ragioni (prevalentemente pratiche) cui si è fatto cenno, non ricorrono, invece, necessariamente in tutto il processo nella sua interezza ed in ogni sua fase. Il processo civile inglese, infatti, è tradizionalmente caratterizzato – al pari degli altri processi dell'area di *common law* – da una struttura bifasica, all'interno della quale si distinguono in modo piuttosto netto una fase pre-dibattimentale, destinata alla preparazione del dibattito, e la fase di *trial*, il dibattito appunto.

La reale possibilità di celebrare in tempi brevi ed in modo orale e concentrato il dibattito, specie a fronte di controversie piuttosto complesse, dipende proprio dalla capacità della fase pre-dibattimentale di preparare in modo completo e adeguato la controversia in funzione della spedita trattazione orale del dibattito. In altri termini la fase di *pre-trial* funziona come una sorta di filtro che tende a risolvere quante più questioni possibile ed a isolare le questioni più importanti e centrali, in modo tale da ridurre la complessità della controversia, che non di rado coinvolge innumerevoli aspetti, ad alcuni nodi essenziali che il giudice del dibattito possa sciogliere, una volta assunte le prove, con una decisione di regola immediata.

Fin da queste poche e superficiali considerazioni è possibile rendersi conto di quanto sia fuorviante intendere l'oralità come un carattere generale del processo civile inglese: se, infatti, è vero che il *trial* è stato per molto tempo connotato dall'oralità, è però altrettanto vero, per un verso, che oggi il dibattito si celebra in una percentuale di casi numericamente irrisoria e che, per altro verso, la fase di *pre-trial*, nella pratica ormai di gran lunga la più importante, è

prevalentemente caratterizzata dalla forma scritta. La fase pre-dibattimentale, infatti, tanto prima quanto dopo la riforma introdotta dalle *Civil Procedure Rules* del 1998, è destinata prevalentemente allo scambio di scritti difensivi delle parti ed alla *disclosure* delle prove, che in Inghilterra è, di regola, solo documentale. A ciò si aggiunga che, come si vedrà, la stessa fase di *trial*, a seguito delle ripercussioni sistematiche delle riforme del processo, ha perso gran parte dei suoi connotati originari.

Le nuove regole ammettono “inserti di oralità” nella fase preparatoria, allo scopo di favorire una migliore e più efficace trattazione della causa. Tuttavia questa oralità non rappresenta la forma esclusiva della trattazione, ma si aggiunge agli scritti difensivi predisposti dagli avvocati delle parti e si serve ampiamente di questi nella prospettiva prevalente di una risoluzione parziale o integrale della controversia. Essa, dunque, è un’oralità che si integra – per così dire a “dosi” più o meno elevate – con la scrittura.

II. ORALITÀ E SCRITTURA NEI SINGOLI *TRACKS*

La riforma delle *Civil Procedure Rules 1998* ha introdotto, nella prospettiva di una razionalizzazione delle risorse, una disciplina dei procedimenti differenziata in ragione della complessità e del valore della controversia in grado di istituire una relazione possibilmente diretta tra importanza della controversia e risorse giudiziali. In via di approssimazione si può dire che operi la presunzione secondo cui la controversia di scarso valore sia anche scarsamente complessa, mentre la controversia di valore elevato sia dotata di un certo grado di complessità. Tuttavia, si tratta di un criterio indicativo derogabile da parte del giudice ove tale presunzione risulti smentita nel caso concreto.

Il procedimento destinato alle cause di minor valore (fino a £ 5.000), lo *small claims track*, non conosce una netta cesura tra fase dibattimentale e fase di *pre-trial*. In questo tipo di procedimento, dunque, non vi è – nemmeno sotto un profilo strettamente teorico – una sede privilegiata per l’oralità poiché il *trial* nella sua forma classica non è contemplato, essendo sostituito da un’udienza che prende il più generico nome di *hearing*. Le *Rules*, quindi, nella disciplina di questo *track* combinano variamente elementi di oralità e di scrittura: gli atti introduttivi sono in forma scritta e sono seguiti di regola da un’udienza di durata variabile, di cui il giudice dà notizia alle parti dopo l’esame degli atti introduttivi (CPR r. 27.4 (1)).

Nello *small claims track*, di regola, vi è una sola udienza di discussione orale alla fine del procedimento e prima della pronuncia della sentenza (*final hearing*), ma ove il giudice lo ritenga opportuno, potrà essere fissata un’udienza preliminare (*preliminary hearing*) che spesso, tuttavia, viene ordinata dal giudice nella prospettiva di chiudere il processo in quella occasione (CPR r. 27.6).

Fin dal breve esame di questa disciplina emerge una doppia funzione dell’oralità: essa per un verso si pone come fattore di efficienza, perché, ad esempio in una controversia di modesto valore sarà probabilmente assai più semplice per il giudice spiegare oralmente alle parti per quali ragioni la pretesa azionata non ha prospettive di successo, mentre se ciò fosse fatto per iscritto risulterebbe più laborioso ed al contempo scarsamente efficace. Per altro verso l’oralità si pone come fattore di garanzia, tanto che solo in presenza di una rinuncia esplicita delle parti la causa potrà essere trattata e decisa esclusivamente in forma scritta, senza una *final hearing* (CPR r. 27.10).

Per il *fast track*, il procedimento destinato alle cause di media complessità e medio valore (non oltre le £ 15.000), le *Rules* prevedono un'udienza dibattimentale di durata non superiore ad un giorno e una tendenziale assenza di oralità nella fase di *pre-trial*, che, salve alcune ipotesi eccezionali, dovrà svolgersi esclusivamente per iscritto. Ciò è dovuto al fatto che, data l'entità delle controversie destinate a questo procedimento, il legislatore ha presuntivamente ritenuto l'oralità uno spreco, salvo che il giudice non ritenga diversamente. Tant'è che è espressamente previsto che, ove sia stata una parte con il proprio comportamento a rendere necessaria un'udienza altrimenti non necessaria, questa sia condannata al pagamento delle spese ingenerate dalla convocazione dell'udienza (CPR 28 Pract. dir. 3.11).

Infine, nel procedimento destinato alle cause più complesse e di maggior valore (oltre le £ 15.000), il *multy track*, le *Rules* prevedono che nella fase pre-dibattimentale il giudice possa fissare tre tipi di udienza: un primo tipo, detta *case management conference*, destinata ai chiarimenti funzionali all'esercizio dei poteri di *case management* che non dovrebbe essere necessaria in ipotesi di completezza degli scritti difensivi e nel caso in cui le parti abbiano diligentemente esperito la fase pre-processuale dei *pre-action protocols*; un secondo tipo, detto *listing hearing*, destinato alla verifica del rispetto degli ordini e delle direttive date dalla corte, ove questo non emerga già da atti scritti, ed un terzo tipo, detto *pre-trial review*, che dovrà preferibilmente essere tenuta dal giudice del dibattimento e che sarà fissata solo nei casi di estrema difficoltà o complessità.

L'oralità anche nella fase di *pre-trial* del *multy track* continua, quindi, a configurare un'eccezione: il processo, infatti, è dotato di tutti gli istituti necessari per evitare – al di fuori del *trial* – la trattazione orale. In questo contesto si iscrivono una serie di atti, che prendono la forma del questionario (*allocation questionnaire*, *listing questionnaire*), in cui le parti e i loro difensori devono fornire tutte le informazioni necessarie ad una spedita e ordinata trattazione della causa (CPR, Pract. Dir. 2.2 (2)). La forma scritta è, dunque, ritenuta di regola più rispondente alle esigenze di economia processuale, di speditezza del procedimento, ma, evidentemente, anche alle esigenze di ponderazione e studio della controversia complessa. Solo in ipotesi patologiche – ad esempio quando una parte ometta di rispondere ai *questionnaires* – o in ipotesi di controversie particolarmente complesse per le quali si riveli necessaria una combinazione adeguatamente ponderata di trattazione scritta e orale, il giudice ordinerà la comparizione ad un'udienza nella fase di *pre-trial*. In tutti gli altri casi la prevalenza sarà data alla forma scritta.

III. ORALITÀ E SCRITTURA NEL TRIAL

Il dibattimento è la sede privilegiata per l'attuazione dell'oralità. Come si è detto, infatti, le modalità di svolgimento del *trial* sono storicamente alla base del carattere orale e concentrato del processo civile inglese. E' opportuno, tuttavia, evitare che questi caratteri siano intesi come tipici dell'intero processo: come si è visto, la fase pre-dibattimentale è tendenzialmente scritta e gli inserti di oralità previsti dalle *Civil Procedure Rules* si configurano come delle eccezioni che sarà il giudice a dosare, caso per caso, in funzione di una migliore e più efficiente trattazione della causa.

Le ragioni che stavano originariamente alla base del carattere orale e concentrato del dibattimento sono, tuttavia, gradualmente venute meno – a partire

dalla scomparsa della giuria – ed hanno così iniziato ad influire sul dibattimento, mutandone l'aspetto esteriore nel senso di una riduzione del "tasso" di oralità. Le riforme della fine degli anni Novanta hanno, poi, introdotto alcune importanti novità che hanno ridimensionato la netta contrapposizione tra fase di *pre-trial* e *trial*, sicché oggi, se continua a permanere sotto un profilo strettamente teorico la cesura tra le due fasi, in pratica potrebbe risultare difficile riconoscere differenze significative tra un'udienza preliminare e un'udienza dibattimentale.

In passato il *trial* era esclusivamente orale: il giudice del dibattimento, fedele all'ideale della c.d. *tabula rasa*, era solito presentarsi all'udienza senza avere alcuna conoscenza della causa che sarebbe stata discussa. Lo svolgimento del *trial* si apriva con gli *opening speeches* degli avvocati, che tenevano un discorso iniziale allo scopo di introdurre la controversia, di informare il giudice dei fatti della causa, di illustrare le questioni ancora controverse nonché di preannunciare i mezzi di prova di cui intendevano chiedere l'ammissione. I testimoni ammessi venivano escussi con la tecnica dell'esame diretto e del controesame e le prove documentali venivano "trasformate" in prove orali per mezzo della loro lettura ad alta voce effettuata dagli avvocati. Infine gli avvocati chiudevano il dibattimento con i *final speeches* nei quali potevano sviluppare gli argomenti a sostegno delle pretese del proprio assistito, citando, sempre oralmente, la dottrina e la giurisprudenza rilevanti.

Oggi, a seguito delle riforme, il dibattimento ha assunto un aspetto assai diverso ed è quasi irriconoscibile se confrontato con il *trial* del passato, che si distingueva per il suo carattere totalmente orale e "narrativo", nonché per una certa teatralità, che oggi può ragionevolmente dirsi quasi del tutto scomparsa. L'introduzione del *judicial case management* ha, infatti, creato i presupposti perché il giudice possa influire sul processo di "fact finding" molto prima dell'udienza dibattimentale, e le nuove *Rules* hanno creato le condizioni affinché il giudice del dibattimento possa arrivare al *trial* con una conoscenza tendenzialmente completa e accurata della controversia. In particolare a questo scopo nella fase preparatoria vengono scambiati tra le parti e messi a disposizione del giudice le dichiarazioni testimoniali scritte, le relazioni dei consulenti tecnici, i documenti prodotti dalle parti, le argomentazioni di fatto e di diritto degli avvocati.

Poiché tutte queste informazioni – di regola davanti alla *High Court* e, nelle controversie più complesse, anche davanti alle *County Courts* – vengono acquisite dal giudice del dibattimento prima dell'inizio dello stesso, è chiaro che, in assenza della giuria, l'effettiva assunzione delle prove orali e l'esposizione orale degli argomenti difensivi degli avvocati sono, per ragioni comprensibili, ridotte al minimo. Normalmente, inoltre, il giudice, ove l'escussione dei testi sia ritenuta necessaria, dispensa gli avvocati dall'esame diretto e autorizza la sola *cross-examination* dei testimoni la cui attendibilità sia controversa. Infine il giudice limita, di regola, l'*expert evidence* alle relazioni scritte predisposte dai consulenti e ne dispone l'assunzione dibattimentale solo in casi eccezionali ed anche la lettura delle prove documentali sarà normalmente superflua. Ciò significa che oggi il *trial* non è più quel teatrale evento entrato nella mitologia processuale cui il giudice assisteva impassibile, ma una semplice udienza nella quale, sotto il controllo attivo del giudice – ormai al riparo dal pericolo del triste destino toccato negli anni Cinquanta ad un *High Court Judge*, messo a riposo dal Lord Chancellor

per aver fatto troppe domande al *trial* – gli avvocati discutono oralmente le questioni controverse maggiormente rilevanti.

IV. DUE IMPORTANTI INDIZI DELLA PROGRESSIVA SCOMPARSA DELL'ORALITÀ: IL *WITNESS STATEMENT* E IL *TRIAL BUNDLE*

Il principio di oralità, che un tempo connotava in modo tipico il processo civile inglese, se oggi non può dirsi del tutto scomparso, si presenta almeno fortemente ridimensionato, tanto da apparire come un carattere secondario. L'oralità è stata, infatti, fortemente ridimensionata e, una volta riconosciutane la dispendiosità, nonché, talvolta, l'inidoneità ad assicurare una trattazione sufficientemente accurata delle controversie particolarmente complesse, è stata – attraverso un processo di razionalizzazione – conservata nella misura strettamente funzionale alla trattazione della causa, pur continuando a rivestire – con specifico riferimento al *trial* – una funzione di garanzia.

Nonostante Lord Woolf sottolineasse come la riforma introdotta con le *Civil Procedure Rules* intendesse preservare il carattere orale del *civil trial* inglese, e nonostante ad una lettura superficiale delle stesse *Rules* la regola fondamentale parrebbe restare quella dell'*oral evidence* (CPR, r. 32.2 (1) (a)), le cose stanno assai diversamente e, come si è già detto, il *trial* di oggi è ampiamente dominato da discussioni orali difficilmente comprensibili ad uno spettatore esterno, costellate di riferimenti a atti e documenti scritti.

Due istituti emblematici di questa tendenza sono rappresentati dalla comparsa delle testimonianze scritte nella fase di *pre-trial* e del fascicolo del dibattimento.

Nel processo civile inglese tradizionalmente i testimoni venivano assunti in sede dibattimentale, mentre la prova testimoniale restava radicalmente esclusa dalla fase di *pre-trial*, dedicata allo scambio degli atti introduttivi e alla *discovery* delle prove scritte. A partire dal 1972 con il *Civil Evidence Act* furono autorizzati per la prima volta gli scambi delle relazioni dei consulenti tecnici e a partire dal 1986 in via giurisprudenziale fu introdotta la possibilità di raccogliere il contenuto di una testimonianza in un documento scritto – denominato *witness statement* – allo scopo di sottoporla a *discovery*.

Oggi le funzioni del *witness statement* sono, quindi, due: la prima consiste nel dare notizia al giudice e alle altre parti dell'intenzione di avvalersi di quella prova testimoniale al *trial*. La seconda consiste nel formare la stessa prova testimoniale che viene versata in un documento scritto da scambiare in sede di *disclosure* ed eventualmente utilizzare al *trial*. Oggi è infatti possibile senz'altro utilizzare in varia misura un *witness statement* in sede dibattimentale: anzitutto la corte di regola utilizzerà il *witness statement* in sostituzione dell'*examination in chief*, che avrà luogo solo in casi eccezionali; inoltre gli avvocati, nonostante il testimone vada di regola sempre citato, possono chiedere al giudice di utilizzare il *witness statement* come prova testimoniale (quando ad esempio l'attendibilità del teste non sia in discussione) o, quantomeno, come *hearsay evidence*, dotata di un'efficacia persuasiva inferiore a quella di un testimone escusso al *trial*, ma non del tutto inconsistente.

Particolarmente significativa appare, infine, nei rapporti tra oralità e scrittura, la comparsa del fascicolo del dibattimento: il *trial bundle*. Il fascicolo

processuale – emblema del processo scritto e diluito – è, infatti, rimasto tendenzialmente sconosciuto all’esperienza inglese fino alla sua introduzione ad opera delle *Civil Procedure Rules* (cfr. spec. CPR, r. 39.5). Queste norme prevedono che prima dell’apertura del dibattimento l’attore debba predisporre questo fascicolo, inserendovi l’atto introduttivo, una sintesi della controversia, le deposizioni testimoniali scritte, i documenti prodotti, eventuali consulenze tecniche, eventuali ordini del giudice circa le modalità di svolgimento del *trial*. Lo strumento del *trial bundle* è stato introdotto con lo scopo di consentire al giudice del dibattimento uno studio anticipato ed il meno dispendioso possibile della controversia ed ha determinato nella pratica, nonostante le dichiarazioni contrarie delle *Civil Procedure Rules*, un inesorabile ridimensionamento dell’oralità dibattimentale.

V. CONCLUSIONI

Al termine di questa breve indagine è possibile svolgere alcune sintetiche considerazioni conclusive.

Anzitutto il processo civile inglese è andato nel tempo riducendo progressivamente il proprio carattere orale, che resta, quindi, “sulla carta” un carattere fondamentale del dibattimento, ma che in verità sopravvive nella sola misura consentita dalle altre trasformazioni del processo che, inevitabilmente, hanno influito sistematicamente anche sul *trial*.

Il significato dell’oralità, oggi, associato alla pubblicità dibattimentale è prevalentemente legato a istanze di garanzia, mentre la sua prevalenza sulla scrittura appartiene ad uno stereotipo che non risponde più alla realtà.

Il rapporto tra oralità e scrittura nel processo civile inglese non è fisso: esso è “mobile” e variabile, governato principalmente dal giudice, il quale è chiamato caso per caso – pur entro i confini stabiliti dalla legge – a combinare elementi di oralità ed elementi di scrittura allo scopo di fare del processo uno strumento efficiente in grado di coniugare rapidità e accuratezza nella decisione delle controversie civili.

NOTA BIBLIOGRAFICA ESSENZIALE

ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003
ZUCKERMAN, *On Civil Procedure*, London, 2006

**International
Association
of Procedural
Law (IAPL)**



FACULTAT DE DRET

5 0 0
D'ESTUDIS



A N Y S
JURIDICS